

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno II. instančním rozhodnutím č.j. R118/2006/02-01645/2007/300-Hr ze dne 23.1.2007, které nabylo právní moci dne 30.1.2007

Č. j.: S166/2006-16216/2006/540-RP

V Brně dne 14. září 2005

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném dne 3.7.2006 z vlastního podnětu podle § 96 téhož zákona o veřejných zakázkách, jehož účastníkem je

- zadavatel – statutární město Ostrava, městský obvod Mariánské Hory a Hulváky, Přemyslovců 224/63, 709 00 Ostrava, zastoupený Ing. arch. Lianou Janáčkovou, starostkou,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Regenerace sídliště Fifejdy I, 3. etapa“, v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50000613 dne 11.8.2004,

rozhodl podle § 101 citovaného zákona o veřejných zakázkách takto:

I.

Zadavatel statutární město Ostrava, městský obvod Mariánské Hory a Hulváky, se dopustil správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb., tím, že

nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 posledně cit. zákona v návaznosti na ust. § 61 odst. 1 a odst. 5 téhož zákona, neboť nepostupoval transparentním způsobem při vyžádání, posuzování zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a následném vyloučení dvou uchazečů,

nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 posledně cit. zákona v návaznosti na ust. § 63 odst. 2 téhož zákona, neboť nezajistil aby zpráva o posouzení a hodnocení nabídek byla podepsána všemi členy hodnotící komise,

porušil zákaz stanovený ust. § 88 odst. 4 posledně cit. zákona, neboť uzavřel smlouvu před uplynutím lhůty, během níž měl zakázáno smlouvu uzavřít,

nesplnil povinnost stanovenou ust. § 66 odst. 2 citovaného zákona, neboť před zahájením prací na díle uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, jímž byla smlouva uzavřena v rozporu s nabídkou a zadáním,

příčemž výše uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit hodnocení nabídek.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného v bodu I. se zadavateli statutárnímu městu Ostrava, městskému obvodu Mariánské Hory a Hulváky, **ukládá** podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb.,

pokuta ve výši 80 000,- Kč (osmdesát tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 1660650001.

III.

Podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli statutárnímu městu Ostrava, městskému obvodu Mariánské Hory a Hulváky, **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč** (slovy jeden tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné 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 19-24825621/0710, variabilní symbol 166065001.

Odůvodnění

Statutární město Ostrava, městský obvod Mariánské Hory a Hulváky, Přemyslovců 224/63, 709 00 Ostrava, zastoupený Ing. arch. Lianou Janáčkovou, starostkou (dále jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb. a zákona č. 437/2004 Sb. (dále jen „zákon“), dne 11.8.2004 pod ev. č. 50000613, na centrální adrese oznámení otevřeného zadávacího řízení na podlimitní veřejnou zakázku „Regenerace sídliště Fifejdy I, 3. etapa“.

Podle bodu 7 oznámení zadávacího řízení je předmětem veřejné zakázky zejm. zhotovení komunikací a terénní úpravy. V bodu 10.1 formuláře oznámení zadávacího řízení zadavatel následovně vymezil dílčí kritéria hodnocení podle ekonomické výhodnosti, a sice:

1. Smluvní pokuty (45 %),
2. Výše nabídkové ceny včetně DPH (35 %),
3. Termín plnění (20 %).

Dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky dále obsahuje protokol o otevírání obálek ze dne 20.9.2004 a zprávu o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne.

Z dokumentace vyplývá, že ve stanovené lhůtě zadavatel obdržel 8 nabídek. Po posouzení nabídek zadavatel vyloučil uchazeče ODS – Dopravní stavby Ostrava, a. s., Ostrava, a Lesostavby Frýdek – Místek a. s., Frýdek – Místek., z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, o čemž uchazeče vyrozuměl dopisem ze dne 8.10.2004. Zadavatel (prostřednictvím společnosti RECTE CZ, s. r. o., Ostrava) dopisem z téhož dne oznámil uchazečům též své rozhodnutí o přidělení šetřené veřejné zakázky.

Dopisem ze dne 20.10.2004 podal uchazeč ODS – Dopravní stavby Ostrava, a. s. proti svému vyloučení námitky, o nichž zadavatel rozhodl negativně dne 1.11.2004. Dopisem ze dne 9.11.2004 pak cit. uchazeč vzal své námitky zpět.

Taktéž dne 9.11.2004 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo č. 60/2004 s vybraným uchazečem Jaromírem Mičulkou, nar. 1.1.1961, místem podnikání Dolní 34, 700 30 Ostrava, za cenu 6 444 174,60 Kč bez DPH (7 668 567,70 Kč včetně DPH), která odpovídá nabídkové ceně uchazeče. Doba plnění předmětu smlouvy měla podle bodu 2 článku VI. smlouvy v souladu s nabídkou činit jeden měsíc od podpisu smlouvy a předání staveniště.

Dne 28.11.2004 zadavatel a vybraný uchazeč Jaromír Mičulka uzavřeli dodatek č. 1 k výše uvedené smlouvě o dílo, jímž upravili způsob fakturace, lhůtu pro začátek prací na díle a prodloužili dobu plnění díla z jednoho na sedm měsíců (termín realizace přitom zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil jako dílčí kritérium hodnocení nabídek).

Dne 10.6.2005 uzavřeli zadavatel a uchazeč Jaromír Mičulka dodatek č. 2 k výše cit. smlouvě o dílo ze dne 9.11.2004, kterým rozšířili předmět plnění o vícepráce v hodnotě 1 472 885,5 Kč bez DPH (tj. 1 752 733,70 včetně DPH 19 %).

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), jako orgán příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „zákon ve znění pozdějších předpisů“), obdržel žádost Policie ČR o prošetření postupu zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky, jehož přílohou byla „zpráva o výsledku hospodaření městského obvodu v roce 2005“ ze dne 4.10.2005 zpracovaná pracovníky Magistrátu města Ostravy.

Orgán dohledu si dopisem ze dne 4.4.2006 vyžádal od zadavatele dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky včetně fotokopie smlouvy a jejích dodatků. Zadavatel reagoval dopisem ze dne 20.4.2006, ve kterém zejména uvedl, že k uzavření dodatku č. 1 došlo na žádost zhotovitele zejména z důvodu nutnosti vytýčení stávajících sítí v koordinaci s jejími správci. Předmětem dodatku č. 2 byla úprava území za domem sloužící pro děti na žádost občanů.

Jelikož u orgánu dohledu přetrvávaly pochybnosti, zda zadavatel postupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky a uzavírání dodatků v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele.

Účastníkem správního řízení je podle § 99 zákona ve znění pozdějších předpisů zadavatel.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli jako jedinému účastníku řízení dopisem č. j. S166/2006/SZ-10892/2006/540-RP ze dne 29.6.2006, ve kterém zadavatele seznámil se zjištěnými skutečnostmi a usnesením stanovil lhůtu k doplnění dokumentace týkající se podání a vyřízení námitek uchazeče ODS – dopravní stavby Ostrava, a. s., a dále lhůty, v nichž se zadavatel mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření.

Dnem 3.7.2006, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo podle § 96 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Dopisem ze dne 18.7.2006, zadavatel podal rozklad doplněný dopisem ze dne 31.7.2006 proti usnesení č. j. S166/2006/SZ-10892/2006/540-RP ze dne 29.6.2006, respektive jeho výrokům 2. a 3., týkajícím se lhůt, v nichž se zadavatel může vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí, popř. navrhnout doplnění šetření, přičemž v rozkladu žádal prodloužení těchto lhůt. Zároveň uvedl, že dokumentaci týkající se podání a vyřízení námitek zaslal orgánu dohledu dříve dopisem ze dne 20.4.2006. O rozkladu rozhodl orgán dohledu v souladu s ust. § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodnutím č. j. S166/2006/540-13908/2006/540-RP ze dne 7.8.2006, když rozkladu plně vyhověl.

Dopisem ze dne 1.8.2006 si orgán dohledu opětovně vyžádal doplnění dokumentace týkající se podání a vyřízení námitek ODS – dopravní stavby Ostrava, a. s., přičemž zadavateli usnesením stanovil k provedení úkonu přiměřenou lhůtu. Dopisem ze 3.8.2006 o předmětnou korespondenci požádal také uchazeče ODS – dopravní stavby Ostrava, a. s. Orgán dohledu poté dne 14.8.2006 požadované dokumenty od zadavatele obdržel.

Do konce stanovené lhůty se účastník řízení dále nevyjádřil.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a následujících zákona ve znění pozdějších předpisů případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o zadání šetřené veřejné zakázky a uzavřené smlouvy včetně dodatků a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky a uzavírání dodatku č. 1 ze dne 28.11.2004 porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Protokol o otevírání obálek

Podle § 57 odst. 1 zákona musí být hodnotící komise minimálně pětičlenná. Podle § 58 odst. 1 zákona si hodnotící komise zvolí ze svých členů předsedu a místopředsedu na svém prvním jednání, které svolá zadavatel. Další jednání hodnotící komise svolává a řídí její předseda, není-li předseda přítomen, místopředseda. Ustanovení § 58 odst. 3 zákona stanoví, že o jednání hodnotící komise se sepisuje protokol (dále jen „protokol o jednání“). Protokol o jednání podepisují všichni členové hodnotící komise. Zastává-li člen hodnotící komise odchylný názor proti názoru většiny, uvede se v protokolu o jednání tento odlišný názor s odůvodněním.

V ust. § 60 odst. 1 zákona mj. stanoví, že o otevírání obálek sepisuje hodnotící komise protokol o otevírání obálek. Podle § 60 odst. 3 zákona protokol o otevírání obálek podepisují všichni členové hodnotící komise.

V § 25 odst. 1 zákon stanoví, že v zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zákazu diskriminace a transparentnosti.

Zadavatelem předložená dokumentace neobsahuje jmenování členů hodnotící komise, avšak dokumentu „písemné prohlášení členů komise o nepodjatosti“ ze dne 20.9.2004 vyplývá, že zadavatel do funkce členů hodnotící komise jmenoval:

- Ing. arch. Lianu Janáčkovou,
- Ing. Jiřího Jezerského,
- Ing. Zdeňka Janíka,
- Jaroslavu Sládečkovou,
- RSDr. Jiřího Boháče,

a jako jejich náhradníky:

- Ing. Jana Andrlého,
- Ing. Miloše Poučka,
- Ing. Marii Svobodovou,
- Ing. Milana Flisníka a
- MVDr. Michaelu Raškovou.

Dokumentace o zadání předmětné veřejné zakázky obsahuje protokol o otevírání obálek ze dne 20.9.2004 (dále jen „protokol o otevírání obálek“) a zprávu o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.9.2004 (dále jen „zpráva“). Žádný další protokol o jednání hodnotící komise dokumentace neobsahuje. Protokol o otevírání obálek a zpráva jsou tedy jedinými dokumenty dokládajícími činnost hodnotící komise a byly v dokumentaci o zadání spolu s prohlášením o nepodjatosti členů hodnotící komise jako celek označeny za protokol o jednání hodnotící komise.

Kontrolou dokumentace orgán dohledu zjistil, že protokol o otevírání obálek nepodepsal člen hodnotící komise Ing. Jiří Jezerský, přesto, že je jeho jméno na protokolu uvedeno a podepsal čestné prohlášení o své nepodjatosti dne 20.9.2004, tj. téhož dne, kdy proběhlo otevírání obálek (viz § 60 odst. 3 zákona). Jelikož hodnotící komise o svých jednáních nepoživovala protokol o jednání podle § 58 odst. 3 zákona, jenž by dokládal účast členů hodnotící komise na jednotlivých jednáních, nedokládá protokol o otevírání obálek transparentně postup hodnotící komise. Z dokumentace o zadání nevyplývá, zda se Ing. Jezerský jednání neúčastnil nebo protokol o otevírání obálek odmítl podepsat.

Orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nezajistil při postupu hodnotící komise dodržení § 60 odst. 3 zákona, jak je popsáno výše. Vzhledem k tomu, že však orgán dohledu po přezkoumání procesu otevírání obálek neshledal, že by popsáním pochybením zadavatele mohlo být ovlivněno stanovení pořadí nabídek, nemělo vliv na výši uložené sankce. Při své úvaze přitom orgán dohledu vyšel také z toho, že protokol o otevírání obálek podepsali čtyři z pěti členů hodnotící komise, která by tedy i v případě nepřítomnosti Ing. Jezerského byla usnášeníschopná (§ 58 odst. 2 zákona).

Postup hodnotící komise a zadavatele při posuzování a hodnocení nabídek

Podle § 61 odst. 1 zákona hodnotící komise mimo jiné posoudí výši nabídkových cen ve vztahu k předpokládané ceně předmětu veřejné zakázky. Jestliže nabídka obsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, musí si hodnotící komise vyžádat od uchazeče písemné zdůvodnění ve lhůtě podle odstavce 4. Hodnotící komise může vzít v úvahu zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, jestliže je tato cena zdůvodněna objektivními příčinami, zejména z důvodu výjimečné hospodárnosti realizace nebo výrobní metody, originality, případně objektivnosti technického řešení nebo příznivých podmínek u uchazeče. Neodůvodnil-li uchazeč mimořádně nízkou nabídkovou cenu ve stanovené lhůtě nebo posoudila-li hodnotící komise jeho zdůvodnění jako neopodstatněné, nabídku vyřadí. Podle § 61 odst. 5 zákona uchazeče, jehož nabídka byla při posuzování nabídek vyřazena, musí zadavatel bezodkladně vyloučit ze zadávacího řízení. Vyloučení včetně důvodů je zadavatel povinen uchazeči bezodkladně písemně oznámit.

Podle § 63 odst. 1 zákona o posouzení a hodnocení nabídek pořídí hodnotící komise zprávu, která obsahuje seznam posuzovaných nabídek, seznam nabídek, které byly hodnotící komisí ze zadávacího řízení vyřazeny spolu s uvedením důvodu, popis hodnocení zbývajících nabídek s odůvodněním, výsledek hodnocení a údaje o složení hodnotící komise. Podle odstavce 2 téhož ustanovení zákona pak zprávu o posouzení a hodnocení nabídek podepisují všichni členové hodnotící komise.

Hodnotící komise vyzvala dopisy ze dne 21.9.2006 podle § 61 odst. 1 zákona uchazeče Dopravní stavby Ostrava, a. s. a Lesostavby Frýdek – Místek a. s. ke zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny. Ve zmíněných dopisech je vždy uvedeno, že nabídková cena uchazeče byla shledána mimořádně nízkou k předpokládané ceně veřejné zakázky, avšak bez jakéhokoliv upřesnění důvodu, v čem mimořádně nízká cena spočívá. Oba uchazeči podali v zákonem stanovené lhůtě zdůvodnění. Zpráva o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 20.9.2004 z hlediska posouzení zdůvodnění mimořádně nízkých nabídkových cen výše cit. uchazečů obsahuje pouze to, že hodnotící komise odůvodnění neakceptovala a považuje je za neopodstatněné. Zadavatel oba uchazeče vyloučil s odůvodněním, že hodnotící komise shledala zdůvodnění za neopodstatněné.

Orgán dohledu uvádí, že pokud hodnotící komise vyžaduje zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny, měla by v žádosti poukázat na to, v čem spatřuje nereálnost nabídkové ceny, aby se uchazeči mohli k žádosti konkrétně vyjádřit. V šetřeném případě však v žádostech hodnotící komise o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny zcela chybí důvody pro které byly nabídkové ceny uchazečů označeny za mimořádně nízké.

Zadavatel musí postupovat tak, aby jeho úkony i rozhodnutí byly přezkoumatelné, přičemž musí být dostatečně průhledné, aby vylučovaly možnou diskriminaci uchazeče o veřejnou zakázku. Při interpretaci ustanovení § 61 zákona a posuzování obsahu zde upravených povinností uchazeče a zadavatele (resp. hodnotící komise) je nutné vycházet především ze zásady transparentnosti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, na kterou odkazuje ustanovení § 25 odst. 1 zákona.

Jestliže má být postup zadavatele transparentní, je nutné, aby žádost o zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny obsahovala kvalifikovaný rozbor skutečností uvedených v nabídce uchazeče, které v zadavateli vyvolávají pochybnosti o realizovatelnosti předložené nabídky. Jedině takovýmto způsobem zpracovanou žádost o zdůvodnění mimořádně nízké

nabídkové ceny může uchazeč poskytnout adekvátní informace, ze kterých bude patrné, zda je nabídka za uvedených finančních podmínek realizovatelná. Z hlediska transparentnosti a přezkoumatelnosti úkonů zadavatele nestačí uvést jako odůvodnění vyloučení uchazeče, že komise shledala či neshledala zdůvodnění uchazeče za objektivní, nýbrž i důvody, které k tomuto závěru vedly. Argumenty hodnotící komise se musí promítnout do zprávy o posouzení nabídek podle § 63 zákona. Absence takového zdůvodnění znemožňuje následné přezkoumání postupu hodnotící komise a úkonů zadavatele.

Zpráva dále neobsahuje podpisy žádného z členů hodnotící komise, což je v rozporu s § 63 odst. 2 zákona. Zpráva je podepsána pouze Ing. arch. Lianou Janáčkovou, jakožto oprávněnou osobou zadavatele přebírající zprávu od hodnotící komise. Zákonná povinnost členů hodnotící komise připojit na zprávu podpisy není pouze formálním požadavkem, ale je stvrzením shody členů hodnotící komise na závěrech ve zprávě učiněných. Postup hodnotící komise nelze dovést ani z jiných dokumentů obsažených v dokumentaci o zadání, neboť hodnotící komise o svém jednání nepořídila protokol, z něhož by bylo možné usoudit, jakým způsobem posouzení a hodnocení nabídek proběhlo. Smyslem činnosti hodnotící komise je nestranné odborné posouzení a hodnocení nabídek, přičemž zpráva o posouzení a hodnocení nabídek je stěžejním dokumentem obsahujícím závěry hodnotící komise. V šetřeném případě je postup hodnotící komise a zadavatele, který ze zprávy vycházel zcela netransparentní a nepřezkoumatelný.

Orgán dohledu na základě dosud uvedeného konstatuje, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona v návaznosti na ust. § 61 odst. 1 a odst. 5 zákona postupovat transparentním způsobem při vyžádání, posuzování zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny a následném vyloučení dvou uchazečů. Zadavatel dále nesplnil povinnost postupovat transparentním způsobem dle § 25 odst. 1 zákona v návaznosti na ust. § 63 odst. 2 zákona tím, že nezajistil vyhotovení zprávy v souladu s § 63 odst. 2 zákona.

Postup zadavatele přitom mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. V případě, že by zadavatel nevyloučil uchazeč ODS – Dopravní stavby Ostrava, a. s. a Lesostavby Frýdek – Místek a. s. a jejich nabídky hodnotil, nelze vyloučit, že by byla vybrána nabídka pro zadavatele ekonomicky výhodnější.

Uzavření smlouvy

Podle § 88 odst. 3 zákona je zadavatel povinen do 10 dnů od obdržení námitek odeslat stěžovateli písemné sdělení, zda námitkám vyhovuje či nikoliv a zdůvodnit způsob jejich vyřízení. Podle odstavce 4 věta první cit. ustanovení pokud zadavatel podaným námitkám ve lhůtě podle odstavce 3 nevyhověl, nesmí do 60 dnů od jejich obdržení uzavřít smlouvu, jinak je smlouva neplatná.

Dopisem ze dne 20.10.2004 podal uchazeč ODS – Dopravní stavby Ostrava, a. s. proti svému vyloučení námitky, které zadavatel obdržel dne 25.10.2004 a o nichž rozhodl negativně dne 1.11.2004. Dopisem ze dne 9.11.2004 pak cit. uchazeč vzal své námitky zpět. Taktéž dne 9.11.2004 zadavatel uzavřel na plnění šetřené veřejné zakázky smlouvu o dílo s vybraným uchazečem Jaromírem Mičulkou.

Jak vyplývá z výše cit. ustanovení § 88 odst. 4 zákona, zadavatel, jelikož námitkám nevyhověl, nesměl do 60 dnů ode dne jejich obdržení (tj. 25.10.2004) uzavřít smlouvu. Na tuto skutečnost už nemohl mít žádný vliv dopis uchazeče ze dne 9.11.2004, jímž bere své

námítky zpět, neboť o nich bylo již zadavatelem o osm dní dříve rozhodnuto. Svůj úkon spočívající v podání námítek tedy uchazeč již nemohl vzít zpět.

Orgánu dohledu nezbyvá než konstatovat, že zadavatel porušil zákaz stanovený ust. § 88 odst. 4 zákona, tím, že uzavřel smlouvu dne 9.11.2004 před uplynutím 60 denní lhůty, během níž měl zakázáno smlouvu uzavřít. Na této skutečnosti nemění nic ani fakt, že uchazeč zaslal zadavateli 9.11.2004 dopis se zpětvzetím námítky, neboť zadavatel o námítkách předtím již rozhodl. V té době byl uchazeč stále oprávněn podat k orgánu dohledu návrh na přezkoumání postupu zadavatele, neboť ten musí být orgánu dohledu doručen do 10 kalendářních dnů ode dne obdržení písemného sdělení zadavatele o nevyhovění námítkám (§ 96 odst. 3 zákona).

Postup zadavatel spočívající v uzavření smlouvy v rozporu s § 88 odst. 4 zákona mohl ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť zadavatel uzavřel předčasně smlouvu v zadávacím řízení, které neproběhlo v souladu se zákonem.

Uzavření dodatku č. 1

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

Zadavatel oznámil své rozhodnutí o přidělení šetřené veřejné zakázky dopisem ze dne 8.10.2004. Dne 9.11.2004 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo č. 60/2004 s vybraným uchazečem Jaromírem Mičulkou za cenu 6 444 174,60 Kč bez DPH (7 668 567,70 Kč včetně DPH), která odpovídá nabídkové ceně uchazeče. Doba plnění předmětu smlouvy měla podle bodu 2 článku VI. smlouvy v souladu s nabídkou činit jeden měsíc od podpisu smlouvy a předání staveniště. Termín plnění přitom zadavatel v oznámení zadávacího řízení stanovil jako dílčí kritérium hodnocení nabídek, když dílčí kritéria vymezil následovně:

1. Smluvní pokuty (45 %),
2. Výše nabídkové ceny včetně DPH (35 %),
3. Termín plnění (20 %).

Dne 28.11.2004 zadavatel a vybraný uchazeč Jaromír Mičulka uzavřeli dodatek č. 1 k výše uvedené smlouvě o dílo, jímž upravili způsob fakturace, lhůtu pro začátek prací na díle a prodloužili dobu plnění díla z jednoho na sedm měsíců od předání staveniště.

Podle předávacího protokolu zhotoveného díla a „zprávy o výsledku hospodaření městského obvodu v roce 2005“ ze dne 4.10.2005, kterou orgán dohledu obdržel od Policie ČR (viz výše), bylo staveniště vybranému uchazeči předáno dne 26.11.2004. Z uvedené zprávy o výsledku hospodaření dále vyplývá, že práce na stavbě díla byly dle stavebního deníku započaty dne 11.1.2005. K předání zhotoveného díla došlo podle předávacího protokolu dne 24.6.2005.

Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 20.4.2006 ke svému postupu při uzavírání cit. dodatku č. 1 ke smlouvě uvedl, že k uzavření dodatku č. 1, jímž byl prodloužen termín realizace, došlo na žádost zhotovitele zejména z důvodu nutnosti vytyčení stávajících inženýrských sítí v koordinaci s jejími správci.

Z důkazů shromážděných ve správním řízení vyplývá, že dva dny po předání staveniště (26.11.2004) zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli ke smlouvě o dílo ze dne 9.11.2004 dodatek č. 1 (28.11.2004), jímž byla na 7 měsíců prodloužena doba realizace díla, a to z důvodu nutnosti provést zhotovitelem vytyčení inženýrských sítí (jak bylo stanoveno smlouvou o dílo). Samotné stavební práce pak byly započaty dne 11.1.2005.

Orgán dohledu kontuje, že ve smlouvě o dílo ze dne 9.11.2004 se vybraný uchazeč zavázal v souladu se svou nabídkou realizovat dílo termínu 1 měsíce, a to včetně vytyčení inženýrských sítí. Před zahájením samotných prací byla cit. smlouva o dílo změněna dodatkem č. 1 v rozporu se zadáním a nabídkou vybraného uchazeče. Uchazeči nabídnutý termín plnění byl přitom jedním z dílčích kritérií hodnocení ekonomické výhodnosti nabídek.

V kontextu dosud uvedeného dospěl orgán dohledu k závěru, že zadavatel tím, že před zahájením stavebních prací na díle uzavřel s Jaromírem Mičulkou dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo v rozporu s nabídkou a samotným zadáním se dopustil nesplnění povinnosti stanovené ust. § 66 odst. 2 zákona. V šetřeném případě totiž změnil zadavatel před započítím prací smlouvu tak, že odporovala zadání a nabídce. Na smlouvu je tak nutno pohlížet jako uzavřenou v rozporu s ust. § 66 odst. 2 zákona.

Postup zadavatele přitom ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť termín plnění byl dílčím kritériem hodnocení nabídek. Pokud by tedy při hodnocení nabídek zadavatel u nabídky uchazeče Jaromíra Mičulky vycházel z termínu plnění sedm měsíců, mohla by tato okolnost mít podstatný vliv na výsledek hodnocení nabídek.

Uzavření dodatku č. 2

V ustanovení § 27 odst. 3 písm. a) zákon stanoví, že v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby, jde-li o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nejsou obsaženy v původní veřejné zakázce a jejichž potřeba vznikla v naléhavém případě, za předpokladu, že

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

Dne 10.6.2005 uzavřeli zadavatel a uchazeč Jaromír Mičulka dodatek č. 2 k výše cit. smlouvě o dílo ze dne 9.11.2004, kterým rozšířili předmět plnění o vícepráce v hodnotě 1 472 885,5 Kč bez DPH (tj. 1 752 733,70 včetně DPH 19 %), což činí 22,9 % ceny původní zakázky.

Zadavatel ke svému postupu v dopise ze dne 20.4.2006 uvedl, že předmětem dodatku č. 2 byla úprava území za domem sloužící pro děti na žádost občanů.

Orgán dohledu konstatuje, že předmětem dodatku č. 2 ze dne 10.6.2005 bylo provedení dodatečných prací na díle, které bylo předmětem smlouvy ze dne 9.11.2004. Zadavatel byl při jejich zadávání přitom povinen postupovat podle zákona. Zadavatel může dodatečné stavební práce zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, při splnění podmínek § 27 odst. 3 písm. a) zákona témuž dodavateli, zejména však rozsah dodatečných prací nesmí překročit 20 % ceny původní zakázky. V šetřeném případě zadavatel dodatečné práce předem nepředpokládal, avšak cena těchto prací činí 22,9 % ceny původní zakázky a zadavatel tak nemohl využít jednacím řízení bez uveřejnění. V takovém případě je pro zadavatele dále rozhodná předpokládaná cena dodatečných prací. Jelikož cena předmětných dodatečných prací je nižší než 2 mil. Kč a nepřekračuje tak limit pro veřejnou zakázku stanovený § 6 odst. 1 zákona, mohl zadavatel postupovat podle ust. § 6 odst. 3 zákona, které stanoví, že zadavatel musí dodávky, služby nebo stavební práce, jejichž předpokládaná cena nepřesáhne limit uvedený v odstavci 1, zadat transparentním a nediskriminačním postupem za cenu obvyklou v místě plnění. Orgán dohledu neshledal v postupu zadavatele porušení zákona, když celková cena dodatečných stavebních prací nepřesáhla zákonem stanovený limit pro veřejnou zakázku.

Podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

V případě předmětné veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, kterou před začátkem prací na díle změnil v rozporu s nabídkou a zadáním, nedodržel postup stanovený zákonem pro přidělení zakázky, když nesplnil povinnost postupovat transparentně a porušil zákaz uzavřít smlouvu před uplynutím lhůty stanovené § 88 odst. 4 zákona. Orgán dohledu dále konstatuje, že postup zadavatele mohl ovlivnit hodnocení nabídek, jak již vysvětlil výše. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem a nedodržel postup stanovený zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl ovlivnit hodnocení nabídek, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 102 odst. 1 písm. b) zákona.

Vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele orgán dohledu uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Před uložením pokuty orgán dohledu rovněž ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 105 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů a to, že řízení o uložení pokuty za protiprávní jednání lze zahájit do 5 let ode dne, kdy bylo spácháno. V případě šetřeného správního deliktu je uvedená lhůta zachována.

Podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona ve znění pozdějších předpisů se za správní delikty podle odstavce 1 právnické osobě, která je zadavatelem, uloží pokuta do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) nebo d) cit. ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, za které může být zadavateli uložena pokuta, činí 7 668 567,70 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny zakázky) tedy činí 383 428,39 Kč.

Podle § 105 odst. 1 zákona ve znění pozdějších předpisů orgán dohledu v rámci správního uvážení ohledně výše pokuty přihlédne ke stupni závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Z hlediska přiměřenosti sankce vzal orgán dohledu v úvahu zejména tu okolnost, že zadavatel zanedbal svou povinnost dodržovat základní zásadu transparentnosti během procesu zadávání, když připustil, aby činnost hodnotící komise a při posuzování mimořádně nízkých nabídkových cen a následné vyloučení dvou uchazečů bylo zcela netransparentní a nepřezkoumatelné. Závažného porušení zákona se zadavatel dopustil uzavřením smlouvy, kterou doplnil před zahájením prací tak, že byla v rozporu se zadáním a nabídkou uchazeče. Ve prospěch zadavatele orgán dohledu zvážil to, že přes porušení zákona týkající se nedodržení lhůty, po níž nesměl uzavřít smlouvu, se uchazeč postupu zadavatele nebránil a své námitky dále neuplatňoval, respektive vzal zpět.

Orgán dohledu posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť veřejná zakázka již byla realizována a nápravy nelze dosáhnout.

Pokud jde o uložení úhrady nákladů řízení orgán dohledu konstatuje, že podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč. V ustanovení § 6 odst. 2 vyhlášky dále upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností (viz výše), rozhodl orgán dohledu o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno ve třetí části výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení:

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníkovi řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
náměstek předsedy ÚOHS
pověřený řízením sekce veřejných zakázek

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 30.1.2007

Obdrží:

Statutární město Ostrava, městský obvod Mariánské Hory a Hulváky, Přemyslovců 224/63,
709 00 Ostrava

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce