



UOHSX005WAMT

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S92/2014/VZ-9251/2014/521/SWa

Brno 2. května 2014

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 5. 2. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Středočeský kraj, IČO 70891095, se sídlem Zborovská 81/11, 150 21 Praha,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření nájemní smlouvy ze dne 14. 12. 2010 na základě „Výběrového řízení na vyhledání strategického partnera na využití území v bývalém vojenském výcvikovém prostoru Mladá a pronájem zde Středočeským krajem vlastněných nemovitostí“

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Středočeský kraj, IČO 70891095, se sídlem Zborovská 81/11, 150 21 Praha – se při uzavření nájemní smlouvy ze dne 14. 12. 2010 na základě „Výběrového řízení na vyhledání strategického partnera na využití území v bývalém vojenském výcvikovém prostoru Mladá a pronájem zde Středočeským krajem vlastněných nemovitostí“ se společností Mladá RP, s. r. o., IČO 28989490, se sídlem Olšanská 2643/1a, 130 00, Praha 3, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že pro zadání veřejné zakázky na provedení demoličních prací nezvolil příslušný druh

zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách, ačkoliv se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách, kterou byl zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení podle citovaného zákona o veřejných zakázkách, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nevhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Středočeský kraj, IČO 70891095, se sídlem Zborovská 81/11, 150 21 Praha – ukládá

pokuta ve výši 1 000 000 Kč (jeden milion korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“)¹ obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Středočeský kraj, IČO 70891095, se sídlem Zborovská 81/11, 150 21 Praha – při uzavření nájemní smlouvy ze dne 14. 12. 2010 na základě „Výběrového řízení na vyhledání strategického partnera na využití území v bývalém vojenském výcvikovém prostoru Mladá a pronájem zde Středočeským krajem vlastněných nemovitostí“ (dále jen „smlouva“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s uzavřením předmětné smlouvy.
3. Po přezkoumání obsahu dokumentace pořízené v souvislosti s uzavřením předmětné smlouvy získal Úřad pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele při uzavření nájemní smlouvy ze dne 14. 12. 2010 a vzniklo podezření, že zadavatel pro zadání veřejné zakázky na odstranění staveb určených k demolici nezvolil příslušný druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona a neprovedl zadávací řízení.
4. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel při uzavření výše uvedené smlouvy ze dne 14. 12. 2010 postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

5. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
6. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S92/2014/VZ-2382/2014/521/SWa ze dne 3. 2. 2014. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 5. 2. 2014, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S92/2014/VZ-2411/2014/521/SWa ze dne 3. 2. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
7. Ukončení shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S92/2014/VZ-5274/2014/521/SWa ze dne 10. 3. 2014. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S92/2014/VZ-5280/2014/521/SWa ze dne 10. 3. 2014 stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
8. Zadavatel se ve lhůtách stanovených Úřadem pro vyjádření stanoviska v řízení a pro vyjádření k podkladům rozhodnutí, ani později v průběhu správního řízení, nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

9. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace týkající se uzavření předmětné smlouvy a na základě vlastního šetření konstatuje, že zadavatel při uzavření šetřené smlouvy nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
10. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
11. Podle § 9 odst. 1 písm. a) zákona je veřejnou zakázkou na stavební práce veřejná zakázka, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, které se týkají některé z činností uvedených v příloze č. 3 zákona.
12. Podle přílohy č. 3 zákona je stavební činností podle § 9 odst. 1 písm. a) zákona zařazenou do třídy 45.11 pod CPV kódem 45110000 demolice a bourání budov, příprava území a zemní práce.
13. Podle § 12 odst. 1 zákona se nadlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota podle § 13 zákona bez daně z přidané hodnoty dosáhne nejméně finančního limitu stanoveného prováděcím právním předpisem pro jednotlivé kategorie zadavatelů a druhů veřejných zakázek, případně kategorie dodávek nebo služeb.

14. Podle § 2 odst. 3 nařízení vlády č. 77/2008 Sb., o stanovení finančních limitů pro účely zákona o veřejných zakázkách, o vymezení zboží pořizovaného Českou republikou – Ministerstvem obrany pro které platí zvláštní finanční limit, a o přepočtech částek stanovených v zákoně o veřejných zakázkách v eurech na českou měnu, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „nařízení vlády“) činí finanční limit podle § 12 odst. 1 zákona v případě veřejných zakázek na stavební práce 125 451 000 Kč.
15. Podle § 21 odst. 1 zákona je zadavatel povinen veřejnou zakázku zadat v některém z těchto zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení (§ 27 zákona),
 - b) užší řízení (§ 28 zákona),
 - c) jednací řízení s uveřejněním (§ 29 zákona),
 - d) jednací řízení bez uveřejnění (§ 34 zákona),
 - e) soutěžní dialog (§ 35 zákona),
 - f) zjednodušené podlimitní řízení (§ 38 zákona).
16. Podle § 18 odst. 1 zákona č. 129/2000 Sb., o krajích (krajské zřízení), ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon o krajích“) záměr kraje prodat, směnit nebo darovat nemovitý majetek, pronajmout jej anebo poskytnout jako výpůjčku kraj zveřejní po dobu nejméně 30 dnů před rozhodnutím v příslušném orgánu kraje vyvěšením na úřední desce, aby se k němu mohli zájemci vyjádřit a předložit své nabídky. Nemovitost se v záměru označí údaji podle zvláštního zákona platnými ke dni zveřejnění záměru. Pokud kraj záměr po uvedenou dobu nezveřejní, je právní úkon neplatný.
17. Úřad z předložené dokumentace zjistil, že zadavatel vyhlásil dne 15. 10. 2009 výběrové řízení podle § 17 a § 18 zákona o krajích. Účelem výběrového řízení bylo podle bodu 2 soutěžních podmínek získat návrhy na smysluplné a efektivní využití bývalého vojenského výcvikového prostoru Milovice-Mladá, z nichž bude vybrána optimální varianta výhodná pro Středočeský kraj a jeho obyvatele. Předmětem výběrového řízení bylo vyhledání vhodného nájemce pozemků ve vlastnictví zadavatele. Ve výběrovém řízení byly podány 4 nabídky, přičemž 3 z nich nesplnily soutěžní podmínky. Dne 14. 12. 2010 uzavřel zadavatel nájemní smlouvu s vítězem výběrového řízení – společností Mladá RP, s. r. o., IČO 28989490, se sídlem Olšanská 2643/1a, 130 00, Praha 3 (dále jen „vybraný uchazeč“).
18. Z bodů 4.6. a 5.4. zprávy soutěžní poroty ve výběrovém řízení ze dne 25. 1. 2010 vyplývá, že návrh vybraného uchazeče zahrnující mimo jiné výstavbu a provozování fotovoltaické elektrárny (dále jen „projekt“) počítal s likvidací všech objektů původně vojenského charakteru majících nevyhovující stavebně technický stav, sanací území s uložením stavební drti, a to do tří let od podpisu nájemní smlouvy. Náklady na demoliční práce byly v návrhu vybraného uchazeče, příloze č. 8-3 smlouvy, vyčísleny na 489 014 204 Kč, bez započtení event. ekologické zátěže, a zahrnuty do celkové nabídkové ceny vybraného uchazeče.

19. Předmětem nájemní smlouvy ze dne 14. 12. 2010 byl pronájem pozemků rozdělených do dvou celků (pozemky I a pozemky II) a staveb určených k demolici ve výcvikovém prostoru Milovice-Mladá o celkové rozloze 670 ha. Za pronájem pozemků bylo podle bodů 5.1., 6.1. a 15.3. smlouvy sjednáno nájemné ve výši 25 000 000 Kč za dobu 25 let (pozemky I) a dobu 40 let (pozemky II). Doba nájmu staveb určených k demolici byla podle bodu 15.1. smlouvy sjednána na dobu do okamžiku odstranění poslední ze staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb, nejdéle však na dobu 5 let ode dne, kdy nabude právní moci (popř. účinnosti) poslední z následujících dokumentů: povolení k odstranění staveb, územní rozhodnutí, stavební povolení. Za pronájem staveb určených k demolici bylo podle bodu 16.1. smlouvy dohodnuto nájemné ve výši 50 000 Kč.
20. Podle bodu 14.2. smlouvy není možné projekt objektivně realizovat bez toho, aby byly stavby určené k demolici demolovány, proto zadavatel souhlasí s tím, aby vybraný uchazeč v rámci realizace projektu stavby určené k demolici odstranil v souladu s povoleními k odstranění staveb. Zadavatel prohlásil, že stavby určené k demolici jsou v havarijním stavu a jsou pro zadavatele dále nevyužitelné. Podle bodu 14.3. smlouvy je účelem nájmu staveb určených k demolici užívání těchto staveb a provedení následné demolice všech staveb určených k demolici vybraným uchazečem v souladu s povoleními k odstranění staveb tak, aby bylo možné realizovat projekt.
21. V bodu 18.1. smlouvy zadavatel prohlašuje, že stavby určené k demolici jsou v havarijním stavu a jsou pro zadavatele nevyužitelné a souhlasí s odstraněním staveb určených k demolici na vlastní náklady vybraného uchazeče v souladu s povoleními k odstranění staveb. Podle bodu 19.1. smlouvy bude po odstranění staveb určených k demolici stav pozemků I a pozemků II umožňovat realizaci projektu.
22. Vybraný uchazeč se v bodu 21.1. smlouvy zavázal stavby určené k demolici využívat pouze k účelu uvedenému ve smlouvě (viz bod 14.3. smlouvy). Podle bodu 21.3. smlouvy je vybraný uchazeč povinen odstranit stavby určené k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb a ve lhůtách tam stanovených, nejpozději však do uplynutí doby nájmu. Pokud by vybraný uchazeč nesplnil tuto povinnost, zavázal se platit podle bodu 25.1. smlouvy smluvní pokutu ve výši 1 000 Kč za každý den prodlení.
23. Podle bodu 21.7. smlouvy byl při odstraňování staveb určených k demolici vybraný uchazeč povinen splnit všechny podmínky stanovené v povoleních k odstranění staveb, zejména všechny povinnosti týkající se odstranění odpadů vzniklých demolicí. Stavební suť vzniklá demolicí staveb určených k demolici měla zůstat ve vlastnictví zadavatele s tím, že vybraný uchazeč je povinen tuto suť na vlastní náklady deponovat na pronajatých pozemcích. Odpady vzniklé demolicí, které není možné deponovat na pozemcích, byl vybraný uchazeč povinen zlikvidovat na vlastní náklady. Veškeré případné výnosy z prodeje druhotných surovin vzniklé separací při demolici měly náležet zadavateli.
24. Podle bodu 24.1. smlouvy zadavatel souhlasil s tím, aby vybraný uchazeč provedl v rámci realizace projektu změny na nemovitostech, zejména aby provedl demolici staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb.

25. V bodu 24.4. smlouvy se smluvní strany se dohodly, že nárok vybraného uchazeče (dále také jako „nájemce“, níže uveden jako „N“) bude za předpokladu provedené demolice staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb stanoven v závislosti na skutečně vynaložených nákladech (níže uvedeno jako „S“) a trvání nájmu pozemků II (níže uvedeno jako „D“) následujícím způsobem:

$$N = S - [1\ 041\ 000\ \text{Kč} \times D], \text{ kde}$$

„N“ představuje výši nároku nájemce v Kč; pokud „N“ bude vypočteno jako záporné číslo, platí, že nárok nájemce činí 1 Kč;

„S“ představuje skutečnou celkovou výši nákladů v Kč, které nájemci vzniknou při odstranění staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb; nájemce je povinen nejpozději do 30 dnů od odstranění poslední ze staveb určených k demolici prokázat zadavateli celkovou výši těchto nákladů prostřednictvím příslušných faktur a dokladů o jejich úhradě nájemcem s tím, že pokud skutečná celková výše nákladů v Kč přesáhne 500 000 000 Kč, platí pro účely tohoto odstavce, že hodnota S činí 500 000 000 Kč;

„D“ představuje skutečnou dobu nájmu pozemků II vyjádřenou v počtu celých měsíců trvání nájmu pozemků II v rozmezí 1 až 480 (pro stanovení D je rozhodující počet ukončených měsíců trvání nájmu pozemků II s tím, že pokud nájem pozemků II činil méně než jeden měsíc, má D hodnotu čísla 1).

26. Dne 7. 5. 2012 byl uzavřen dodatek č. 3 ke smlouvě, ve kterém byl bod 18.1. a bod 21.7. smlouvy změněn tak, že zadavatel souhlasí s tím, že veškerá stavební suť a ostatní druhotné suroviny vzniklé demolicemi nutnými k naplnění účelu této smlouvy přechází okamžikem jejich vzniku do vlastnictví vybraného uchazeče, a to za jednorázovou platbu ve výši 1 Kč. Vybraný uchazeč je oprávněn s výše uvedenou sutf a druhotnými surovinami naložit dle svého uvážení vyjma jejich uložení na pozemcích I a/nebo pozemcích II.
27. K otázce naplnění pojmových znaků dané veřejné zakázky Úřad uvádí, že základními pojmovými znaky veřejné zakázky vyplývajícími z definice uvedené v § 7 zákona jsou předmět a úplatnost. Předmětem veřejné zakázky se rozumí dodávky, služby nebo stavební práce, které slouží k naplnění záměrů zadavatele, avšak nikoli dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytuje zadavatel jiným osobám.
28. Z nájemní smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem vyplývá, že vyjma založení nájemního vztahu mezi účastníky smlouvy byla vybranému uchazeči smlouvou uložena povinnost provést demolici všech staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb a ve lhůtách tam stanovených, nejpozději však do uplynutí doby nájmu. Z uvedeného je zřejmé, že předmětem uzavřené smlouvy jsou mj. stavební práce ve smyslu § 9 odst. 1 písm. a) zákona, čímž byla naplněna podmínka týkající se předmětu veřejné zakázky.
29. Stěžejním je v šetřeném případě zejména to, zda je či není naplněn znak úplatnosti smlouvy. Zákon sice dále nerozvádí význam pojmu úplatnosti, nicméně by bylo příliš účelové chápat

úplatnost pouze ve smyslu přímé platby zadavatele dodavateli. Ačkoliv se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, a to např. v případech nepeněžitého protiplnění či v případech jiných konstrukcí úplaty. V každém případě se v takových situacích jedná pouze o rozlišný způsob úhrady ceny, nikoliv o bezplatně poskytované dodávky, služby event. stavební práce.

30. V šetřeném případě se jedná o jinou konstrukci úhrady, která spočívá v započtení nákladů vynaložených vybraným uchazečem na provedené demolice staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb oproti nájemnému za pronajaté pozemky. Tato skutečnost vyplývá jednak z přílohy č. 8-3 nabídky vybraného uchazeče, ve které vybraný uchazeč uvedl, že předpokládaný profit pro zadavatele plynoucí z provedení demoličních prací na pronajatých pozemcích činí 489 014 204 Kč. V bodu 24.4. smlouvy pak bylo ujednáno, že nárok vybraného uchazeče bude za předpokladu provedené demolice staveb určených k demolici v souladu s povoleními k odstranění staveb stanoven v závislosti na skutečně vynaložených nákladech a skutečné době trvání nájmu pozemků II, u nichž byla nájemní doba ve smlouvě sjednána na 40 let, tj. 480 měsíců. Pokud by byla nájemní smlouva ukončena dříve než za sjednanou dobu nájmu, bude uchazeči vyplacena částka vypočtená ze skutečných nákladů vynaložených na provedené demoliční práce snižená o násobek hodnoty 1 041 000 Kč a počtu měsíců, které byly k datu ukončení nájmu z původně sjednané doby nájmu vyčerpány (vzorec viz bod 25 odůvodnění rozhodnutí). Z uvedené konstrukce výpočtu nároku vybraného uchazeče je zřejmé, že náklady vybraného uchazeče na provedení demoličních prací byly „rozpuštěny“ v nájemném za pronajaté pozemky, které bylo o hodnotu těchto prací sníženo, a vybraný uchazeč měl zaručenu úhradu poměrné části těchto nákladů v případě, že by k ukončení nájmu došlo dříve, než bylo ujednáno ve smlouvě.
31. K obdobné situaci (konstrukci úplaty za plnění veřejné zakázky) se vyjádřil Krajský soud v Brně v rozhodnutí č. j. 62 Ca 33/2008-60 ze dne 18. 6. 2009, ve kterém řešil případ prodeje nemovitostí ve vlastnictví zadavatele prostřednictvím elektronické aukce. Krajský soud v Brně v citovaném rozhodnutí uvedl, že sice obecně platí, že výše úhrady za splnění veřejné zakázky je zásadně shodná s cenou obsaženou v nabídce vybraného uchazeče, a že platba ve směru od zadavatele k dodavateli je uskutečňována přímo zadavatelem a k jeho tíži, nicméně je-li úhrada plnění podle zadavatelem uzavřené smlouvy uskutečněna na základě jiného mechanismu, neznamená to, že by takové plnění nemělo být veřejnou zakázkou pro nesplnění podmínky úplaty ze strany zadavatele. Do celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tak zapotřebí zahrnout veškeré plnění, kterého se má podle uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a dodavatelem dostat dodavateli z veřejných prostředků. V daném případě sice přímo nedošlo ke snížení veřejných prostředků zadavatele, neboť odměnu za uspořádání elektronické aukce neplatil přímo zadavatel, ale měl ji platit vítěz této aukce (kupující nemovitostí), nicméně tato odměna byla fakticky z veřejných prostředků zadavatele placena. Podle názoru Krajského soudu se totiž o částku odpovídající této odměně veřejné prostředky, které zadavatel za prodávané nemovitosti obdržel, snížily. Odměna tedy byla z veřejných prostředků zadavatele, byť nepřímou, placena. Jinak řečeno, pokud by kupující odměnu za uspořádání aukce platit nemusel, mohl by za nemovitosti zaplatit kupní cenu vyšší. Právě ušlá část kupní ceny, která odpovídá výši zaplacené odměny, je nepřímým výdajem veřejných prostředků.

32. Stejně jako v citovaném rozsudku, i v šetřeném případě spočívala úplata za provedení demoličních prací ve snížení nájemného, tedy snížení veřejných prostředků, které by jinak zadavatel za pronájem předmětných pozemků obdržel. Ušlá část nájemného je v šetřeném případě nepřímým výdajem veřejných prostředků. Úřad uvádí, že zadavatel měl možnost provést demoliční práce, tj. zadat veřejnou zakázku na jejich provedení, ještě před přenecháním dotčených pozemků k pronájmu, náklady spojené s předmětnou veřejnou zakázkou hradit v peněžité formě a zhodnocené pozemky následně pronajímat třetím subjektům či je jinak využít. Zadavatel, resp. vybraný uchazeč ve své nabídce, však zvolil jinou konstrukci úhrady, která je popsána výše. Tento postup však nemůže mít za následek to, že by se zadavatel při realizaci veřejné zakázky mohl vyhnout postupu podle zákona. Nejvyšší správní soud k tomu v rozsudku č. j. 8 Afs 60/2009-78 ze dne 31. 5. 2010 uvedl, že (začátek citace) *„Odlišnost vynakládání veřejných prostředků zvolenou formou kombinace několika smluvních vztahů oproti klasickému způsobu zadání zakázky na stavební práce nemůže vést k možnosti zadat takovou zakázku „z volné ruky“. Takový přístup by umožnil zadavatelům obcházet právní úpravu, jejímž účelem je zajištění transparentního a řádného nakládání s veřejnými prostředky a vytváření předpokladů pro řádné soutěžní prostředí.“* (konec citace).
33. S ohledem na výše uvedené je tedy zřejmé, že i v šetřeném případě jde o plnění požadované zadavatelem za úplatu, které je nutno považovat za veřejnou zakázku, přestože zadavatel místo čistě peněžité formy úplaty, zvolil jinou konstrukci úhrady. Vzhledem k tomu, že zadavatel v daném případě uzavřel smlouvu o provedení demoličních prací, jejíž součástí je i ustanovení určující úplatnost daného smluvního vztahu, naplnil tak podmínku úplatnosti stanovenou v § 7 zákona a jedná se o veřejnou zakázku, kterou měl zadavatel zadat v souladu se zákonem.
34. Úřad při zjišťování předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel z nabídky vybraného uchazeče, konkrétně z přílohy č. 8-3 nabídky vybraného uchazeče, ve které vybraný uchazeč vyčíslil náklady na demoliční práce na pronajatých pozemcích na částku 489 014 204 Kč. Zadavatel tedy měl při zadávání šetřené veřejné zakázky povinnost postupovat podle ustanovení zákona, která upravují zadávání nadlimitních veřejných zakázek a zakázku zadat v otevřeném, případně užším řízení. Postup zadavatele při uzavření smlouvy s vybraným uchazečem přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel nezveřejnil oznámení o veřejné zakázce v informačním systému o veřejných zakázkách ani v Úředním věstníku Evropské unie. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel zadal veřejnou zakázku na provedení demoličních prací postupem podle zákona, obdržel by i nabídky jiných uchazečů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější plnění.
35. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel se při uzavření šetřené smlouvy dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že pro zadání veřejné zakázky na provedení demoličních prací nezvolil příslušný druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona, ačkoliv se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. a) zákona, kterou byl zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení podle zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

IV. K ULOŽENÍ SANKCE

36. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel se dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
37. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu tím, že pro zadání veřejné zakázky na provedení demoličních prací nezvolil příslušný druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona, ačkoliv se jednalo o veřejnou zakázku na stavební práce podle § 9 odst. 1 písm. a) zákona, kterou byl zadavatel povinen zadat v zadávacím řízení podle zákona, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
38. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
39. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 25. 9. 2012, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatele. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 14. 12. 2010, kdy zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 5. 2. 2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
40. 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 § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
41. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 499 680 000 Kč². Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 24 984 000 Kč.
42. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

² Jedná se o částku vypočtenou podle vzorce uvedeného v bodu 24.4. smlouvy, podle kterého činily náklady na demoliční práce připadající na 1 měsíc nájmu 1 041 000 Kč, celkem tedy byly náklady vybraného uchazeče na provedení demoličních prací ve smlouvě oceněny na 499 680 000 Kč, tj. 480 měsíců (délka trvání nájmu) x 1 041 000 Kč.

43. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona právě postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. Pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem o veřejných zakázkách, musel by veřejnou zakázku zadat v odpovídajícím zadávacím řízení a její zadání zveřejnit v informačním systému o veřejných zakázkách a v Úředním věstníku Evropské unie. Zadavatel tak svým postupem znemožnil účast dalších případných dodavatelů a výrazně tak narušil soutěžní prostředí. Nezákonné omezení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, obdržel by nabídky dalších uchazečů, přičemž ti mohli podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele. Uvedený postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V posuzovaném případě se tedy jednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější.
44. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě spáchaný správní delikt způsobil situaci, kdy vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané mimo režim zákona vystaven takové konkurenci, jako kdyby zadavatel veřejnou zakázku zadal v odpovídajícím druhu zadávacího řízení, neproběhla řádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona – zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nelze proto vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být ekonomicky výhodnější a došlo by tak k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů.
45. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad jako přitěžující okolnost v úvahu skutečnost, že z bodu 24.4. smlouvy (viz body 25 a 30 odůvodnění rozhodnutí) zadavateli vyvstala povinnost k přímému výdaji veřejných prostředků v případě, že by nájemní smlouva byla ukončena dříve než bylo ujednáno ve smlouvě. Minimálně na základě této skutečnosti si musel být zadavatel vědom toho, že při plnění smlouvy dochází k výdeji veřejných prostředků a že se jedná o veřejnou zakázku, které měla být zadána v souladu se zákonem.
46. Úřad dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Při stanovení výše pokuty vzal tedy Úřad v úvahu i finanční možnosti zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu zadavatele na rok 2014 umístěného na internetových stránkách zadavatele (www.kr-stredocesky.eu) vyplývá, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu miliard 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.
47. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, jež nelze oddělit, 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. Uložená

pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžité sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

48. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedených důvodů uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
49. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO 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, 604 55 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
Středočeský kraj, Zborovská 81/11, 150 21 Praha

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