

Č.j. VZ/S6/02-153/475/02-Dh

V Brně dne 25. ledna 2002

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže ve správním řízení zahájeném dne 8. 1. 2002 z vlastního podnětu podle § 57 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 a zákona č. 142/2001 Sb., v návaznosti na § 18 zákona č. 71/1967 Sb., o správním řízení (správní řád), ve znění zákona č. 29/2000 Sb. a zákona č. 227/2000 Sb., ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele – Státního památkového ústavu v Brně, příspěvkové organizace, se sídlem dříve Radnická 2, nyní se sídlem nám. Svobody 8 (na základě rozhodnutí ministra kultury ze dne 1. 10. 2001, kterým se mění zřizovací listina), Brno, zastoupeného PhDr. Jaromírem Míčkou, ředitelem – učiněných při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 7. 10. 1999 ke smlouvě o dílo č. 0812 ze dne 10. 10. 1997 s obchodní společností PSJ holding, a. s., Jiráskova 32, Jihlava, rozhodl takto:

Zadavatel – Státní památkový ústav v Brně, příspěvková organizace – při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 7. 10. 1999 ke smlouvě o dílo č. 0812 ze dne 10. 10. 1997 s obchodní společností PSJ holding, a. s., Jiráskova 32, Jihlava, závažným způsobem porušil ustanovení § 3 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., v návaznosti na § 3 odst. 2 téhož zákona, neboť při uzavření předmětného dodatku nepostupoval způsobem uvedeným v citovaném ustanovení zákona, i když výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty přesáhla 20 000 000,-- Kč.

Za uvedené zjištěné závažné porušení zákona o zadávání veřejných zakázek se zadavateli – Státnímu památkovému ústavu v Brně, příspěvkové organizaci – ukládá podle § 62 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb., **pokuta** ve výši 35 000,-- Kč (třicet pět 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 pro bezhotovostní platby 1148, variabilní symbol 0060215001.

O d ů v o d n ě n í

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), jako orgán příslušný podle § 51 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb., zákona č. 93/1998 Sb., zákona č. 28/2000 Sb., zákona č. 256/2000 Sb., zákona č. 39/2001 Sb. a zákona č. 142/2001 Sb. (dále jen „zákon po poslední novele“), si na základě kontrolního závěru Nejvyššího kontrolního úřadu zveřejněného ve Věstníku NKÚ r. IX., částka 2, vyžádal od Státního památkového ústavu v Brně, příspěvkové organizace, se sídlem nám. Svobody 8, 601 54 Brno, zastoupeného PhDr. Jaromírem Míčkou, ředitelem (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky na dodávku stavby „Rekonstrukce domu na nám. Svobody. č. 8 v Brně“ zadanou formou obchodní veřejné soutěže podle části druhé zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. (dále jen „zákon“), která byla vyhlášena v Obchodním věstníku ze dne 16. 7. 1997 pod zn. 040794-28/97.

Po přezkoumání průběhu zadání veřejné zakázky získal orgán dohledu pochybnosti o správnosti úkonů a postupů zadavatele, a proto zahájil správní řízení z vlastního podnětu.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu zadavateli, jako jedinému účastníku správního řízení dopisem S 6/02-153/54/02-Dh ze dne 4. 1. 2002, kterým ho současně seznámil s předběžnými výsledky šetření a poskytl mu možnost se k těmto výsledkům vyjádřit. Zadavatel obdržel uvedený dopis dne 8. 1. 2002, a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

K oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil dopisem ze dne 11. 1. 2002, ve kterém uvádí následující skutečnosti (zestručněno):

Výkonem zadavatelských činností byla pověřena společnost RTS, a. s., která potvrdila zadavateli prokázání kvalifikace před uzavřením smlouvy. Doklady byly společností předloženy před vlastním podpisem smlouvy a teprve po jejich přezkoumání zadavatel uzavřel příslušnou smlouvu. V době zadání veřejné zakázky a v době uzavření smlouvy (10. 10. 1997) byly doklady prokazující kvalifikaci před uzavřením smlouvy definovány v § 2c odstavec 2 písmena a) a b) zákona a tyto dokumenty byly uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, předloženy. Ze zákona zadavatel nedovodil, že tyto dokumenty mají být dále uloženy a archivovány v dokumentaci o zadání veřejné zakázky. Zadavatel přiložil čestné prohlášení společnosti RTS, a. s. o těchto skutečnostech a současně přiložil doklad o změně sídla příspěvkové organizace.

Uzavřením dodatku č. 1 ze dne 7. 10. 1999 nebyla řešena jiná veřejná zakázka, ale stále se jednalo o tutéž veřejnou zakázku, na které se vyskytly vícepráce (zejména z důvodu narušené statiky jednotlivých částí objektu) o kterých zadavatel nevěděl a ani nemohl vědět v době zadání veřejné zakázky. Tyto okolnosti vyvstaly až realizací veřejné zakázky, kdy stavba byla rozpracovaná a bez dodatečných prací ji nebylo možné dokončit. V době uzavírání dodatku se zadavatel domníval, že vícepráce nelze považovat za dodatečnou zakázku, nevypisoval tedy samostatné výběrové řízení, protože realizace víceprací jiným subjektem by byla nemožná, protože šlo o práce vázané na práce sjednané podle smlouvy s PSJ holding, a. s., Jiráskova 32, Jihlava (dále jen „PSJ holding“), které musely být prováděny současně.

Orgán dohledu po přezkoumání a zhodnocení všech podkladů, včetně stanoviska zadavatele, zjistil tyto rozhodné skutečnosti a dospěl k následujícím závěrům.

Zadavatel vyhlásil v Obchodním věstníku ze dne 16. 7. 1997 pod zn. 040794-28/97 obchodní veřejnou soutěž podle části druhé zákona na veřejnou zakázku na dodávku stavby „Rekonstrukce domu na nám. Svobody. č. 8 v Brně“ (dále jen „soutěž“).

V podmínkách soutěže byla stanovena kritéria pro hodnocení nabídek takto:

1. reference a odborná způsobilost,
2. záruka za jakost a záruční podmínky,
3. celková nabídnutá cena,
4. celková výhodnost návrhu smlouvy o dílo,
5. návrh úsporných opatření ke snížení ceny díla.

Zadavatel obdržel v soutěžní lhůtě nabídky od 11 uchazečů. Žádný z uchazečů nebyl vyloučen z další účasti v soutěži. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 18. 9. 1997 komise pro posouzení a hodnocení nabídek ustavená zadavatelem stanovila po provedeném hodnocení pořadí nabídek. Zadavatel navržené pořadí akceptoval a výběr nejvhodnější nabídky oznámil uchazečům dopisem ze dne 23. 9. 1997.

S vybraným uchazečem obchodní společností PSJ holding zadavatel uzavřel dne 10. 10. 1997 smlouvu o dílo č. 0812, v celkové částce 57 408 903,-- Kč včetně DPH.

Orgán dohledu konstatuje, že vybraný uchazeč PSJ holding, před uzavřením předmětné smlouvy neprokázal kvalifikační předpoklady podle § 2b odst. 1 písm. b) a písm. d) zákona způsobem uvedeným v § 2c odst. 2 písm. a) a b) zákona.

Zadavatel tím závažně porušil § 11 odst. 1 zákona, neboť s uchazečem, který neprokázal kvalifikační předpoklady před vlastním uzavřením příslušné smlouvy, byla přesto uzavřena smlouva o plnění předmětné veřejné zakázky.

Dle ustanovení § 64b zákona byl zadavatel povinen dokumentaci o zadání veřejné zakázky, včetně podaných nabídek všech uchazečů, uchovávat po dobu pěti let s výjimkou vzorků nebo ukázek (§ 39a). Jak vyplývá z písemného vyjádření zadavatele ze dne 11. 1. 2002, doklady prokazující splnění výše uvedených kvalifikačních předpokladů byly již skartovány. Svým jednáním zadavatel porušil závažným způsobem ustanovení § 64b zákona.

Podle věty druhé ustanovení § 62 zákona po poslední novele může orgán dohledu uložit pokutu jen do jednoho roku ode dne, kdy se dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let, kdy došlo k tomuto porušení. Za výše uvedená porušení zákona orgán dohledu zadavateli nemůže uložit pokutu, neboť již uplynula objektivní lhůta pro uložení pokuty. Na možnost případného uložení sankce by nemělo vliv ani doložení „čestného prohlášení“ osoby pověřené výkonem zadavatelských činností, neboť za dodržení zákona při zadávání veřejné zakázky odpovídá zadavatel.

Dne 7. 10. 1999 uzavřel zadavatel se zhotovitelem bez výběrového řízení dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 10. 10. 1997, kterým byla původně sjednaná cena díla navýšena o 37 574 689,50 Kč na celkovou částku 94 983 592,50 Kč. Předmětem dodatku č. 1 je kromě změny ceny díla, také změna osob pověřených k realizaci díla a termín ukončení díla.

Ustanovení zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., upravuje závazný postup zadavatelů veřejných zakázek směřující k uzavření smluv k jejich provedení (§ 1 odst. 1 písm. a) cit. zákona). Z ustanovení § 67 cit. zákona pak vyplývá, že při použití tohoto zákona je rozhodující celková

výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty, který vznikne zadavateli ze zadání veřejné zakázky.

Zadavatel se společností PSJ holding uzavřel dodatek č. 1 ke smlouvě, aniž by výběr smluvního partnera provedl formou zadání veřejné zakázky odpovídající výši peněžitého závazku, který mu vznikl uzavřením smlouvy (dodatku), tedy formou obchodní veřejné soutěže.

Ze smlouvy o dílo č. 0812 ze dne 10. 10. 1997 orgán dohledu zjistil, že v jejím článku 4.1. a 4.2. byly v souladu s § 40 odst. 2 cit. zákona dohodnuty mezi smluvními stranami podmínky možného překročení sjednané ceny.

Orgán dohledu nezpochybňuje tvrzení zadavatele (viz vyjádření ze dne 11. 1. 2002) o výskytu víceprací v době provádění díla. K tomu však orgán dohledu uvádí, že každá změna rozsahu plnění (bez ohledu na výši ceny) je novou veřejnou zakázkou, kterou je zadavatel povinen zadat postupem podle zákona. Navýšení ceny představuje hodnotu 37 574 689,50 Kč, což znamená, že předmětná zakázka měla být zadána formou obchodní veřejné soutěže.

Citovaný zákon však umožňoval (a i nadále umožňuje) v obdobných případech, tedy tehdy, kdy je původní dílo ještě ve stavu realizace zadání veřejné zakázky, postup podle části třetí zákona, v přezkoumávaném případě tzn. podle ustanovení § 50 zákona.

Způsoby zadání veřejných zakázek upravuje v obecné poloze § 3 cit. zákona. Podle odst. 4 cit. § 3 zákona „Uzavření smlouvy na veřejnou zakázku jiným způsobem než na základě obchodní veřejné soutěže podle odstavce 1 je přípustné pouze při splnění podmínek stanovených v části třetí tohoto zákona.“

Část třetí cit. zákona kromě zadání postupem dle § 49, § 49a a §49b, umožňuje zadatelům zadat veřejnou zakázku formou písemné výzvy jednomu zájemci k podání nabídky dle § 50 odst. 1 písm. a) až f) cit. zákona.

Pouze existují-li objektivní důvody pro zadání veřejné zakázky výzvou jednomu zájemci k podání nabídky podle § 50 cit. zákona (jedná se spíše o mimořádný způsob zadávání veřejných zakázek, kterého je možné použít jen v taxativně vymezených případech – viz § 50 odst. 1 cit. zákona), může být veřejná zakázka zadána tímto způsobem, přičemž by bylo vhodné, aby v dokumentaci o zadání veřejné zakázky (§ 2 písm. k) cit. zákona) byly řádně vysvětleny, případně dokladovány okolnosti, které vedly zadavatele k použití tohoto způsobu zadání, a to pro případnou kontrolu zadavatele příslušnými orgány.

V šetřeném případě nelze vyloučit, že zadavatel mohl při uzavírání dodatku č. 1 postupovat podle § 50 odst. 1 písm. c) cit. zákona neboť se jednalo o věcnou, cenovou a časovou návaznost na původní veřejnou zakázku. Věcná návaznost spočívá v nezbytnosti doplnění původní zakázky nebo v jejím opakování ve vztahu k témuž zájemci (např. vítězi obchodní veřejné soutěže) především z důvodu standardizace nebo slučitelnosti předmětu veřejné zakázky. Cenová návaznost je jednoznačně vyjádřena stanovením horní hranice výše finančního závazku, který nesmí překročit 50 % ceny původní veřejné zakázky (podle současné právní úpravy 20%). Časová návaznost vychází z předpokladu, že do jednoho roku od splnění veřejné zakázky se obvykle podstatným způsobem nemění situace na trhu. V cit. ustanovení zákona je tedy z časového hlediska upraven pouze nejzazší termín, do kterého lze výzvu jednomu zájemci podle § 50 odst. 1 písm. c) cit. zákona učinit. Lze ji tedy učinit

i v průběhu realizace určité veřejné zakázky, neboť v mnoha případech by úplné splnění původní veřejné zakázky a teprve poté zaslání písemné výzvy jednomu zájemci k podání nabídky za účelem realizace dodatečné nebo opakované veřejné zakázky bylo nevhodné, což je v rozporu se smyslem zákona, kterým je právě zabezpečení maximální možné hospodárnosti při výdeji finančních prostředků z veřejných rozpočtů.

Podle § 50 odst. 2 cit. zákona byl před uzavřením smlouvy vyzvaný zájemce povinen doložit pouze oprávnění k podnikání. Skutečnost, že naznačený postup mohl být dle názoru orgánu dohledu použit, byla zohledněna při úvaze o výši pokuty.

Zadavatel svým postupem závažným způsobem porušil § 3 odst. 1 zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění zákona č. 148/1996 Sb. a zákona č. 93/1998 Sb., v návaznosti na ustanovení § 3 odst. 2 téhož zákona, neboť nezadal veřejnou zakázku způsobem uvedeným v citovaném ustanovení zákona, i když výše peněžitého závazku bez daně z přidané hodnoty přesáhla 20 000 000,-- Kč.

Vzhledem ke zjištěným závažným porušením cit. zákona a s přihlédnutím k tomu, že předmět plnění veřejné zakázky je již realizován, nelze dosáhnout provedení nápravy tak, že by zadavateli bylo uloženo nové zadání veřejné zakázky, jelikož fakticky nelze ukládat plnění, které je neproveditelné.

Dohled nad dodržováním zákona podle § 52 zákona po poslední novele spočívá mimo jiné i v kontrole postupů zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a v ukládání sankcí.

Podle § 62 odst. 1 zákona po poslední novele: „zjistí-li orgán dohledu, že zadavatel závažně či opětovně porušil ustanovení tohoto zákona, může mu uložit pokutu do výše 1% ceny zakázky“.

Celková výše peněžitého závazku z uzavřené smlouvy celkem činí 37 574 689,50 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (1 % z uvedené ceny) tedy činí 375 746,90 Kč. O uložení pokuty orgán dohledu rozhoduje na základě principu objektivní odpovědnosti. V průběhu šetření bylo objektivně prokázáno, že zadavatel pochybil. Orgán dohledu zohlednil skutečnost, že zadavatel mohl postupovat dle ustanovení § 50 odst. 1 písm. c) cit. zákona (viz výše) a rovněž fakt, že u zadavatele bylo zjištěno porušení zákona po poslední novele poprvé, a proto uložil zadavateli pokutu v dolní polovině sazby.

Před uložení pokuty orgán dohledu rovněž zkoumal, zda je naplněna podmínka uvedená ve větě druhé § 62 odst. 1 zákona po poslední novele a to, že pokutu lze uložit jen do jednoho roku ode dne, kdy se orgán dohledu dozvěděl, že zadavatel porušil ustanovení tohoto zákona, nejpozději však do tří let, kdy došlo k tomuto porušení. O porušení zákona se orgán dohledu dozvěděl dne 20. 7. 2001, kdy obdržel Věstník NKÚ. K porušení zákona došlo 7. 10. 1999 (viz uzavřený dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo).

V rozhodnutí orgán dohledu zohlednil nabytí účinnosti jednotlivých novel zákona o zadávání veřejných zakázek. V této souvislosti pak poukazuje na rozhodnutí Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 5/99 ze dne 4. 11. 1999, z něhož vyplývá, že závazný postup zadavatelů musí být vždy posuzován podle zákona o zadávání veřejných zakázek účinného v době jejich zadání, avšak řízení před orgánem dohledu musí být posuzováno vždy podle předpisů platných v době rozhodování, neboť hlava III a IV části čtvrté zákona má charakter

zvláštního procesního předpisu, kterým se Úřad pro ochranu hospodářské soutěže řídí, a na nějž přechodná ustanovení novelizací nedopadají.

Vzhledem ke zjištěnému závažnému porušení zákona, kterého se zadavatel dopustil při uzavírání předmětné smlouvy a s přihlédnutím k tomu, že akce již byla realizována, nelze dosáhnout nápravy uložením nového zadání veřejné zakázky. Orgán dohledu proto zvolil postup podle části čtvrté hlavy IV zákona a po posouzení a zhodnocení všech výše uvedených důkazů a skutečností uložil zadavateli pokutu, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Poučení: Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – odboru dohledu nad zadáváním veřejných zakázek v Brně, Joštova 8. Včas podaný rozklad má odkladný účinek.

JUDr. Petr Hanák
ředitel odboru

Obdrží účastník řízení:

Státní památkový ústav v Brně, příspěvková organizace, nám. Svobody 8, 601 54 Brno, zast.
PhDr. Jaromírem Míčkou