



UOHSX008FWG3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0339/2016/VZ-21394/2016/551/SPo

Brno: 17. května 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, jehož se měl dopustit účastník řízení

- zadavatel – Město Pohořelice, IČO 002 83 509, se sídlem Vídeňská 699, 691 23 Pohořelice,

v souvislosti s uveřejněním dodatku č. 1 uzavřeného dne 15. 5. 2014 ke smlouvě o dílo uzavřené dne 27. 1. 2014 na veřejnou zakázku „Rekonstrukce MŠ Pohořelice II“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 18. 11. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 367612,

vydává podle ustanovení § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – Město Pohořelice, IČO 002 83 509, se sídlem Vídeňská 699, 691 23 Pohořelice – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, tím, že nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 147a odst. 2 citovaného zákona v návaznosti na § 147a odst. 1 písm. a) citovaného zákona, když neuveřejnil na profilu zadavatele „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, č. objednatele 01/14, č. zhotovitele 746/Pohořelice/2014, uzavřené dne 27. 1. 2014“, ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku „Rekonstrukce MŠ Pohořelice II“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 18. 11. 2013 pod evidenčním číslem

zakázky 367612, a to v zákonné lhůtě 15 dnů od jeho uzavření, když předmětný dodatek, uzavřený s vybraným uchazečem T o c h á č e k spol. s r.o., IČO 449 61 367, se sídlem Slovinská 36, 612 00 Brno, byl uzavřen dne 15. 5. 2014 a zákonná lhůta pro jeho uveřejnění na profilu zadavatele marně uplynula dne 30. 5. 2014, přičemž zadavatel uveřejnil dodatek ke smlouvě o dílo na předmětnou veřejnou zakázku na profilu zadavatele až dne 6. 6. 2014.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Město Pohořelice, IČO 002 83 509, se sídlem Vídeňská 699, 691 23 Pohořelice – podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, ukládá

pokuta ve výši 1 500 Kč (tisíc pět set korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh a k projednání správních deliktů podle tohoto zákona, včetně ukládání sankce za jejich spáchání, obdržel podnět týkající se, mimo jiné, postupu zadavatele – Město Pohořelice, IČO 002 83 509, se sídlem Vídeňská 699, 691 23 Pohořelice (dále jen „zadavatel“) – v souvislosti s uveřejněním dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku „Rekonstrukce MŠ Pohořelice II“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož formulář „Oznámení o zakázce“ byl ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněn dne 18. 11. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 367612 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Úřad z údajů dostupných na platném profilu zadavatele, jehož adresa je <https://www.softender.cz/home/profil/mestopohorelice/closed> a jenž je registrován ode dne 28. 03. 2012 pod ev. č. 210943 ve Věstníku veřejných zakázek (dále jen „profil zadavatele“), a z údajů dostupných ve Věstníku veřejných zakázek zjistil následující skutečnosti, které jsou součástí spisu v této věci vedeného pod sp. zn. S339/2016/VZ.
3. Podle bodu II.1.5) Oznámení o zakázce „*Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)*“ byla předmětem veřejné zakázky „*rekonstrukce objektu mateřské školy v Pohořelicích, Hybešova 955. Objekt z roku 1984. Rekonstrukce v sobě zahrnuje stavební úpravy přízemí stávajícího severního pavilonu MŠ a provedení jeho nástavby. V I. NP bude vybudována třída včetně toalet a umyvárny. Bude provedena rekonstrukce školní kuchyně. V nástavbě 2. NP budou vybudovány dvě třídy pro děti mateřské školy včetně zázemí a šaten. V objektu bude vybudováno vnitřní schodiště a únikové požární schodiště. V rámci rekonstrukce bude také řešeno venkovní příslušenství pro nové třídy (dětská hřiště).*“
4. Z údajů uveřejněných v rámci formuláře „Oznámení o zadání zakázky“ vyplývá, že byla veřejná zakázka zadána dodavateli T o c h á č e k spol. s r.o., IČO 449 61 367, se sídlem Slovinská 36, 612 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“), se kterým zadavatel dne 27. 1. 2014 uzavřel „Smlouvu o dílo, ev. č. objednatel 01/14, ev. č. zhotovitele 746/Pohořelice/2014“ (dále jen

„smlouva“) na plnění předmětu veřejné zakázky. Cena veřejné zakázky dle čl. 4.1.1 této smlouvy činila 11 259 384 Kč bez DPH.

5. Následně zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 15. 5. 2014 dodatek č. 1, a to „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo, č. objednatele 01/14, č. zhotovitele 746/Pohořelice/2014, uzavřené dne 27. 1. 2014“ (dále jen „dodatek č. 1“), jehož předmětem byly méně a více práce k veřejné zakázce „Rekonstrukce MŠ Pohořelice II.“ Cena veřejné zakázky dle tohoto dodatku č. 1 byla navýšena na částku 11 574 264 Kč bez DPH.
6. Z údajů dostupných na profilu zadavatele dále vyplývá, že na něm byl dodatek č. 1 uveřejněn dne 6. 6. 2014.
7. Úřad konstatuje, že jsou dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.

K výroku I. tohoto příkazu

8. Profilem zadavatele se podle § 17 písm. w) zákona rozumí elektronický nástroj, prostřednictvím kterého zadavatel podle tohoto zákona uveřejňuje informace a dokumenty ke svým veřejným zakázkám způsobem, který umožňuje neomezený a přímý dálkový přístup, a jehož internetová adresa je uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek; požadavky na náležitosti profilu zadavatele stanoví prováděcí právní předpis.
9. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.
10. Podle § 147a odst. 1 písm. a) zákona uveřejní veřejný zadavatel na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku včetně všech jejích změn a dodatků.
11. Podle § 147a odst. 2 zákona veřejný zadavatel uveřejní podle odst. 1 písm. a) tohoto ustanovení zákona celé znění smlouvy nebo rámcové smlouvy do 15 dnů od jejího uzavření. Pokud veřejný zadavatel postupoval podle § 89 odst. 3 věty druhé zákona, uveřejní přílohy rámcové smlouvy do 15 dnů od skončení účinnosti rámcové smlouvy. Veřejný zadavatel neuveřejní informace, u kterých to vyžaduje ochrana informací a údajů podle zvláštních právních předpisů. Povinnost podle odstavce 1 písm. a) citovaného ustanovení zákona se nevztahuje na
 - a) smlouvy na veřejné zakázky malého rozsahu, jejichž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez DPH,
 - b) smlouvy na veřejné zakázky, u nichž veřejný zadavatel postupoval v souladu s § 18 odst. 1 písm. a), odst. 2 písm. a) a c), odst. 3 písm. e) a odst. 4 písm. d) zákona,
 - c) smlouvy na plnění veřejných zakázek zadané na základě rámcové smlouvy nebo v dynamickém nákupním systému, jejichž cena nepřesáhne 500 000 Kč bez daně z přidané hodnoty.

12. Úřad uvádí, že povinnost uveřejnit na profilu zadavatele smlouvu uzavřenou na veřejnou zakázku byla do zákona zakotvena tzv. transparentní novelou, tj. zákonem č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, s účinností od 1. 4. 2012, přičemž povinnosti stanovené zadavatelům v § 147a zákona, vč. povinnosti uveřejnit na profilu zadavatele kompletní znění smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku, mají za cíl posílit princip transparentnosti průběhu a výsledku zadávání veřejné zakázky (v tomto případě prostřednictvím seznámení se ze strany široké veřejnosti s obsahem uzavřeného dodatku) a umožnit veřejný dohled nad hospodárností při nakládání s veřejnými prostředky.
13. Úřad dále uvádí, že v souladu s obecnou teorií práva jsou dodatky ke smlouvě dodatečnou dohodou smluvních stran, kterou se mění původní vztah a ten je nutno nadále interpretovat pouze ve znění předmětného dodatku. Pokud je tedy dodatkem změněn obsah původně uzavřené smlouvy, je nutno na ni od okamžiku podpisu dodatku nahlížet ohledně jejího působení do budoucna tak, jakoby od počátku byla uzavřena v dodatkem modifikovaném znění. Z toho vyplývá, že nejen neuveřejněním smlouvy samotné, ale rovněž i neuveřejněním dodatku k takové smlouvě v zákonné lhůtě je narušen princip publicity smluv, když široké veřejnosti není umožněno seznámit se s novým (dodatkem modifikovaným) obsahem uzavřené smlouvy a není jí umožněna ani kontrola toho, zda uzavřením dodatku nebyla původní smlouva s vybraným dodavatelem (uchazečem) změněna do té míry, že by takový postup mohl být vyhodnocen jako rozporný se zákonem.
14. Pro naplnění požadavků § 147a odst. 1 a 2 zákona je pak nezbytné kumulativní splnění několika podmínek, a to jednak podmínky samotného uveřejnění smlouvy na veřejnou zakázku (případně její změny či dodatku), jednak podmínky uveřejnění celého znění smlouvy (případně její změny či dodatku), dále její uveřejnění na místě k tomu určeném, tedy na profilu zadavatele, a v poslední řadě její uveřejnění ve lhůtě do 15 dnů od uzavření smlouvy (případně uzavření změny či dodatku smlouvy). Pokud zadavatel veškeré uvedené podmínky nesplní, tak nedodrží povinnost stanovenou v § 147a odst. 2 zákona v návaznosti na § 147a odst. 1 písm. a) zákona. Jinými slovy, i nedodržení zákonem stanovené lhůty, jak tomu je v šetřeném případě, má za následek porušení zákona.
15. Z dikce zákona jasně vyplývá, že je zadavatel povinen na svém profilu uveřejnit nejen uzavřenou smlouvu na veřejnou zakázku, ale rovněž i veškeré její změny a dodatky, a to do 15 dnů od jejího (jejich) uzavření.
16. Jelikož v šetřeném případě zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 15. 5. 2014 dodatek č. 1 na předmětnou veřejnou zakázku a současně na daný případ nelze aplikovat ani jednu z výjimek uvedených v § 147a odst. 2 písm. a), b) a c) zákona, byl zadavatel povinen tento dodatek na profilu zadavatele ve lhůtě do 30. 5. 2014 uveřejnit, k čemuž však prokazatelně nedošlo, když na něm byl dodatek č. 1 uveřejněn až dne 6. 6. 2014, tedy 22. den po jeho uzavření a 7. den po marném uplynutí zákonné lhůty k jeho uveřejnění.
17. Vzhledem k výše uvedenému Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval v rozporu s § 147a odst. 2 zákona v návaznosti na § 147a odst. 1 písm. a) zákona, když neuveřejnil dodatek č. 1 na předmětnou veřejnou zakázku na profilu zadavatele do 15 dnů od jeho uzavření, čímž se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K výroku II. tohoto příkazu – uložení sankce

18. Podle § 120 odst. 1 písm. b) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo nedodrží způsob uveřejnění stanovený tímto zákonem.
19. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že nesplnil povinnost uveřejnění v souladu s § 147a odst. 2 zákona v návaznosti na § 147a odst. 1 písm. a) zákona, když neuveřejnil na profilu zadavatele dodatek č. 1 na veřejnou zakázku do 15 dnů od jeho uzavření, když předmětný dodatek byl uzavřen dne 15. 5. 2014 a zákonná lhůta pro jeho uveřejnění na profilu zadavatele marně uplynula dne 30. 5. 2014, přičemž zadavatel uveřejnil daný dodatek na profilu zadavatele až dne 6. 6. 2014.
20. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění zákona č. 40/2015 Sb., který je nutno na posuzovaný případ aplikovat, neboť je pro pachatele správního deliktu příznivější, odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
21. Úřad v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod zejména z toho důvodu, že zákon účinný v době vzniku dané povinnosti zadavatele umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s větším časovým odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl. V návaznosti na to tedy Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. Úřad obdržel podnět týkající se předmětné veřejné zakázky dne 23. 11. 2015, přičemž správní řízení ve věci spáchání správního deliktu je zahájeno doručením tohoto příkazu. Dodatek č. 1 byl se zadavatelem uzavřen dne 15. 5. 2014 a zákonná lhůta pro uveřejnění tohoto dodatku na profilu zadavatele uplynula dne 30. 5. 2014, přičemž byl dodatek č. 1 na profilu zadavatele uveřejněn dne 6. 6. 2014. Z výše uvedeného vyplývá, že k uplynutí lhůty vymezené zákonem pro zahájení správního řízení tedy nedošlo, přičemž v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
22. Podle § 120 odst. 2 písm. b) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 20 000 000 Kč, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. b), e), f) nebo g) zákona.
23. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, přičemž zákon demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Při zvažování závažnosti správního deliktu pak Úřad zohlednil následující skutečnosti.
24. Ke způsobu spáchání správního deliktu Úřad uvádí, že pro zadavatele z § 147a odst. 2 zákona v návaznosti na § 147a odst. 1 písm. a) zákona explicitně vyplývá povinnost uveřejnit na profilu zadavatele smlouvu na veřejnou zakázku, a to včetně všech jejích změn a dodatků, tedy v daném případě i včetně uzavřeného dodatku č. 1, a to do 15 dnů od jeho uzavření. Zadavatel tuto svou povinnost nesplnil, když předmětný dodatek uveřejnil opožděně, tj. po marném uplynutí zákonné 15denní lhůty, přičemž odpovědnost za nesplnění této uveřejňovací povinnosti je odpovědností objektivní, tedy odpovědností bez ohledu na zavinění.

25. V rámci následků protiprávního jednání zadavatele Úřad zohlednil skutečnost, že byla postupem (opomenutím) zadavatele znemožněna široké veřejnosti možnost seznámit se s kompletním zněním (obsahem) dodatku uzavřeného na danou veřejnou zakázku ve stanovené lhůtě, tedy včas. Nadto mohlo pozdní uveřejnění dodatku způsobit pochybnosti některých subjektů, zda zadávací řízení proběhlo zcela transparentně. Na této skutečnosti přitom nemění z povahy věci nic to, že neuveřejnění dodatku v zákonné lhůtě nemělo jakýkoliv vliv na samotný výběr dodavatele předmětné veřejné zakázky, neboť zadavatel svým jednáním neomezil samotnou hospodářskou soutěž, ale omezil až následnou kontrolu jejího průběhu a výsledku (viz bod 12. odůvodnění tohoto příkazu).
26. Úřad jako polehčující okolnost shledal tu skutečnost, že zadavatel předmětný dodatek do okamžiku vydání tohoto příkazu na svém profilu uveřejnil, byť se zpožděním, což stupeň závažnosti správního deliktu snižuje.
27. Jako k přitěžující okolnosti přihlédl Úřad k tomu, že předmětem opožděně uveřejněného dodatku č. 1 bylo, mimo jiné, i navýšení ceny veřejné zakázky v důsledku vzniklých víceprací (tu v řádech statisíců korun), kdy je v tomto případě zájem veřejnosti na kontrole obsahu smlouvy z důvodu dodatečného vynaložení veřejných finančních prostředků vyšší, než kdyby došlo např. pouze k formální změně v identifikačních údajích na straně zadavatele či dodavatele (vybraného uchazeče).
28. Úřad při stanovení výše pokuty v souvislosti se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, sp. zn. 62 Af 123/2013, zohlednil rovněž skutečnost, že od spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu uplynuly cca 2 roky, neboť jak Krajský soud v cit. rozsudku dovedl, *„je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddělitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo“*.
29. Při určení výše pokuty Úřad přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Ze schváleného rozpočtu zadavatele na rok 2016, který je zveřejněn na jeho internetových stránkách (http://www.pohorelice.cz/file/13098/SR_2016.pdf), vyplývá, že zadavatel uvádí příjmy ve výši 239 852 400 Kč. Ve vztahu k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši

pokuty nelze vzhledem k objemu finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační či jakkoliv „nespravedlivou“.

30. 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 především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval právě preventivní charakter uložení sankce a stanovenou pokutu vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Úřad uložil pokutu ve výši 1 500 Kč, která naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
31. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
32. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu 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 příkazu je podle § 150 odst. 3 správního řádu možno podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Město Pohořelice, Vídeňská 699, 691 23 Pohořelice

Vypraveno dne

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