

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č.j. R172/2008/02-25891/2008/310-AS ze dne 22. 12. 2008. Obě rozhodnutí nabyly právní moci dne 6. 1. 2009.

Č. j. S216/2008/VZ-16626/2008/510/Od

V Brně dne 5. září 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení, zahájeném z vlastního podnětu dne 1. 8. 2008, jehož účastníky jsou

- zadavatel – VOP-026 Šternberk, s. p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk, zastoupený Ing. Rostislavem Levíčkem, ředitelem,
- vybraný uchazeč – ZEVETA AMMUNITION, a. s., IČ 26233754, se sídlem Tovární 532, 687 71 Bojkovice, za niž jedná Ing. Karel Špirko, CSc., předseda představenstva, a Ing. Václav Pelnář, člen představenstva,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v souvislosti s uzavřením smlouvy dne 17. 1. 2007 se společností ZEVETA AMMUNITION, a. s., IČ 26233754, se sídlem Tovární 532, 687 71 Bojkovice, jejímž předmětem je ekologická likvidace ručních protitankových granátů RPG-75,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – VOP-026 Šternberk, s. p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že před uzavřením smlouvy, jejímž předmětem je ekologická likvidace ručních protitankových granátů RPG-75, nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – VOP-026 Šternberk, s. p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk, **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 100 000,- Kč (sto 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 2160850001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 27. 6. 2008 podnět, týkající se postupu

- ČR – Ministerstva obrany, IČ 60162694, se sídlem Tychonova 1, 160 00 Praha 6 (dále jen „Ministerstvo obrany“), při uzavření smluv č. 060100114 a č. 060100136 se státním podnikem VOP-026 Šternberk, s.p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk, na poskytnutí služeb spojených s ekologickou likvidací munice, a postupu
- státního podniku VOP-026 Šternberk, s. p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk, při uzavření smlouvy se společností ZEVETA AMMUNITION, a.s., IČ 26233754, se sídlem Tovární 532, 687 71 Bojkovice, jejímž předmětem je ekologická likvidace granátů RPG-75.

V rámci šetření podnětu, který byl zaevidován pod č. j. P402/2008, Úřad zjistil, že Ministerstvo obrany uzavřelo dne 10. 8. 2006 smlouvy č. 060100114 a č. 060100136 se státním podnikem VOP-026 Šternberk, s. p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk, za účelem zajištění činností spojených s ekologickou likvidací munice. Dne 17. 1. 2007 uzavřel státní podnik VOP-026 Šternberk, s. p., IČ: 00000493, se sídlem Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk, zastoupený Ing. Rostislavem Levíčkem, ředitelem (dále jen „zadavatel“), smlouvu se společností ZEVETA AMMUNITION, a. s., IČ 26233754, se sídlem Tovární 532, 687 71 Bojkovice, jejímž předmětem je ekologická likvidace granátů RPG-75.

V písemném stanovisku ze dne 14. 7. 2008 zadavatel uvedl, že likvidace granátů RPG-75 se týkala smlouvy č. 060100114 uzavřené mezi zadavatelem a Ministerstvem obrany, která byla uzavřena dne 10. 8. 2006 v celkovém finančním objemu přibližně 73 000 000 Kč s termínem plnění do 30. 11. 2007. S ohledem na poměrně krátkou dobu stanovenou pro plnění závazku a jeho značný objem zadavatel uzavřel kooperační smlouvu na dílčí operace při likvidaci munice RPG-75 přibližně za 6 900 000 Kč s vybraným uchazečem, který byl v minulosti výrobcem RPG-75 a měl k dispozici veškerou potřebnou dokumentaci a zařízení a již dříve prováděl ekologickou likvidaci této munice. Zadavatel dále uvedl, že s ohledem na své právní postavení a pozici vůči Ministerstvu obrany, které je současně jeho zakladatelem, je povinen zabezpečit pro zakladatele uspokojení jeho potřeb k činnostem, ke kterým byl zakladatelem založen. Přestože jde navenek o smluvní vztah, prvotně jde o splnění zadání zakladatele (tj. Ministerstva obrany) v určeném objemu a čase. Podle názoru zadavatele je zcela relevantní postup zakladatele (tj. Ministerstva obrany), pokud potřebu likvidace munice řešil zadáním „svému“ podniku, který si pro tuto činnost založil, a to na základě obecné výjimky z působnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů.

Po přezkoumání obsahu smlouvy uzavřené dne 17. 1. 2007 mezi zadavatelem a společností ZEVETA AMMUNITION, a. s., získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč – ZEVETA AMMUNITION, a. s., IČ 26233754, se sídlem Tovární 532, 687 71 Bojkovice, za niž jedná Ing. Karel Špirko, CSc., předseda představenstva, a Ing. Václav Pelnář, člen představenstva (dále jen „vybraný uchazeč“).

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S216/2008/VZ-15281/2008/510/Od ze dne 30. 7. 2008, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S216/2008/VZ-15284/2008/510/Od ze dne 30. 7. 2008 stanovil lhůtu, ve které jsou podle § 36 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, oprávněni navrhnout 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 citovaného zákona v návaznosti na § 39 odst. 1 citovaného zákona mohou vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dne 1. 8. 2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno oběma účastníkům řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

Dne 8. 8. 2008 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření, jímž odkázal na své stanovisko ze dne 14. 7. 2008, které si Úřad vyžádal v rámci šetření podnětu vedeného pod sp. zn. P402/2008 a sdělil, že v předmětné věci nečiní žádné důkazy či návrhy.

Vybraný uchazeč zaslal Úřadu vyjádření, které Úřad obdržel dne 12. 8. 2008, v němž uvedl, že společnost ZEVETA AMMUNITION, a. s., byla v minulosti jediným výrobcem RPG-75 v ČR, s výrobou, delaborací a ekologickou likvidací výbušných prvků má bohaté zkušenosti a k těmto činnostem má zpracovanou technickou a technologickou dokumentaci a všechny potřebné přípravky a zařízení. Do roku 2006 byla společnost ZEVETA AMMUNITION, a. s., jediným delaborujícím podnikem v ČR, který delaboroval a ekologicky likvidoval RPG-75 v řádu desítek tisíc kusů. Vybraný uchazeč rovněž uvedl, že zadavatel, který získal od Ministerstva obrany zakázku na delaboraci a ekologickou likvidaci RPG-75, uzavřel se společností ZEVETA AMMUNITION, a. s., kooperační smlouvu na určité vybrané operace, neboť s ohledem na rozsah delaborace a limitovaný časový prostor by takové operace zvládal velice obtížně, a to za cenu značného rizika neřízené iniciace při vlastní delaboraci. Podle názoru vybraného uchazeče je zřejmé, že žádný jiný dodavatel nemohl tuto zakázku splnit, neboť nevlastní potřebnou technickou a technologickou dokumentaci, nezbytné strojní zařízení a přípravky na delaboraci a zařízení na ekologickou likvidaci. Vybraný uchazeč upozornil, že pokud by účastník výběrového řízení prováděl část plnění veřejné zakázky bez spolupráce se společností ZEVETA AMMUNITION, a. s., dostal by se do problémů s bezpečností a velkým rizikem při delaboračních operacích a nezajistil by ekologickou likvidaci delaborátů ve výbušné komoře opatření odpovídajícími filtračními stanicemi na čištění emisí vzniklých výbuchy v komorách, kterými disponovala a disponuje společnost ZEVETA AMMUNITION, a. s. Vybraný uchazeč má rovněž za to, že zadavatel postupoval správně rovněž z toho důvodu, že společnost ZEVETA AMMUNITION, a. s., je geograficky nejbližší delaboraci provádějícímu subjektu – divizi VTÚVM Slavičín, což snižuje riziko mimořádné události při přepravě nebezpečné munice, možné krádeže a zneužití během přepravy. Závěrem vybraný uchazeč konstatoval, že zadavatel postupoval jediným věcně opodstatněným způsobem k včasnému a nerizikovému splnění předmětné zakázky.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu smlouvy uzavřené dne 17. 1. 2007 zadavatelem s vybraným uchazečem, stanovisek předložených zadavatelem a vybraným uchazečem, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty.

Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K otázce, zda zadavatel naplňuje znaky veřejného zadavatele ve smyslu § 2 odst. 1 písm. d) zákona

Podle § 2 odst. 2 je veřejným zadavatelem

- a) Česká republika,
- b) státní příspěvková organizace,
- c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
- d) jiná právnická osoba, pokud
 1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Při výkladu citované definice je třeba vycházet z příslušné úpravy ve směrnici Evropské unie, neboť základním cílem právní úpravy je harmonizace procesu zadávání veřejných zakázek s právem Evropských společenství, což je výslovně vyjádřeno v § 1 zákona, podle něhož zákon zapracovává příslušné předpisy Evropských společenství. Podle směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby se veřejnými zadavateli rozumí stát, regionální nebo místní orgány, veřejnoprávní subjekty, sdružení tvořená jedním či více takovými orgány nebo jedním či více veřejnoprávními subjekty, přičemž za veřejnoprávní subjekt je považován jakýkoli subjekt:

- založený nebo zřízený za zvláštním účelem uspokojování potřeb obecného zájmu, který nemá průmyslovou nebo obchodní povahu;
- který má právní subjektivitu a
- je financován převážně státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty; nebo je těmito orgány řízen; nebo je v jeho správním, řídicím nebo dozorčím orgánu více než polovina členů jmenována státem, regionálními nebo místními orgány nebo jinými veřejnoprávními subjekty.

Pojem zadavatele veřejné zakázky je třeba chápat ve funkčním smyslu, tzn., že při určení okruhu zadavatelů veřejných zakázek je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činnosti určitého subjektu. Pro vyřešení otázky, zda určitý subjekt je či není veřejným zadavatelem, je tedy nutné především posoudit, zda činnost zadavatele slouží k uspokojování potřeb veřejného zájmu, a pokud ano, je nutné aplikovat příslušné postupy pro zadávání veřejných zakázek. Při výkladu definice veřejného zadavatele lze přihlídnout k úpravě ve

směrnicích EU, přičemž pro objasnění smyslu této definice lze vycházet z judikatury Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“).

Ve světle dlouhodobé rozhodovací praxe ESD jsou potřeby veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu chápány jako potřeby, které jsou uspokojovány jinak, než dostupností zboží a služeb na trhu, a (jako druhá varianta) které se stát, z důvodů obecného zájmu, rozhodl poskytovat sám, nebo nad kterými si přeje udržet rozhodující vliv (viz případ C 360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding, články 50 a 51). Při posuzování, zda-li je či není potřeba v obecném zájmu nemající průmyslový ani obchodní charakter přítomna, musí být vzaty v úvahu všechny relevantní právní a faktické prvky, jako okolnosti převládající v době, kdy byl dotýčný subjekt zřizován a podmínky, za kterých vykonává svoji činnost. (C18/2001 Riitta Korhonen vs. Varkauden Taitotalo, čl. 48). Například v případě společnosti Taitotalo, do jejíž činnosti spadalo zabezpečení realizace výstavby kancelářských prostor pro technické a rozvojové centrum, o jehož vytvoření mělo zájem město Varkaus, ESD konstatoval: „v uvedeném případě však existuje několik rozdílů mezi společnostmi jako je Taitotalo a společnostmi s ručením omezeným vlastněnými soukromými podnikateli, a sice, že i když nesou stejné ekonomické riziko jako ty druhé a může na ně být stejně prohlášen konkurz, regionální nebo místní orgány, ke kterým patří, to zřídka dovolí a raději budou, jestliže je to vhodné, rekapitalizovat takové společnosti tak, aby tyto společnosti mohly pokračovat v zabezpečování potřeb, pro které byly zřízeny, hlavně zlepšování obecných podmínek pro výkon ekonomických činností v příslušné lokalitě“.

V předkládací zprávě k návrhu zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o státním podniku“), se uvádí, že účelem zákona o státním podniku je

1. vytvořit stručný a flexibilní právní základ pro podnikatelské aktivity státních podniků, na jejichž zachování má stát z nejrůznějších důvodů zájem a u nichž se tedy nepředpokládá ve střednědobém horizontu plná privatizace, a
2. pro zbytkové podniky stanovit takový právní rámec, který by respektoval jejich zvláštnosti tím, že nebudou muset vytvářet dozorčí rady a fondy podniků, současně však umožňoval urychlení jejich zániku a nepřipouštěl jejich přeměnu na podniky vykonávající svoji činnost podle nového zákona.

Z předkládací zprávy vyplývá, že v případě státních podniků spadajících pod bod 1. se jedná o podniky zásadního strategického významu, na jejichž zachování má stát z nejrůznějších důvodů zájem a u nichž se tedy nepředpokládá ve střednědobém horizontu s plnou privatizací. Vzhledem k tomu, že státní podnik VOP-026 Šternberk, s. p., má podle uvedené zakládací listiny ustavenou dozorčí radu a dosud nebyl privatizován, lze usuzovat, že mezi státní podniky spadající pod bod 1. je možné zařadit i státní podnik VOP-026 Šternberk, s. p.

Jak již bylo uvedeno, pojem zadavatele veřejné zakázky je třeba chápat ve funkčním smyslu, tzn., že při určení okruhu zadavatelů veřejných zakázek je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činnosti určitého subjektu. Při zkoumání otázky, zda určitý subjekt je či není veřejným zadavatelem, je tedy nutné především posoudit, zda činnost zadavatele slouží k uspokojování potřeb veřejného zájmu, a pokud ano, nelze se vyhnout aplikaci postupů pro zadávání veřejných zakázek pouhým poukazem na skutečnost, že subjekt (v daném případě státní podnik) byl zřízen podle soukromoprávních předpisů, popř. podle zákona o státním podniku, jako je tomu v šetřeném případě. Výše uvedený závěr vyplývá z dlouhodobé

rozhodovací praxe ESD a je rovněž opakovaně uváděn i ve stanoviscích a rozhodnutích Úřadu.

Rovněž lze konstatovat, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele veřejných zakázek v plném rozsahu své činnosti. Uvedený závěr vyplývá mj. z rozsudku Evropského soudního dvora ze dne 15. 1. 1998 ve věci C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další / Strohal Rotationsdruck GesmbH).

Z předložené zakládací listiny státního podniku VOP-026 Šternberk, s. p., ze dne 24. 5. 2006 č. j. 1348-8/2006/DP-2697 (tj. zakládací listiny platné v době mezi podpisem smlouvy uzavřené dne 10. 8. 2006 Ministerstvem obrany se zadavatelem a podpisem smlouvy s vybraným uchazečem uzavřené zadavatelem dne 17. 1. 2007 za účelem poskytnutí služeb spojených s ekologickou likvidací munice), vyplývá, že státní podnik VOP-026 Šternberk, s. p., založilo Ministerstvo obrany a jako hlavní předmět podnikání je vymezeno mj.:

1. uspokojování významných celospolečenských, strategických nebo veřejně prospěšných zájmů v oblasti dodávek majetku a služeb pro zajištění obrany a bezpečnosti státu, plnění závazků vyplývajících z členství v NATO a souvisejících s realizací reformy a profesionalizace Armády České republiky,
2. přednostní strategické dodávky a služby pro obranu a bezpečnost státu, generální a jiné opravy vojenské techniky, výroba a dodávky nové speciální techniky, výzkum, vývoj a modernizace speciální vojenské techniky a materiálů, výzbroje, výbušnin, munice a raket a jejich zkoušení, montážní a servisní služby a technická pomoc vojskům.
3. poskytování technických, vojensko-technických, technicko-organizačních a technicko-ekonomických služeb, řešení, činností a procesů spojených nebo souvisejících s vyzbrojováním Armády České republiky ve vybraných oborech a technologiích pozemních sil a logistiky. Služby, řešení, činnosti a procesy spojené nebo související s vyzbrojováním jsou zejména:
 - ∴
 - vývoj, výroba, opravy, úpravy, nákup, prodej, přeprava, uschovávání, půjčování, znehodnocování a ničení zbraní, střeliva a výbušnin a jejich zkoušení.
 - ∴

Ustanovení § 3 odst. 2 zákona o státním podniku, které primárně stanoví, že „podniky založené podle tohoto zákona jsou zakládány k uspokojování významných celospolečenských, strategických nebo veřejně prospěšných zájmů“ svědčí o tom, že obecně státní podniky (tj. subjekty založené podle zákona o státním podniku) většinou naplňují zákonem stanovenou podmínku definice veřejného zadavatele „právnická osoba založená či zřízená za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu“.

Jelikož je VOP-026 Šternberk, s. p., státním podnikem, jehož zakladatelem je Česká republika, resp. Ministerstvo obrany, jsou v souladu s ustanoveními § 12 odst. 2 a 13 odst. 2 zákona o státním podniku, ředitel (tedy řídicí orgán) a dvě třetiny dozorčí rady (tedy kontrolního orgánu) státního podniku VOP-026 Šternberk, s. p., jmenování jeho zakladatelem, případně příslušným orgánem zakladatele. Je tedy zřejmé, že více než polovinu členů ve správním, řídicím nebo kontrolním orgánu státního podniku VOP-026 Šternberk, s. p., jmenuje veřejný zadavatel.

Vzhledem k tomu, že státní podnik VOP-026 Šternberk, s. p., splňuje všechny podmínky definice veřejného zadavatele stanovené v ust. § 2 odst. 2 písm. d) zákona (viz

výše), je tedy veřejným zadavatelem podle posledně cit. ust. zákona. Od 1. 7. 2006, kdy nabytí účinnosti zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, je tedy státní podnik VOP-026 Šternberk, s. p., povinen při uzavírání svých úplatných smluv naplňujících podmínky uvedené v ust. § 7 odst. 1 zákona, postupovat podle tohoto zákona.

Dále Úřad uvádí, že před dnem nabytí účinnosti zákona zahájilo Ministerstvo obrany zadávání veřejné zakázky na delaboraci munice a ekologickou likvidaci munice odesláním výzvy k podání nabídky. Z tohoto důvodu postupovalo Ministerstvo obrany při zadání uvedené veřejné zakázky postupem mimo režim zákona s odkazem na výjimku uvedenou v § 4 odst. 1 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů. Podle § 4 odst. 1 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, se zákon nevztahuje na zadávání veřejných zakázek, jestliže předmět zakázky je hlavním předmětem podnikání státního podniku, který založil nebo zřídil v souladu se zákonem zadavatel uvedený v § 2 odst. 1 písm. a) bodech 1 a 3 zákona. V případě citované výjimky z působnosti cit. zákona se jedná např. o situace, kdy zadavatel – zakladatel státního podniku (např. Ministerstvo obrany) zadává veřejnou zakázku jím založenému státnímu podniku (v souladu se zákonem o státním podniku), a to za účelem výkonu určité specifické činnosti (hlavního předmětu podnikání státního podniku), nikoliv situace, kdy veřejnou zakázku zadává za tímto účelem státní podnik jinému subjektu. V takovém případě, tj. kdy veřejnou zakázku zadává státní podnik jinému subjektu, je státní podnik jako veřejný zadavatel povinen postupovat podle zákona. Argument povinnosti uspokojení potřeb zakladatele (tj. Ministerstva obrany) týkajících se činností, ke kterým byl založen, a případné nepříznivé následky plynoucí z nedodržení smluvně stanoveného objemu a času plnění veřejné zakázky, nejsou důvodem pro vynětí z působnosti zákona (viz dále).

K zadání šetřené veřejné zakázky

Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

Podle § 158 odst. 1 zákona se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Ministerstvo obrany vypravilo k odeslání dne 26. 6. 2006 výzvu k podání nabídky ze dne 23. 6. 2006 adresovanou zadavateli (tj. státnímu podniku VOP-026 Šternberk, s. p.). Dne 10. 8. 2006 uzavřel zadavatel s Ministerstvem obrany, smlouvu č. 060100114, na základě které požadovalo Ministerstvo obrany od zadavatele poskytnutí služeb spojených s likvidací munice, a to postupem mimo režim zákona s odkazem na výjimku uvedenou v § 4 odst. 1 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (Pozn.: Ministerstvo obrany nepostupovalo podle nového zákona, a to z důvodu zahájení zadávání veřejné zakázky před nabytím účinnosti zákona.). Za účelem kooperace při plnění služeb vyplývajících z této smlouvy uzavřel zadavatel dne 17. 1. 2007 smlouvu s vybraným uchazečem.

Ve smlouvě, uzavřené zadavatelem s vybraným uchazečem, článku II. „Předmět smlouvy“, se uvádí, že předmětem smlouvy je závazek poskytovatele provést objednateli za úplaty ekologickou likvidaci delaborátů z delaborace nepotřebné munice – ručních protitankových granátů RPG-75 v počtu 21 328 kusů, včetně příslušenství (tj. zejména včetně přepravních obalů a paket). Podle článku III. „Cena za poskytnuté služby“ je cena předmětných služeb stanovena ve výši 323 Kč bez DPH za jeden kus.

Podle § 10 odst. 1 zákona veřejnou zakázkou na služby je veřejná zakázka, která není veřejnou zakázkou na dodávky nebo veřejnou zakázkou na stavební práce.

Veřejnou zakázkou na dodávky je podle § 8 odst. 1 zákona veřejná zakázka, jejímž předmětem je pořízení věci (dále jen „zboží“), a to zejména formou koupě, koupě zboží na splátky, nájmu zboží nebo nájmu zboží s právem následné koupě (leasing).

Veřejnou zakázkou na stavební práce je podle § 9 odst. 1 zákona veřejná zakázka, jejímž předmětem je

- a) provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č. 3,
- b) provedení stavebních prací podle písmene a) a s nimi související projektová nebo inženýrská činnost, nebo
- c) zhotovení stavby, která je výsledkem stavebních nebo montážních prací, případně i související projektové či inženýrské činnosti, a která je jako celek schopna plnit samostatnou ekonomickou nebo technickou funkci.

Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky pro účely tohoto zákona rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty. Podle odstavce 2 citovaného ustanovení zákona stanoví zadavatel předpokládanou hodnotu v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění. Při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na služby postupuje zadavatel podle ustanovení § 15 zákona.

Z příslušných ustanovení smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem vyplývá, že předpokládaným peněžitým závazkem vyplývajícím z plnění veřejné zakázky je v šetřeném případě počet munice určené k požadované likvidaci násobený cenou za jeden kus.

Z hodnoty vypočtené výše uvedeným způsobem vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky dosahuje celkové částky 6 888 944 Kč, tudíž se jedná o nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 12 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění platném do 31. 5. 2007, kterou je zadavatel povinen zadat v některém ze zadávacích řízení v souladu se zákonem.

Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 zákona tyto druhy zadávacích řízení: a) otevřené řízení, b) užší řízení, c) jednací řízení s uveřejněním, d) jednací řízení bez uveřejnění, e) soutěžní dialog, f) zjednodušené podlimitní řízení. Podle § 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.

Úřad v souvislosti s šetřenou veřejnou zakázkou rovněž konstatuje, že v případě veřejných zakázek zadávaných mimo režim zákona na základě zákonné výjimky, nelze připustit, aby realizace takové veřejné zakázky byla za úplatu a bez řádného zadávacího řízení podle zákona postoupena dalšímu subjektu, pokud na smluvní vztah mezi postupujícím subjektem, který má postavení zadavatele podle zákona, a konečným dodavatelem, se již zákonná výjimka nevztahuje.

Z výše uvedených skutečností i ze stanovisek zadavatele je zcela zřejmé, že zadavatel před uzavřením smlouvy o službách nepostupoval podle zákona, neboť veřejnou zakázku na uvedené služby nezadal v některém zákonem stanoveném zadávacím řízení uvedeném v § 21 zákona. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě nabídka společnosti ZEVETA AMMUNITION, a. s., je pro zadavatele ta nejvhodnější, naopak, zadavatel v šetřeném případě „přímo“ přistoupil k uzavření smlouvy, i když se jednalo o veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, a to o veřejnou zakázku na služby podle § 10 zákona. Současně se, vzhledem k výši finančního objemu, jedná o nadlimitní veřejnou zakázku ve smyslu § 12 odst. 1 zákona. Protože zadavatel před uzavřením předmětné smlouvy na služby neprovedl zadávací řízení ve smyslu zákona, jeho postup mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentně uskutečněného zadávacího řízení obdržel zadavatel i jiné, pro něj třeba ještě mnohem výhodnější, nabídky na požadované služby.

S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ust. § 21 zákona, když před uzavřením smlouvy, jejímž předmětem je ekologická likvidace ručních protitankových granátů RPG-75, neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Uložení pokuty

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

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

V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že veřejnou zakázku na služby nezadal v některém ze zadávacích řízení uvedených v § 21 zákona. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a provedl by zadávací řízení podle zákona, nelze vyloučit, že by zadavatel obdržel nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky poskytování požadovaných služeb, než jím přímo vybraný uchazeč, se kterým uzavřel zadavatel smlouvu.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 27. 6. 2008. Ke spáchání správního deliktu pak došlo v období mezi podpisem smlouvy uzavřené dne 10. 8. 2006 Ministerstvem obrany se zadavatelem a podpisem smlouvy s vybraným uchazečem uzavřené zadavatelem dne 17. 1. 2007 za účelem poskytnutí služeb spojených s ekologickou likvidací munice. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

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

Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 6 888 944 Kč (uvedená částka odpovídá finančnímu objemu služeb za ekologickou likvidaci munice, jejichž poskytnutí bylo zabezpečeno smlouvou s vybraným uchazečem). Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 344 447 Kč.

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

Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších dodavatelů ve výběrovém řízení a narušil tak soutěžní prostředí, když „přímo“ uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smlouvy provedl zadávací řízení. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky vůbec nepostupují podle zákona je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, neboť zadavatelé tím v rozporu se zákonem omezují, resp. vylučují, soutěžní prostředí. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky pro poskytnutí požadovaných služeb.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť nápravy nelze dosáhnout jinak.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby

jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

VOP-026 Šternberk, s. p., Olomoucká 1841/175, 785 01 Šternberk

ZEVETA AMMUNITION, a. s., Tovární 532, 687 71 Bojkovice

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce