



UOHSX0047DDZ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S159/2012/VZ-7477/2012/540/MPr

V Brně dne 26. července 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 20. 3. 2012 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk, zast. Ing. Stanislavem Orságem, starostou,

ve věci možného spáchání správního deliktu uvedeného v § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Expozice času“ zadávané formou jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona, výzvou k jednání ze dne 10. 9. 2010, na kterou byla dne 26. 10. 2010 uzavřena smlouva,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 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 nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Expozice času“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 6 posledně citovaného zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 26. 10. 2010 smlouvu na plnění této veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 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.

ODŮVODNĚNÍ

1. 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 21. 10. 2011 podnět k přezkoumání postupu zadavatele – město Šternberk, IČ 00299529, se sídlem Horní náměstí 16, 785 01 Šternberk, zast. Ing. Stanislavem Orságem, starostou (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Expozice času“ zadávané formou jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona, výzvou k jednání ze dne 10. 9. 2010, na kterou byla dne 26. 10. 2010 uzavřena smlouva (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě uvedeného podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti, zda byly splněny podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 odst. 6 zákona, zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S159/2012/VZ/540/MPr.
3. Z dokumentace o veřejné zakázce a podkladů z předcházející soutěže o návrh zjistil Úřad tyto skutečnosti.
4. Předmětem soutěže o návrh vyhlášené dne 20. 8. 2010 bylo podle bodu 1. soutěžních podmínek vypracování návrhu na realizaci scénáře muzejní expozice hodin Expozice času pro město Šternberk. Podle bodu 2. 1. 1. soutěžních podmínek musí návrh kompletně řešit způsob zajištění a realizace zapůjčení exponátů hodin, tedy musí obsahovat a zahrnovat:
 - Návrh a popis rozsahu a kvality podkladů pro realizaci scénáře a uvedení schopnosti jejich získání v co největší podrobnosti.
 - Koncept marketingové spolupráce s potencionálními sponzory.
 - Navržení spolupráce muzeí, včetně jmenovitého zajištění odborných poradců.
 - Navržení dalších námětů k doplnění scénáře.
5. Zadavatel obdržel pouze jeden návrh a to od společnosti CREATEAM, spol. s r. o., IČ 25721615, se sídlem Neklanova 11/111, 120 00 Praha 2 (dále jen „CREATEAM, spol. s r. o.“). Z oznámení o výběru nejvhodnějšího návrhu ze dne 9. 9. 2010 vyplývá, že se návrh společnosti CREATEAM, spol. s r. o., umístil na prvním místě.
6. Výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 10. 9. 2010 obdržela společnost CREATEAM, spol. s r. o. dne 10. 9. 2010.
7. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 25. 10. 2010 a vyzval uchazeče CREATEAM, spol. s r. o. k uzavření smlouvy.
8. Dne 26. 10. 2010 uzavřel zadavatel se společností CREATEAM, spol. s r. o. smlouvu o dílo s celkovou cenou díla 17 100 000 Kč bez DPH (20 420 000 Kč včetně DPH). V čl. I. smlouvy o dílo ze dne 26. 10. 2010 je uvedeno, že předmětem díla jsou následující činnosti:

- Aktualizace scénáře. Příprava tvůrčích podkladů a předtisková příprava (scan, foto, grafika, desktop publishing – počítačové zpracování, retuše, příprava pro výrobu).
- Jednání s Vlastivědným muzeem Olomouc i Národním technickým muzeem o zápůjčce a repasi exponátů společně se zástupci města Šternberka.
- Jednání s evropskými muzei o poskytnutí nezbytných podkladů a práv užití úhrada pořízených duplikátů děl.
- Poptávkové řízení a výběr subdodavatelů jednotlivých částí expozice. Uzavření smluv se subdodavateli. Koordinace jejich činnosti.
- Autorský dohled dle potřeb scénáře expozice. Řízení a kontrola procesu realizace. Finanční kontrola procesu. Kontrolní dny a vykazování průběhu realizace zadavateli.
- Průběžná spolupráce s partnerskými muzei a odbornými poradci.
- Vytvoření nástrojů komunikace, spolupráce na marketingově komunikačním plánu a jeho realizaci.

I. Řízení před správním orgánem

9. Účastníkem tohoto správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
10. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem č. j. ÚOHS-S159/2012/VZ-4949/2012/540/MPr ze dne 19. 3. 2012, ve kterém účastníka řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, dále Úřad účastníkovi správního řízení usnesením č. j. ÚOHS-S159/2012/VZ-6531/2012/540/MPr ze dne 4. 4. 2012 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
11. Účastník správního řízení obdržel oznámení o zahájení správního řízení dne 20. 3. 2012 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.
12. Ke zjištěním Úřadu, uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení, se zadavatel vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 29. 3. 2012 doručeném Úřadu dne 30. 3. 2012 a ve svém stanovisku ze dne 11. 4. 2012 doručeném Úřadu dne 11. 4. 2012.

II. Vyjádření zadavatele ze dne 29. 3. 2012 a ze dne 11. 4. 2012

13. Zadavatel ve svých vyjádřeních upozorňuje na relevantní znění zákona pro posouzení úkonů učiněných v předmětné veřejné zakázce, kterým je podle zadavatele znění účinné ke dni 13. 9. 2010 včetně. Zadavatel cituje ustanovení § 23 odst. 6 zákona účinného v době realizace předmětného jednacím řízení bez uveřejnění, který zní: *„V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejichž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže. V případě více vybraných účastníků soutěže o návrh je zadavatel povinen vyzvat k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění všechny vybrané účastníky“.*
14. Dále zadavatel podotýká, že výše uvedené ustanovení zákona upravuje základní předpoklady, při jejichž naplnění je zadavatel oprávněn zadat veřejnou zakázku v návaznosti na uskutečnění soutěže o návrh, a to vybranému účastníkovi soutěže. Zadavatel dále uvádí,

že výsledkem soutěže o návrh není bezprostřední uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nejvhodnější řešení však může být následně předmětem veřejné zakázky, na kterou se realizuje samostatné zadávací řízení.

15. Zadavatel v další části svého vyjádření uvádí, že předmětem plnění soutěže o návrh je návrh a popis rozsahu kvality podkladů pro realizaci scénáře a uvedení schopnosti jejich získání v co největší podrobnosti, koncept marketingové spolupráce s potencionálními sponzory, navržení spolupráce muzeí, včetně jmenovitého zajištění odborných poradců a navržení dalších námětů k doplnění.
16. Dále zadavatel uvádí, že výstupem soutěže o návrh je dílo odpovídající autorskému dílu, které je upraveno zákonem č. 121/2000 Sb., autorský zákon. Předmětem smlouvy o dílo je podle zadavatele činnost, kde je vhodné a žádoucí, aby autor uplatnil svou invenci s ohledem na svůj návrh.
17. K aktualizaci scénáře, přípravě tvůrčích podkladů a předtiskové přípravě uvedl zadavatel, že se jedná o dopracování scénáře pro Expozici času, který byl předmětem soutěže o návrh, jeho rozvedení a aktualizace s ohledem na časový posun, který uplynul od ukončení soutěže o návrh, když toto bylo nezbytné pro samotnou realizaci Expozice času. Podle zadavatele je tato činnost fakticky neoddělitelná od zpracování samotného scénáře. *„Předtisková příprava pak sloužila k přípravě podkladů Expozice času tak, aby tyto podklady byly dostatečně harmonizovány se samotným scénářem Expozice času a odpovídaly záměru zpracovatele scénáře Expozice času. V tomto případě bylo nejen nezbytné, aby tuto činnost vykonal zpracovatel Expozice času s ohledem na tvůrčí souvislosti, ale i s ohledem na autorská práva k scénáři Expozice času.“*
18. K jednání s vlastivědným muzeem Olomouc i Národním technickým muzeem o zápůjčce a repasi exponátů společně se zástupci města Šternberka, k jednání s evropskými muzei o poskytnutí nezbytných podkladů a práv užití a úhradě pořízených duplikátů děl, k vytvoření nástrojů komunikace, spolupráce na marketingově komunikačním plánu a jeho realizaci zadavatel uvádí, že účelem této činnosti je zajištění požadovaných originálních exponátů podle scénáře Expozice času, podkladů a práv užití k výrobě replik. Zpracovatel scénáře musel podle zadavatele zjišťovat skutečnosti související s požadovanými exponáty. Zadavatel je toho názoru, že pouze zpracovatel scénáře může zajistit činnosti v souladu s koncepcí a záměrem Expozice času, protože navrhoval užití jednotlivých exponátů a je schopen v případě neposkytnutí požadovaných exponátů zajistit náhradní exponáty s ohledem na koncepci a záměr expozice. Zadavatel dále uvádí, že v rámci scénáře Expozice času její zpracovatel zjišťoval možnost zapůjčení originálních exponátů a předběžně zjišťoval podklady a práva užití k výrobě replik a vyobrazení k vybraným exponátům. Zpracovatel Expozice času podle zadavatele navázal dialog se subjekty v České republice i v zahraničí. Zadavatel se domnívá, že pokud oslovené instituce příp. poradci jednaly a přislíbily určité činnosti zpracovateli scénáře Expozice času, není možné, aby na tuto aktivitu navazoval jiný subjekt.
19. K poptávkovému řízení subdodavatelů jednotlivých částí expozice a uzavření smluv se subdodavateli a koordinaci jejich činnosti zadavatel uvádí následující. *„V tomto bodě se nejedná, ani nejednalo o to, aby zpracovatel expozice času (soutěž o návrh) realizoval administraci veřejných zakázek. Tento bod smlouvy o dílo zajišťoval to, že CREATEAM s. r. o. zajistí v rámci smlouvy o dílo i subdodavatele a bude koordinovat jejich činnost.“* Činnost

podle zadavatele rovněž souvisí se zajištěním expozice autorsky v souladu se scénářem expozice.

20. K autorskému dohledu dle potřeb scénáře expozice, řízení a kontrole procesu realizace, finanční kontrole procesu, kontrolním dnům a vykazování průběhu realizace zadavateli uvádí zadavatel následující. „Z logiky věci, a s odkazem na zákon č. 121/2000 Sb., autorský zákon, v platném znění, je jednoznačné, že k této činnosti je oprávněn autor scénáře, který je výsledkem soutěže o návrh.“
21. K vytvoření nástrojů komunikace, spolupráce na marketingově komunikačním plánu a jeho realizaci zadavatel uvádí, že tato činnost úzce souvisí se samotnou koncepcí a záměrem Expozice času, mj. navazuje na koncept marketingové spolupráce s potencionálními sponzory. Zpracovatel scénáře expozice času je podle zadavatele, s ohledem na předmět scénáře a koncepci expozice, schopen vytvořit adekvátní nástroje komunikace a podílet se na marketingově komunikačním plánu.
22. Zadavatel uvádí, že v projednávaném případě je vzhledem k předmětu plnění nezbytně nutné, a v souladu se zákonem, když na soutěž o návrh podle § 102 a násl. zákona, navazuje jednacím řízením bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona. I současné znění § 23 odst. 6 zákona podle zadavatele umožňuje, aby zadavatel oslovil pro zadání veřejné zakázky na službu vybraného účastníka soutěže. Zadavatel se domnívá, že jde o činnost, která svým charakterem vyžaduje, aby realizaci předmětné služby provedl právě vítěz soutěže o návrh. Podle zadavatele předmět plnění veřejné zakázky úzce souvisí se samotným vítězným návrhem, vychází z něj a je s návrhem propojený.

III. Závěry Úřadu

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníka řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil při zadávání šetřené veřejné zakázky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 6 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

IV. Relevantní ustanovení zákona

24. V ustanovení § 21 odst. 1 zákona jsou uvedeny druhy zadávacích řízení, které zákon upravuje. Jedná se o tyto druhy zadávacích řízení:
 - otevřené řízení,
 - užší řízení,
 - jednacím řízením s uveřejněním,
 - jednacím řízením bez uveřejnění,
 - soutěžní dialog,
 - zjednodušené podlimitní řízení.

25. Podle § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a v § 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Veřejný zadavatel je dále oprávněn pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení.
26. Podle § 23 odst. 6 zákona v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejíchž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.

V. Soutěž o návrh přecházející jednacím řízením bez uveřejnění

27. Předmětem soutěže o návrh bylo podle bodu 1. soutěžních podmínek a pokynů pro zpracování návrhu vypracování návrhu na realizaci scénáře muzejní expozice hodin Expozice času pro Město Šternberk. Podle bodu 2. 1. 1. návrh musel kompletně řešit způsob zajištění a realizace zapůjčení exponátů hodin, tedy musel obsahovat a zahrnovat:
 - Návrh a popis rozsahu a kvality podkladů pro realizaci scénáře a uvedení schopnosti jejich získání v co největší podrobnosti.
 - Koncept marketingové spolupráce s potencionálními sponzory.
 - Navržení spolupráce muzeí, včetně jmenovitého zajištění odborných poradců.
 - Navržení dalších námětů k doplnění scénáře.
28. Účelem realizace projektu bylo vytvoření chybějící infrastruktury pro zážitkovou turistiku.
29. Zadavatel obdržel pouze jeden návrh od společnosti CREATEAM, spol. s r. o. Z protokolu o třetím jednání soutěžní poroty – vyhodnocení návrhů ze dne 8. 9. 2010 vyplývá, že návrh společnosti CREATEAM, spol. s r. o., se umístil na prvním místě.

VI. Jednací řízení bez uveřejnění navazující na soutěž o návrh

30. Výzvu k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 10. 9. 2010 obdržela společnost CREATEAM, spol. s r. o. dne 10. 9. 2010. Zadavatel rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky dne 25. 10. 2010 a vyzval uchazeče CREATEAM, spol. s r. o. k uzavření smlouvy. Smlouva na předmětnou veřejnou zakázku byla uzavřena dne 26. 10. 2010.
31. Dne 26. 10. 2010 uzavřel zadavatel se společností CREATEAM, spol. s r. o., smlouvu na realizaci Expozice času s celkovou cenou díla 17 100 000,- Kč bez DPH (20 420 000,- Kč včetně DPH).
32. Podle čl. I. odst. 1 je předmětem plnění podle výše uvedené smlouvy povinnost zhotovitele zajistit pro objednatele práce nezbytné pro realizaci Expozice času.
33. Podle čl. I. odst. 2 práce sestávají z následujících částí:
 - Aktualizace scénáře. Příprava tvůrčích podkladů a předtisková příprava (scan, foto, grafika, desktop publishing – počítačové zpracování, retuše, příprava pro výrobu).
 - Jednání s Vlastivědným muzeem Olomouc i Národním technickým muzeem o zápůjčce a repasi exponátů společně se zástupci města Šternberka.

- Jednání s evropskými muzei o poskytnutí nezbytných podkladů a práv užití úhrada pořízených duplikátů děl.
- Poptávkové řízení a výběr subdodavatelů jednotlivých částí expozice. Uzavření smluv se subdodavateli. Koordinace jejich činnosti.
- Autorský dohled dle potřeb scénáře expozice. Řízení a kontrola procesu realizace. Finanční kontrola procesu. Kontrolní dny a vykazování průběhu realizace zadavateli.
- Průběžná spolupráce s partnerskými muzei a odbornými poradci.
- Vytvoření nástrojů komunikace, spolupráce na marketingově komunikačním plánu a jeho realizaci.

VII. K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 6 zákona a k autorskému právu

34. Úřad uvádí, že relevantním zněním zákona bylo pro zadavatele znění účinné do 14. 9. 2010.
35. Podle ustanovení § 23 odst. 6 zákona zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž zakázku na služby také v případě, jestliže je zadávána v návaznosti na soutěž o návrh, podle jejichž pravidel musí být veřejná zakázka zadána vybranému účastníkovi nebo jednomu z vybraných účastníků této soutěže.
36. K citovanému ustanovení zákona týkajícího se jednacího řízení bez uveřejnění Úřad uvádí, že úprava předmětného ustanovení v zákoně je transpozicí směrnice č. 2004/18/ES Evropského parlamentu a Rady o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby, ve které je v čl. 28 Použití otevřených, omezených a vyjednávacích řízení konstatováno, že pro zadávání zakázek použijí veřejní zadavatelé vnitrostátní řízení přizpůsobené cílům této směrnice. Zadávají tyto veřejné zakázky za použití otevřeného nebo omezeného řízení. Ve zvláštních případech a za zvláštních okolností výslovně uvedených v čl. 30 a 31 směrnice mohou použít vyjednávací řízení s uveřejněním oznámení o zadání zakázky nebo bez něj. V čl. 31 směrnice jsou mezi případy, odůvodňující použití vyjednávacího řízení bez uveřejnění, u veřejných zakázek na stavební práce zahrnuty podle odst. 3 zakázky na služby, *„pokud daná zakázka následuje po veřejné soutěži na určitý výkon a musí být podle platných pravidel zadána vítěznému účastníkovi nebo jednomu z vítězných účastníků; v případě více vítězných účastníků musí být k účasti na vyjednávání vyzváni všichni vítězní účastníci“*.
37. Zákon ve svém ustanovení § 23 odst. 6 zákona ani citovaný článek směrnice č. 2004/18/ES však nedávají přesnou odpověď na interpretaci neurčitého pojmu zadávání zakázky „v návaznosti“ na soutěž o návrh. Uvedený pojem je však nutné vykládat s ohledem na jedinečnost formy zadávacího řízení (jednací řízení bez uveřejnění) restriktivně.
38. Ustanovení § 23 odst. 6 zákona umožňuje, aby zadavatel oslovil pro zadání veřejné zakázky na službu vybraného účastníka soutěže, neboť tato veřejná zakázka je dotvořením vítězného návrhu. Jde tedy o takovou činnost (např. dopracování plánu navrženého v rámci soutěže o návrh), která svým charakterem vyžaduje, aby realizaci takové služby provedl právě vítěz soutěže o návrh.

39. Jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěží o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ustanovení § 23 odst. 6 zákona.
40. V případě soutěže o návrh v oblasti např. architektonické či urbanistické lze uvažovat o zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 6 zákona ke zpracování projektové dokumentace navazující na návrh, neboť jde o činnost, kde je vhodné, aby autor uplatnil svou invenci a de facto dopracoval původní návrh. Je však zřejmé, že následná realizace stavebních prací podle projektové dokumentace musí být zadána v samostatném zadávacím řízení a podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění zde nejsou naplněny.
41. Naopak, jde-li o svoz odpadu (viz. např. rozhodnutí č. j. S140/2008/VZ-11848/540/Šm ze dne 30. 6. 2008), může ho provádět i subjekt, který již nerozvíjí v rámci plnění svůj návrh a k realizaci postačí vybavení vhodnými technickými zařízeními. Úřad proto v citovaném rozhodnutí konstatoval, že *„v navazujícím jednacím řízení bez uveřejnění může být zadána pouze veřejná zakázka na dopracování návrhu nebo plánu předloženého v soutěži o návrh do finální podoby, tj. služby spojené s vytvořením daného projektu, nikoliv služby týkající se následného svozu a likvidace odpadu“*.
42. Autorské dílo upravuje ustanovení § 2 zákona č. 121/2000 Sb., autorský zákon (dále jen „autorský zákon“). Podle ustanovení § 2 odst. 1 autorského zákona je předmětem práva autorského dílo literární a jiné dílo umělecké a dílo vědecké, které je jedinečným výsledkem tvůrčí činnosti autora a je vyjádřeno v jakékoli objektivně vnímatelné podobě včetně podoby elektronické, trvale nebo dočasně, bez ohledu na jeho rozsah, účel nebo význam (dále jen „dílo“). Dílem je zejména dílo slovesné vyjádřené řečí nebo písmem, dílo hudební, dílo dramatické a dílo hudebně dramatické, dílo choreografické a dílo pantomimické, dílo fotografické a dílo vyjádřené postupem podobným fotografii, dílo audiovizuální, jako je dílo kinematografické, dílo výtvarné, jako je dílo malířské, grafické a sochařské, dílo architektonické včetně díla urbanistického, dílo užitého umění a dílo kartografické.
43. Úřad se nemůže vyjadřovat k aplikaci autorského zákona, ale i pokud by připustil, že by se v případě činností, které jsou předmětem soutěže o návrh, mohlo jednat o činnosti představující autorské dílo, nelze se ztotožnit s názorem zadavatele, že by předmětem jednacího řízení bez uveřejnění byly takové činnosti, pro které by byl „nadán“ pouze vítěz soutěže o návrh.
44. Zadavatel se domnívá, že aktualizace scénáře, příprava tvůrčích podkladů a předtisková příprava je autorským dílem a podléhá autorskému právu. Zadavateli však nic nebránilo v tom, ani se v takovém smyslu nevyjadřuje, aby realizaci těchto činností smluvně ošetřil způsobem, který by zamezil neoprávněnému zásahu do autorských práv. Aktualizaci scénáře, přípravu tvůrčích podkladů ani předtiskovou přípravu však nelze podle Úřadu považovat

za natolik specifickou a výjimečnou činnost, aby odůvodňovala nezbytnost provedení realizace právě vítězem soutěže o návrh.

45. Úřad se nemůže ztotožnit s názorem zadavatele, že výhradně zpracovatel scénáře je schopen zajistit činnosti v souladu s koncepcí a záměrem Expozice času. Zajištění náhradních exponátů s ohledem na koncepci a záměr expozice není činnost, kterou by byl schopen vykonat pouze zpracovatel scénáře. Ani skutečnost, že jednotlivé exponáty vyžadují podle zadavatele různé podmínky pro transport a vystavení nepředstavuje překážku, která by měla za následek, aby řádný transport a vystavení, nebyl schopen zajistit konkurenční specializovaný dodavatel. Jelikož neexistují bariéry, které by subjektům vykonávajícím podnikatelskou činnost zabraňovaly navazovat spolupráci s jinými subjekty v České republice a v zahraničí, není důvod, aby s určitými institucemi příp. poradci jednal výhradně zpracovatel scénáře Expozice času.
46. Poptávkové řízení a výběr subdodavatelů jednotlivých částí expozice, uzavření smluv se subdodavatelem a koordinace jejich činnosti nelze považovat za činnosti, které by mohly podléhat autorské ochraně, resp. nelze je podle Úřadu považovat za činnosti, jejichž realizaci by mohl provádět pouze vítěz soutěže o návrh.
47. Jestliže se zadavatel domníval, že autorský dohled podle potřeb scénáře expozice podléhá autorskému právu, mohl autorský dohled např. zakomponovat již do soutěže o návrh (příp. si v navazujícím zadávacím řízení podle zákona, které umožňuje soutěž dodavatelů vyhradit podmínku, že autorský dohled bude vykonávat vítěz soutěže o návrh), či smluvně ošetřit realizaci autorského dohledu tak, aby nedošlo k neoprávněnému zásahu do autorských práv. Řízení a kontrolu procesu realizace, finanční kontrolu procesu, kontrolní dny a vykazování průběhu realizace zadavateli lze považovat za činnosti, které může realizovat jakýkoliv dodavatel, jehož „oborem“ jsou uvedené činnosti.
48. Rovněž u činností spočívajících ve vytvoření nástrojů komunikace, spolupráci na marketingově komunikačním plánu a jeho realizaci, se nelze domnívat, že by byly takového charakteru, který by vyžadoval jejich realizaci autorem návrhu. Nejde totiž o činnosti, které by představovaly „rozvíjení původního návrhu“.
49. K aplikaci ustanovení § 23 odst. 6 zákona je podle Úřadu nutné konstatovat, že v šetřeném případě není předmět plnění veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění takového charakteru, aby vyžadoval realizaci právě vítězem soutěže o návrh.
50. S ohledem na shora uvedené Úřad shrnuje, že předmětem veřejné zakázky zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění v návaznosti na soutěž o návrh může být plnění, které je schopen realizovat výhradně předkladatel vítězného návrhu, nikoli takové plnění, které může být zajištěno jakýmkoli jiným způsobilým dodavatelem. Toto plnění musí spočívat v tvůrčím (ideovém) dopracování návrhu či projektu.
51. Úřad je tedy vzhledem ke shora uvedenému přesvědčen, že navazující jednacím řízení bez uveřejnění nespočívalo v (ideovém) dopracování návrhu, neboť předmětem jednacím řízení bez uveřejnění bylo podle uzavřené smlouvy o dílo, např. jednání s Vlastivědným muzeem Olomouc i Národním technickým muzeem o zápůjčce a repasi exponátů společně se zástupci města Šternberka, poptávkové řízení a výběr subdodavatelů jednotlivých částí expozice, uzavření smluv se subdodavatelem, koordinace jejich činnosti, atd. Vzhledem

k charakteru těchto činností nebylo podle Úřadu nezbytné, aby realizaci prováděl výhradně předkladatel vítězného návrhu.

52. Vzhledem ke všem výše uvedeným skutečnostem Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na „Expozici času“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 6 zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňující soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, příp. od jiných dodavatelů. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

VIII. Uložení sankce

53. Podle ustanovení § 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.
54. Jak vyplývá z odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, neboť veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 6 zákona, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky.
55. K nedodržení zákonem stanoveného postupu Úřad konstatuje, že použití výjimečného způsobu zadání veřejné zakázky přímo určitému dodavateli zákon spojuje se striktním splněním zákonných podmínek, kdy předmět veřejné zakázky není možné zadat v řádném, soutěži otevřeném, zadávacím řízení. Zadavatel při rozhodování o takovém způsobu zadání veřejné zakázky musí vždy spolehlivě prokázat a doložit, že zákonné podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění jsou objektivně splněny. To se však v šetřeném případě nestalo. Neoprávněné použití jednacího řízení bez uveřejnění vedlo k podání jediné nabídky, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a veřejnou zakázku zadal v jiném druhu zadávacího řízení, které umožňuje soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, příp. od jiných dodavatelů.
56. 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.
57. 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, jenž Úřad obdržel dne 21. 10. 2011. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 26. 10. 2010, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

58. 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 § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
59. Cena veřejné zakázky „Expozice času“ na jejíž plnění byla dne 26. 10. 2010 uzavřena smlouva, a při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle uzavřené smlouvy 17 100 000,- Kč bez DPH (20 420 000,- Kč včetně DPH).
60. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku ve výši 1 021 000,- Kč.
61. Podle § 121 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů přihlédne Úřad při určení výměry pokuty zadavateli k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
62. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je závažným porušením zákona. Ve vztahu k šetřenému případu nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňující soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, příp. od jiných dodavatelů. Z hlediska přiměřenosti sankce Úřad uvádí, že co se týče závažnosti spáchaného deliktu, je nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, jedno z vůbec nejzávažnějších porušení zákona.
63. V rámci hodnocení závažnosti protiprávního jednání je tedy nutné k tíži zadavatele přičíst fakt, že rezignoval na výběr dodavatele v konkurenčním prostředí.
64. V souvislosti se způsobem spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že ačkoliv nelze jednoznačně konstatovat, že by zadavatelovo jednání vykazovalo znaky účelovosti, lze uvést, že zadavatel zvolil takový druh zadávacího řízení, jež neumožňuje soutěž dodavatelů, aniž by předem zvážil jiné alternativy, které mu zákon umožňuje. Zadavatelovo jednání se z tohoto úhlu pohledu jeví jako „nedbalostní“, nikoliv primárně účelové. Úřad tuto okolnost zohlednil při stanovení výše pokuty a nepřistoupil k uložení pokuty v horní hranici zákonné sazby.
65. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze v tomto případě považovat za likvidační. Z návrhu rozpočtu pro rok 2012 dostupného na webových stránkách (<http://www.sternberk.eu>) zadavatele vyplývá, že zadavatel ve sledovaném období plánuje hospodařit s příjmy ve výši

234 286 000,- Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

66. V souvislosti s následky spáchání správního deliktu Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl ke skutečnosti, že jednání zadavatele vyloučilo princip soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, a dále zohlednil, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňující soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek.
67. Za polehčující okolnost považuje Úřad právní úpravu jednacích řízení bez uveřejnění, jelikož ji lze vnímat jako nejednoznačnou. Správná aplikace jednacích řízení bez uveřejnění vyplývá spíše z judikatury a z rozhodovací praxe Úřadu (viz bod 37).
68. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
69. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů pro i proti zadavateli, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou v hodnotě 100 000,- Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující.
70. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem 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 se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Výše uložené pokuty naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
71. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout.
72. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízeného 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:

město Šternberk, Horní náměstní 16, 785 01 Šternberk

Vypraveno dne:

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