



UOHSX003VWY6

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S363/2011/VZ-18178/2011/510/OKo

V Brně dne: 19. dubna 2012

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 17.8.2011 na návrh ze dne 16.8.2011, jehož účastníky jsou

- zadavatel – městská část Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6, zast. Ing. Marií Kousalíkovou, starostkou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 1.8.2011 společností SNEO, a.s., IČ 27114112, se sídlem Na Dračkách 405/49, 162 05 Praha 6, za niž jedná Ing. Olga Volková a Radek Pergl, členové představenstva,
- navrhovatel – účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“,
 - ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník, za niž jedná Petr Spilka, jednatel společnosti,
 - UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno, za niž jedná Ing. Miroslav Friš, předseda představenstva,

kteří podali společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 15.4.2011, ve správním řízení zastoupeni na základě plných mocí ze dne 21.7.2011 JUDr. Blankou Bělohávkovou, advokátkou, se sídlem Konviktská 12, 110 00 Praha 1,

- vybraný uchazeč – DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6, za niž jedná Čestmír Šrajhans, jednatel,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Oprava interiéru bytových domů, modernizace vytápění bytových jednotek Rooseveltova 614/36, 618/26, Praha 6“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v ISVZ uveřejněno dne 7.3.2011 pod ev.č. VZ 60057016 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 9.3.2011 pod ev. č. 2011/S 47-076956, a z moci úřední vedeném ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem – městská část Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6, při zadání citované veřejné zakázky, rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“, společnost ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník, a společnost UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno, kteří podali společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 15.4.2011 – **se** podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

II.

Zadavatel – městská část Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6 – **se** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006. Sb, o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **dopustil správního deliktu** tím, že v rozporu s ust. § 82 odst. 2 ve spojení s ustanovením § 6 zákona neuzavřel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče – DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6 – přičemž tím nedodržel zásadu transparentnosti a podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dne 14.7.2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

III.

Zadavatel – městská část Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6 – nedodržel postup stanovený v ust. § 67 odst. 7 zákona tím, že nezákonně uplatnil právo na plnění z poskytnuté peněžní jistoty navrhovatele – účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“, společnost ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník, a společnost UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno, kteří podali společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 15.4.2011 – ačkoliv k tomu nebyl v důsledku nezákonného postupu specifikovaném ve výroku II. tohoto rozhodnutí oprávněn, ale tento postup neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.

IV:

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodě II. se zadavateli – městská část Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6 – podle § 120 odst. 2 písm. a) cit. zákona o veřejných zakázkách **ukládá**

pokuta ve výši 500 000 Kč (pět set tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

Průběh zadávacího řízení

1. Zadavatel – městská část Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6, zast. Ing. Marií Kousalíkovou, starostkou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 1.8.2011 společností SNEO, a.s., IČ 27114112, se sídlem Na Dračkách 405/49,

162 05 Praha 6, za niž jedná Ing. Olga Volková a Radek Pergl, členové představenstva (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7.3.2011 pod ev. č. VZ 60057016 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 9.3.2011 pod ev. č. 2011/S 47-076956 oznámení otevřeného řízení o veřejné zakázce „Oprava interiéru bytových domů, modernizace vytápění bytových jednotek Rooseveltova 614/36, 618/26, Praha 6.“

2. Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky 9 uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 26. 4. 2011 je zřejmé, že všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti. V rámci posouzení nabídek byly hodnotící komisí vyřazeny nabídky 2 uchazečů.
3. Zadavatel dne 19.5.2011 rozhodl o výběru nejnižší nabídky, a to nabídky společnosti PROMINECON GROUP a.s., IČ 25110977, se sídlem Revoluční 25/767, 110 00 Praha 1, za niž jedná Ing. Václav Špeta, místopředseda představenstva a Ing. Vlastimil Kaňovský, člen představenstva (dále jen „společnost PROMINECON GROUP a.s.“).
4. Společnosti PROMINECON GROUP a.s. oznámila dopisem ze dne 2.6.2011 zadavateli, že se po zvážení všech okolností rozhodla smlouvu o dílo neuzavřít. Zadavatel jej obdržel dne 3.6.2011.
5. Na základě shora uvedených skutečností oznámil zadavatel dne 21.6.2011, že rozhodl o zadání veřejné zakázky uchazeči, který se umístil jako druhý v pořadí, a kterým jsou účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“, ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník, za niž jedná Petr Spilka, jednatel společnosti, a UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno, za niž jedná Ing. Miroslav Friš, předseda představenstva, kteří podali společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 15.4.2011, ve správním řízení zastoupeni na základě plných mocí ze dne 21.7.2011 JUDr. Blankou Bělohávkovou, advokátkou, se sídlem Konviktská 12, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel“). Navrhovatel předmětný dopis obdržel dne 24.6.2011.
6. Dne 27.6.2011 se navrhovatel zúčastnil jednání za účelem „domluvy postupu kompletní přípravy zakázky“ a téhož dne informoval zadavatele, že nový návrh smlouvy předložený zadavatelem, který se lišil od původního návrhu smlouvy, který byl součástí jeho nabídky, odešle právníkovi na posouzení.
7. Zadavatel dopisem ze dne 11.7.2011 oznámil, že rozhodl o zadání veřejné zakázky uchazeči, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazečem byla společnost DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6, za niž jedná Čestmír Šrajhans, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“).
8. Zadavatel dopisem ze dne 12.7.2011 oznámil propadnutí jistoty navrhovatele ve výši 300 000 Kč ve prospěch zadavatele. Navrhovatel dopis obdržel dne 18.7.2011.
9. Zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel dne 14.7.2011 smlouvu o dílo.
10. Navrhovatel podal dne 27.7.2011 námitky proti rozhodnutí zadavatele o propadnutí jistoty a v odůvodnění mj. uvedl: „rozhodnutí zadavatele o propadnutí jistoty nebylo nijak odůvodněno a je tedy nepřezkoumatelné“. Zadavatel námitky obdržel dne 28.7.2011.
11. Zadavatel dne 3.8.2011 oznámil navrhovateli, že o námitkách nerozhodl, neboť byly podány opožděně. Navrhovatel předmětný dopis obdržel dne 8.8.2011.

12. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh ze dne 16.8.2011 na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad obdržel návrh dne 17.8.2011 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen dne 16.8.2011.

Průběh správního řízení

13. Návrh navrhovatele směřuje proti postupu zadavatele týkajícího se propadnutí jistoty. Navrhovatel má za to, že zadavatel nesprávně posoudil podmínky stanovené zákonem v ust. § 67 odst. 7 zákona a tudíž k propadnutí jistoty nemohlo dojít a zadavatel nemohl právo na jistotu uplatnit. Navrhovatel tvrdí, že součinnost k uzavření smlouvy poskytl tím, že se dne 27.6.2011 zúčastnil jednání za účelem „domluvy postupu kompletní přípravy zakázky“.
14. Navrhovatel ve svém návrhu dále uvedl, že návrh smlouvy o dílo obdržel elektronicky dne 27.6.2011, ale vzhledem k tomu, že nebyl totožný s podepsanou verzí smlouvy, kterou navrhovatel předal jako součást nabídky, odpověděl zadavateli, že předá návrh smlouvy k posouzení právníkovi.
15. Po obdržení informace od zadavatele o propadnutí jistoty podal navrhovatel námitky, které zadavateli doručil dne 28.7.2011 (oznámení o propadnutí jistoty obdržel navrhovatel dne 18.7.2011) s tím, že zadavatel měl o těchto námitkách rozhodnout, neboť byly podány v 15ti denní lhůtě, tedy včas.
16. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad zrušil obě rozhodnutí, tj. rozhodnutí o propadnutí jistoty i rozhodnutí o vyřízení námitek a uložil zadavateli vrácení jistoty uchazeči.
17. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona jsou:
- zadavatel,
 - navrhovatel
 - vybraný uchazeč.
18. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č.j. ÚOHS-S363/2011/VZ-13391/2011/510/OKo ze dne 26.8.2011. Současně Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S363/2011/VZ-13393/2011/510/OKo ze dne 26.8.2011 stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
19. Dopisem č.j. ÚOHS-S363/2011/VZ-19298/2011/510/OKo ze dne 13.12.2011 seznámil Úřad účastníky správního řízení se skutečností, že postup zadavatele při uplatnění práva na poskytnutou peněžní jistotu a při uzavření smlouvy se změnami oproti návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče posuzuje rovněž z hlediska naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona a usnesením č.j. ÚOHS-S363/2011/VZ-19480/2011/510/OKo z téhož dne stanovil účastníkům správního řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele

20. Zadavatel zaslal stanovisko dopisem ze dne 22.8.2011, ve kterém uvádí, že skutečností, která vedla k propadnutí jistoty dle ust. § 67 odst. 7 zákona bylo neposkytnutí součinnosti k uzavření smlouvy podle ust. § 82 odst. 3 zákona, neboť podle tohoto ustanovení má uchazeč, který se umístil jako druhý v pořadí povinnost poskytnout součinnost směřující k uzavření smlouvy do 15 dnů ode dne doručení výzvy. Lhůta začala běžet dne 24.6.2011, kdy bylo doručeno navrhovateli oznámení o výběru nejvhodnější nabídky a její běh dle zadavatele skončil dne 11.7.2011. Zadavatel uvádí, že po celou dobu navrhovatel řádným způsobem zadavatele nekontaktoval ani s ním nekomunikoval.
21. Zadavatel se vyjádřil i k neodůvodnění oznámení o propadnutí jistoty. Dle něj účinky propadnutí jistoty nastávají v případech definovaných v § 67 odst. 7 zákona přímo ze zákona, aniž by k tomu bylo zapotřebí zvláštního úkonu zadavatele. K tomu, aby došlo k propadnutí jistoty (resp. ke vzniku oprávnění zadavatele si jistotu ponechat), zákon nevyžaduje a nepředpokládá rozhodnutí zadavatele, a tedy ani nestanoví náležitosti takového rozhodnutí; zadavatel rovněž není ze zákona povinen o propadnutí jistoty uchazeče písemně informovat.
22. K námitkám proti propadnutí jistoty zadavatel uvedl, že má za to, že námitky navrhovatele, že zadavatel své rozhodnutí o propadnutí jistoty náležitě neodůvodnil, je zcela bezpředmětné, neboť cílem oznámení o propadnutí jistoty bylo informovat navrhovatele o skutečnosti, která nastala přímo ze zákona v souvislosti s nečinností navrhovatele.
23. K nepodepsání návrhu smlouvy v nabídce a ke změně smlouvy zadavatel sdělil, že ze zákona je patrné, že pro vlastní uzavření smlouvy s vybraným uchazečem se předpokládá další, samostatný deklaratorní úkon obou stran – v opačném případě by zcela ztratilo smysl celé ustanovení § 82 zákona a rovněž ust. § 67 odst. 7 zákona, které s možností zrušení nebo změny nabídky výslovně počítá. Zadavatel uvedl, že v návrhu byly provedeny především formulační a formální změny a doplnění, s nimiž zadávací podmínky veřejné zakázky počítaly. Zadavatel konstatuje, že žádná z navržených úprav smlouvy o dílo není změnou, která by mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky či na okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku a nejde ani o změny, které by měnily práva a povinnosti smluvních stran v neprospěch zadavatele či uchazeče, nejednalo se tedy o změny podstatné v souladu s výkladem ESD a rozhodovací praxí Úřadu. Námitky v tomto bodě považuje zadavatel za účelové.
24. Vzhledem k tomu, že je zadavatel přesvědčen, že podání navrhovatele nespĺňuje znaky námitek vymezené zákonem, neboť napadá nikoli úkon zadavatele, ale skutečnost plynoucí přímo ze zákona, navrhuje, aby Úřad rozhodl o zamítnutí návrhu, neboť nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 a 2 zákona.

Závěry Úřadu

25. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění rozhodl, jak o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť navrhovatel není oprávněnou osobou pro podání návrhu, tak o spáchání správního deliktu zadavatelem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

26. Podle ust. § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
27. Podle ust. § 110 odst. 7 věty šesté zákona je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.
28. Podle ust. § 118 odst. 4 písm. c) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.
29. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel uzavřel dne 14.7.2011 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo.
30. Námitky proti rozhodnutí o propadnutí jistoty obdržel zadavatel dne 28.7.2011.
31. Jelikož navrhovatel podal námitky až po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, nesplnil tak navrhovatel zákonnou podmínku pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele.
32. Vzhledem k tomu, že podání řádných a včasných námitek je podle § 110 odst. 7 věty šesté zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele v téže věci, Úřad konstatuje, že návrh nebyl podán oprávněnou osobou. Z tohoto důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí a návrh byl podle ustanovení § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítnut.

Změna návrhu smlouvy

33. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
34. Podle ustanovení § 82 odst. 2 zákona smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.
35. Podle ust. § 82 odst. 3 zákona je vybraný uchazeč povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle odstavce 2 cit. ust. zákona. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle odstavce 2 cit. ust. zákona uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.
36. V ustanovení § 67 odst. 7 zákona je stanoveno, že pokud uchazeč v rozporu s tímto zákonem nebo zadávacími podmínkami zrušil nebo změnil nabídku, odmítl-li uzavřít smlouvu podle § 82 odst. 2 a 3 zákona nebo nesplnil-li povinnost poskytnout zadavateli řádnou součinnost k uzavření smlouvy podle § 82 odst. 3 zákona, má zadavatel právo na plnění z bankovní záruky nebo na pojistné plnění z pojištění záruky nebo mu připadá poskytnutá peněžní jistota včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem.

37. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel dne 27.6.2011 odeslal (tj. poté, co vyzval navrhovatele k poskytnutí součinnosti) navrhovateli návrh smlouvy, který obsahoval odlišnosti oproti návrhu smlouvy, který byl součástí nabídky navrhovatele. Odlišnosti v návrhu smlouvy spočívaly mimo jiné:
- v začlenění čl. II. – předmět smlouvy – bod 2. písm. e), ve kterém nově stanovil zadavatel, že: „součástí díla jsou všechny práce, které jsou k řádnému provedení díla nezbytné a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl nebo mohl vědět. Provedení těchto prací nezvyšuje touto smlouvou sjednanou cenu díla.“,
 - v novém bodě 3. čl. II. – podmínky realizace – písm. n) „Zhotovitel není oprávněn používat osobní výtah. Pro porušení tohoto ustanovení je smluvně sjednána pokuta ve výši 1 000 Kč za každý zjištěný případ.“,
 - v čl. III. – cena za dílo – nově bod 4. „Nabídková cena je stanovena jako nejvýše přípustná po celou dobu plnění veřejné zakázky“, nově také bod 5. „zhotovitel prohlašuje, že celková cena díla a cena jeho jednotlivých částí obsahuje: běžný úklid v průběhu výstavby i finální úklid po dokončení stavby.“
38. Navrhovatel informoval dne 27.6.2011 emailem zadavatele, že pozměněný návrh smlouvy předložený zadavatelem (viz bod 37) odešle právníkovi na posouzení.
39. Zadavatel uzavřel dne 14.7.2011 s vybraným uchazečem smlouvu o dílo ve znění, které se neshodovalo se zněním uvedeným v návrhu smlouvy, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče, ale naopak se zněním obsahujícím odlišnosti (viz bod 37).
40. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20.12.2011 uvedl, že „provedené úpravy jsou z velké části pouze formulační, část změn pak reflektuje podmínky, k jejichž splnění se uchazeč zavázal v rámci jiné části nabídky. Veškerá doplnění věcného charakteru nemění podmínky plnění ve prospěch dodavatele, ale naopak ve prospěch zadavatele. Žádná z úprav zároveň není takové povahy, aby byla způsobilá ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku – stěží lze předpokládat, že by potenciální dodavatel ztratil zájem o veřejnou zakázku z důvodu stanovení pokuty ve výši 1.000 Kč za neoprávněné použití osobního výtahu, případně z důvodu zařazení zcela běžného ustanovení o tom, že součástí plnění jsou všechny práce, které jsou k řádnému provedení díla nezbytné a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci měl nebo mohl vědět. Zadavatel je přesvědčen, že uvedené změny smlouvy v žádném případě nelze pokládat za podstatné a nepřijatelné.“
41. Úřad konstatuje, že zadavatel byl povinen uzavřít smlouvu ve znění, které obsahoval návrh smlouvy v nabídce, nikoliv dodatečně po vyhodnocení nabídek a výběru nejvhodnější nabídky obsah smlouvy měnit. Zadavatelé jsou dle ust. § 6 zákona povinni při každém jednotlivém zadávacím řízení dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Veřejné zakázky představují specifický způsob uzavírání smluv a jejich hlavním smyslem je vytvoření transparentního prostředí, které by mělo zabezpečit účelné vynakládání veřejných prostředků. Shora uvedeným jednáním zadavatel nedodržel zásadu transparentnosti, neboť zadavatel změnil návrh smlouvy až ve chvíli, kdy již byla známa nejvýhodnější nabídka a uvedl tak navrhovatele i další uchazeče v pořadí do nejistoty, přičemž nakonec uzavřel smlouvu až s uchazečem, který se umístil třetí v pořadí

s nabídkovou cenou o více než 4 miliony Kč vyšší než byla cena, kterou ve své nabídce uvedl navrhovatel.

42. Úřad uvádí, že změna spočívající v začlenění čl. II. – předmět smlouvy – bod 2. písm. e), ve kterém nově stanovil zadavatel, že: „součástí díla jsou všechny práce, které jsou k řádnému provedení díla nezbytné a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl nebo mohl vědět. Provedení těchto prací nezvyšuje touto smlouvou sjednanou cenu díla“ mohla podstatným způsobem ovlivnit výběr vybraného uchazeče, neboť nelze vyloučit, že při začlenění tohoto ustanovení do původního návrhu smlouvy mohl být podstatně ovlivněn jak okruh dodavatelů, kteří podali nabídky, tak i obsah nabídek uchazečů. Úřad považuje uvedenou změnu spolu s dalšími (viz bod 37) za podstatné a má za to, že je zadavatel nebyl oprávněn učinit. Je tedy nesporné, že zadavatel nedodržel ust. § 82 odst. 2 zákona tím, že uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, která byla v rozporu s návrhem obsaženým v nabídce.
43. Úřad již dříve konstatoval např. ve svém rozhodnutí č.j.: ÚOHS-S248/2009/VZ-14223/2009/510/MOn, že včlenil-li zadavatel na počátku zadávacího řízení do návrhu smlouvy ustanovení, dle kterého by měl dodavatel odpovídat i za služby a práce, které zadavatel v předmětu veřejné zakázky nespécifikoval, ale které jsou k řádnému provedení díla nezbytné, mohl by vést tento postup uchazeče ke změnám stanoveného předmětu veřejné zakázky o jiná plnění, která by mohla být u různých dodavatelů vzájemně odlišná a neporovnatelná, event. by mohl vést k navýšení cen zadavatelem stanovených položek o takto zjištěné vícepráce. Jedná se tedy jednoznačně o nezákonné změny ustanovení smlouvy.
44. Předpokladem součinnosti ze strany uchazeče je fakt, že zadavatel nebude měnit smlouvu, která byla v nabídce uchazeče předložena a podepsána. K uzavření smlouvy postačí, aby zadavatel připojil svůj podpis na smlouvu obsaženou v nabídce navrhovatele. Místo tohoto postupu však zadavatel v tomto případě předložil k podpisu nový návrh smlouvy, který mění práva a povinnosti smluvních stran, což je v rozporu s ust. § 82 odst. 2 zákona, podle kterého smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona. V takovém případě, tj. v situaci, kterou navodil sám zadavatel změnou smlouvy ani nepřipadá v úvahu aplikace § 67 odst. 7 zákona, tj. uplatnění práva na poskytnutou peněžní jistotu včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem. Případnutí poskytnuté peněžní jistoty včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem je legitimní pouze v případě, že vybraný uchazeč (resp. 2. či 3. uchazeč v pořadí) neposkytne součinnost k uzavření smlouvy předložené v nabídce uchazeče nikoliv smlouvy upravené zadavatelem, která mění práva a povinnosti smluvních stran.
45. Úřad taktéž poukazuje na ust. § 82 odst. 3 zákona věty třetí a násled., ve kterém je stanoveno, že odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy. Zadavatel však již 15. den zákonné lhůty (tj. 11.7.2011), ve které mohla být uzavřena smlouva s navrhovatelem (uchazečem druhým v pořadí), zaslal vybranému uchazeči výzvu k uzavření smlouvy, k čemuž ze zákona

nebyl oprávněn, protože ještě tentýž den platila dle zákona lhůta pro navrhovatele, který mohl uzavřít se zadavatelem předmětnou smlouvu.

46. Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu tím, že v rozporu s ust. § 82 odst. 2 ve spojení s ustanovením § 6 zákona změnil návrh smlouvy, což mělo za následek neuzavření smlouvy s navrhovatelem, který předložil výhodnější nabídku než vybraný uchazeč, se kterým uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, čímž porušil i zásadu transparentnosti, přičemž tím podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.

K uložení sankce

47. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
48. V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že neuzavřel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy v nabídce vybraného uchazeče, a to v rozporu s ust. § 82 odst. 2 ve spojení s § 6 zákona. Zadavatel tak naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
49. 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.
50. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
51. Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlídnou k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
52. Při posuzování závažnosti zadavatelem spáchaného správního deliktu, Úřad vycházel především ze skutečnosti, že ačkoliv zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem až v době, kdy měla být uzavřena smlouva o dílo, tj. v závěrečné fázi zadávacího řízení, jednalo se o závažný správní delikt, neboť svými následky – neoprávněným propadnutím jistoty a uzavřením smlouvy s jiným uchazečem – podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.
53. Úřad považuje za přitěžující okolnost, že smlouva byla uzavřena s uchazečem, který v nabídce uvedl cenu o 4 393 869 Kč vyšší, než byla cena navrhovatele, a to vše jako následek změny smlouvy, kterou zadavatel sám v rozporu s ust. § 82 odst. 2 zákona provedl.
54. Další přitěžující okolností je jednání zadavatele, který v situaci, kterou navodil sám změnou smlouvy, aplikoval ust. § 67 odst. 7 zákona, tj. uplatnil právo na poskytnutou peněžní jistotu včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem. Případnutí poskytnuté peněžní jistoty včetně úroků zúčtovaných peněžním ústavem je legitimní pouze v případě, že vybraný uchazeč (resp. 2. či 3. uchazeč v pořadí) neposkytne součinnost k uzavření smlouvy předložené v nabídce uchazeče nikoliv smlouvy upravené zadavatelem, která mění práva a povinnosti smluvních stran.
55. Úřad při rozhodování o výši uložené sankce obecně vychází z premisy, že pokuta uložená zadavateli za spáchání správního deliktu má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a

to funkci represivní, tj. postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je s ním v souladu.

56. Po zvážení všech okolností šetřeného případu, při určení výměry uložené pokuty Úřad posoudil její výši stanovenou v hodnotě 500 000 Kč vzhledem k souvislostem případu, ceně veřejné zakázky a ve vztahu k výše uvedenému jako dostačující. Úřad tedy uložil pokutu v polovině zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu do výše 984 464 Kč.
57. Při určení výše pokuty Úřad vzal v úvahu rovněž i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“ (viz nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle kterého jsou nepřípustné takové pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter). Z návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2012 (viz internetové stránky zadavatele) vyplývá, že zadavatel podle návrhu rozpočtu předpokládal v tomto roce příjmy ve výši 596 247 000 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.
58. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí 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, 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.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

JUDr. Blanka Bělohávková, advokátka, Konviktská 12, 110 00 Praha 1
SNEO, a.s., Na Dračkách 405/49, 162 05 Praha 6
DEREZA, společnost s ručením omezeným, Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6

Vypraveno dne:

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