

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy ÚOHS č.j. ÚOHS-R5/2009/VZ-1861/2010/310/EKu ze dne 20.5.2010, obě rozhodnutí nabyla právní moci dne 21.5.2010.

Č. j.: S291/2008/VZ-23912/2008/510/če

V Brně dne 6. ledna 2009

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 3.11.2008 ve věci možného spáchání správního deliktu z moci úřední, jehož účastníky jsou:

- zadavatel Česká republika - Krajský soud v Brně, IČ 00215724, se sídlem Rooseveltova 648/16, 601 95 Brno, jehož jménem jedná JUDr. Jaromír Pořízek, předseda soudu,
- vybraný uchazeč IMOS Brno, a. s., IČ 25322257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, za niž jedná Ing. Oldřich Štercl, předseda představenstva,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel Česká republika - Krajský soud v Brně se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že porušil zákaz stanovený v § 99 odst. 3 téhož zákona o veřejných zakázkách tím, že využil opčního práva a zadal dále uvedené veřejné zakázky:

- „Justiční areál v Brně - stavba - nové stavební práce“, navazující na realizaci veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, spočívající v realizaci I. a II. podzemního podlaží objektu SO 102 areálu, na základě výzvy ze dne 15.12.2006 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) citovaného zákona, na kterou zadavatel uzavřel dne 7.3.2007 smlouvu se společností IMOS Brno, a. s., Brno, označenou jako „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“,
- „Justiční areál v Brně - stavba - nové stavební práce – 2“, navazující na realizaci veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, spočívající v realizaci nadzemních podlaží objektu SO 102 areálu, na základě výzvy ze dne 14.2.2007 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) citovaného zákona, na kterou zadavatel uzavřel dne 23.10.2007 smlouvu se společností IMOS Brno, a. s., Brno, označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“,

v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv z výsledků jednání bylo zřejmé, že cena, kterou bude zadavatel povinen uhradit za realizaci nových stavebních prací při využití opčního práva, bude ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění, odpovídající opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.

II.

Za spáchání tohoto správního deliktu se zadavateli, kterým je Česká republika - Krajský soud v Brně, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá pokuta ve výši 200 000,- Kč** (dvě stě tisíc korun českých), která je splatná 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 3754-24825621/0710, konstantní symbol 1148, variabilní symbol 2910850001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Úřad“ a „zákon“), obdržel materiál Nejvyššího kontrolního úřadu, označený jako „informace z kontrolní akce č. 07/22 Výstavba Justičního areálu v Brně“, týkající se postupu zadavatele Česká republika - Krajský soud v Brně, IČ 00215724, se sídlem Rooseveltova 648/16, 601 95 Brno, jehož jménem jedná JUDr. Jaromír Pořízek, předseda soudu (dále jen „zadavatel“), při zadání veřejných zakázek souvisejících s předmětnou akcí. S obsahem podnětu Úřad seznámil zadavatele a současně si od něj vyžádal dokumentace k veřejným zakázkám a stanovisko k podnětu. Po jejich posouzení Úřad zahájil správní řízení z moci úřední. Důvodem byla skutečnost, že se předpokládaná cena předmětu opčního práva zahrnutá do předpokládané ceny veřejné zakázky uvedené v oznámení zadávacího řízení, nejevila přiměřená ceně, kterou byl zadavatel povinen za jeho plnění uhradit.

Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona

- zadavatel,
- vybraný uchazeč IMOS Brno, a. s., IČ 253 22 257, se sídlem Olomoucká 174, 627 00 Brno, za niž jedná Ing. Oldřich Štercl, předseda představenstva (dále jen „IMOS Brno“ nebo „vybraný uchazeč“).

Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem ze dne 30.10.2008, ve kterém je seznámil s předběžnými výsledky šetření a současně jim usnesením stanovil lhůty, ve kterých se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, navrhnout důkazy nebo vyjádřit stanovisko v řízení. Dnem 3.11.2008, kdy bylo oznámení doručeno prvnímu účastníkovi řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele z moci úřední zahájeno.

Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 10.11.2008, ve kterém uvedl, že podle § 99 odst. 3 zákona, je zadavatel povinen v oznámení o zakázce stanovit hodnotu části veřejné zakázky, k jejímuž zadání si vyhradil opční právo, nikoliv cenu této části veřejné zakázky. Zadavatel tuto povinnost splnil tím, že v opravném oznámení zadávacího řízení (původní veřejná zakázka byla zadána v režimu zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů), uveřejněném na centrální adrese dne 1.3.2006 pod ev.č. VZ 5001590, popsal

předmět veřejné zakázky, jako „stavba budovy soudů - 2 PP (zast. pl. 7 304 m²), 8 NP (zast. pl. 5 740 m²), celkem obest. prostor 147 200 m³“ a současně si vyhradil právo na další stavební práce, které popsal jako „stavba budovy stát. zastupitelství - 2 PP (zast. pl. 955 m²), 6 NP (zast. pl. 955 m²), celkem obest. prostor 20 130 m³“. Tímto jednoznačně stanovil hodnotu části veřejné zakázky, ke které si vyhradil opční právo. Vzhledem k tomu, že podle § 23 odst. 7 písm. b) bod 5. zákona lze zahájit zadávání veřejné zakázky na základě vyhrazeného opčního práva do 3 let ode dne uzavření smlouvy na původní zakázku, bylo by stanovení ceny dodávek a prací zadávaných podle opčního práva již při zadávání původní zakázky irelevantní, vzhledem k tomu, že ceny prací a dodávek mohou doznat v této době v důsledku různých nepředvídatelných vlivů (inflace, změna ceny materiálů, atd.), výrazného nárůstu. V zákoně není stanovena povinnost uvádět v oznámení o zakázce cenu prací a dodávek, ke kterým si zadavatel vyhrazuje opční právo, a předmětný formulář to ani neumožňuje. Zadavatel se ohrazuje proti tvrzení, že na dotaz Úřadu dopisem ze dne 25.9.2008 sdělil, že předpokládanou hodnotu stanovil na základě znalostí k datu podání objednávky na uveřejnění oznámení. Skutečností je, že Úřad zadavatele požádal dopisem ze dne 15.9.2008, aby mu sdělil jakým způsobem a v jaké výši do předpokládané ceny veřejné zakázky „Justiční areál - stavba“, uvedené v oznámení zadávacího řízení ve výši 942,493 tis. Kč, zahrnul cenu „opce“. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel byl požádán o sdělení ceny „opce“, nikoliv její hodnoty. Zadavatel odpověděl dopisem ze dne 25.9.2008, ve kterém uvedl, že do předpokládané ceny veřejné zakázky „Justiční areál v Brně - stavba“, uvedené v oznámení zadávacího řízení ve výši 942,943 tis. Kč, zahrnul předpokládanou cenu „opce“ ve výši 111,645 tis. Kč (obojí bez DPH). Z uvedeného podle názoru zadavatele vyplývá, že Úřad zahájil správní řízení na základě údaje, který mu nebyl zadavatelem poskytnut (záměna ceny za hodnotu). K vlastní ceně „opce“ zadavatel sděluje, že při posuzování ceny předmětu plnění dle „dodatků č. 1 a č. 2“ vzal v úvahu, že práce a dodávky zadane na základě opčního práva svým objemem (hodnotou) odpovídají objemu (hodnotě) prací a dodávek uvedených v oznámení zadávacího řízení původní veřejné zakázky. Dále zohlednil cenu použitých materiálů a technologií (vyšší standard než u původní zakázky plynoucí z provozních potřeb), nárůst ceny v důsledku inflace v době uzavírání „dodatků č. 1 a č. 2“ a finanční dopady, vyplývající z požadavku zadavatele na jejich úhradu až v roce 2009. Na základě tohoto posouzení se zadavatel domnívá, že cena „opce“ není v rozporu s ustanovením § 99 odst. 3 zákona. Zadavatel dále namítá, že zadání „opce“ již v této „kauze“ řešil Nejvyšší kontrolní úřad (dále jen „NKÚ“), který v usnesení Kolegia NKÚ č. 4/IX/2008 konstatoval, že „postup zadavatele při uplatnění opčního práva a jeho realizaci nelze posoudit jako porušení zákona“.

Uvedené vyjádření zadavatel doplnil dopisem ze dne 14.11.2008, ve kterém uvedl, že v souvislosti se zahájeným správním řízením je zřejmé, že jedinou spornou otázkou postupu zadavatele je dodržení pravidla vyplývajícího z § 99 odst. 3 zákona, podle kterého není zadavatel oprávněn opčního práva využít, pokud by jeho cena, byla ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídající opčnímu právu, stanovené před zahájením původního zadávacího řízení. Tedy pokud by cena, která byla po uplatnění opčního práva vyzvaným dodavatelem nabídnuta, byla podstatně vyšší, než původní odhad zadavatele, vyjádřený stanovenou předpokládanou hodnotou veřejné zakázky. Aby byly obě ceny vzájemně ve zjevném nepoměru, muselo by se jednat o zcela zjevně nepřiměřený rozdíl, nikoli rozdíl z celkového pohledu zanedbatelný. O takový zjevně nepřiměřený rozdíl se však v šetřeném případě podle názoru zadavatele nejedná. Přestože původní předpokládaná cena „opce“ (cca 112 mil. Kč) je zhruba polovinou její ceny smluvní (cca 233 mil. Kč), nelze pouze z toho rozdílu zjevný nepoměr mezi oběma částkami dovozovat.

V této souvislosti je třeba zejména zohlednit následující skutečnosti: časový odstup mezi oznámením původního zadávacího řízení (kdy bylo opční právo uplatněno) a kontraktací

plnění s využitím opčního práva, a s tím související nárůst cen stavebních prací. Dále je třeba zohlednit vzájemný poměr protiplnění, jehož se mělo dostat dodavateli ze strany zadavatele za plnění spočívající v realizaci stavebních prací na základě původního zadávacího řízení a v realizaci s využitím opčního práva. Současně je nezbytné zohlednit rozdíl mezi předpokládanou cenou původní veřejné zakázky a kontrahovanou cenou původní veřejné zakázky na základě hodnocení nabídek.

Zadavatel dále v této souvislosti poukazuje na stavební standardy (viz např. www.stavebnistandardy.cz), k nimž je podle jeho názoru nutné přihlížet, neboť podle nich je nejjednodušším způsobem stanovení předpokládané ceny stavby její ocenění podle účelových měrných jednotek. Odchylka skutečné budoucí ceny od propočtu podle cenových ukazatelů může u konkrétních staveb dosahovat až 25% (podle technické a technologické náročnosti a standardu vybavení), běžná odchylka, se pohybuje ve výši cca 15%. Hodnota části veřejné zakázky, ke které si zadavatel vyhradil opční právo, byla v oznámení zadávacího řízení stanovena objemem prací a dodávek (jinak to ani příslušný formulář neumožňoval), který byl částí celkového objemu prací a dodávek původní veřejné zakázky (stavební objekt SO 101 – 147 200 m³ + předmět „opce“ stavební objekt SO 102 – 20 130 m³ obestavěného prostoru). K tomuto celkovému objemu prací a dodávek byla stanovena v té době známá předpokládaná celková cena ve výši 928,043 mil. Kč (z toho SO 101 – 6,6 tis. Kč/m³ x 147 200 m³ – tj. 816,398 mil. Kč a SO 102 – 6,6 tis. Kč/m³ x 20 130 m³ – tj. 111,645 mil. Kč), přičemž zadavatel při výpočtu vycházel z jednotkové ceny stanovené zhotovitelem projektové dokumentace. Z uvedeného zadavatel vyvozuje, že objem prací a dodávek zadaných dle opčního práva je poměrnou částí celkového objemu prací a dodávek, a tedy adekvátně i cena těchto prací a dodávek, pokud by byly zadány současně s původní veřejnou zakázkou, by byla poměrnou částí celkové ceny veřejné zakázky stanovené v původním zadávacím řízení ve výši 1 192 150 404,-- Kč. Pokud tedy objem obestavěného prostoru objektu SO 102 činí 0,137 objemu objektu SO 101, pak by cena objektu SO 102 (předmět „opce“) měla v případě jeho zadání za stejných podmínek jako objekt SO 101, činit 163,325 mil. Kč (1 192,15 mil. Kč x 0,137). Zatímco rozdíl mezi předpokládanou a skutečnou cenou opce činí cca 120 mil. Kč, pokud by k realizaci „opce“ došlo za podmínek, za nichž byla zadána původní veřejná zakázka, snížil by se tento rozdíl na cca 70 mil. Kč. Souhrnně řečeno předpokládaná cena opce a její skutečná cena se pohybovaly v rozmezí 10% - 20% ceny původně kontrahované veřejné zakázky. Z uvedeného důvodu se proto podle názoru zadavatele nemůže jednat o zjevný nepoměr obou částek ve smyslu § 99 odst. 3 zákona. Zadavatel dále upozorňuje na nárůst cen za 1 m³ referenčních staveb podle obecně platných standardů ve stavebnictví mezi roky 2005 a 2006, který činil 10,8% (v roce 2005 5,530 tis. Kč/m³ a v roce 2006 – 6,128 tis. Kč/m³ obestavěného prostoru). Rovněž je třeba zohlednit vybavení objektu SO 02 (vyšší standardy, odlišné technologie, zejména zabezpečovací, atd., než u SO 101) a nezbytné finanční dopady, vyplývající z požadavku zadavatele na úhradu prací a dodávek až v roce 2009 (jedná se o odklad z důvodu použití úvěrů). Z uvedeného podle názoru zadavatele vyplývá, že cena, kterou musel v souvislosti s „opcí“ uhradit, nebyla s ohledem na uvedené skutkové okolnosti ve zjevném nepoměru k ceně „opce“, stanovené v rámci předpokládané ceny původní veřejné zakázky.

Účastník řízení IMOS Brno se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení ve stanovených lhůtách ani později v řízení nevyjádřil.

Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

Podle § 18 odst. 4 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 40“), je-li v oznámení zadávacího řízení obsaženo právo zadavatele na další dodávky, stavební práce nebo služby (opční právo), vezme zadavatel v úvahu při určování předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky celkovou cenu všech dodávek, stavebních prací nebo služeb.

Podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 137“), může zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění v případě, jestliže jde o nové stavební práce, spočívající ve stavebních pracích téhož či podobného druhu, jako v původní veřejné zakázce, a to za předpokladu, že

1. nové stavební práce budou zadány témuž dodavateli,
2. původní veřejná zakázka byla zadána v otevřeném řízení nebo užším řízení,
3. v zadávacích podmínkách původního zadávacího řízení byla obsažena možnost zadat veřejnou zakázku na nové stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění,
4. předpokládaná hodnota veřejné zakázky na nové stavební práce byla zahrnuta do předpokládané hodnoty původní veřejné zakázky a
5. jednacím řízení bez uveřejnění bude zahájeno do 3 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku.

Podle § 99 odst. 1 až 3 zákona č. 137 se opčním právem rozumí právo zadavatele na poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací, jejichž zadání si zadavatel vyhradil v zadávacích podmínkách. Opční právo je zadavatel oprávněn využít pouze ve vztahu k dodavateli, kterému zadal veřejnou zakázku. Zadání veřejnou zakázku na základě využití opčního práva může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, a to za předpokladu, že jsou splněny zákonné podmínky. Zadavatel není oprávněn opčního práva využít, pokud cena, kterou by byl povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, je ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění odpovídajícího opčnímu právu, která byla stanovena před zahájením původního zadávacího řízení.

Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137 se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 téhož zákona.

Podle § 158 odst. 1 zákona č. 137 se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů.

Zjištění vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

Zadavatel postupem podle zákona č. 40 uveřejnil dne 28.12.2005 na centrální adrese pod ev.č. VZ 50015190 předběžné oznámení zadávacího řízení veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“ (v Úředním věstníku EU pod zn. 2005/S 250-246972 dne 29.12.2005). Zadavatel následně dne 26.1.2006, s opravou uveřejněnou dne 1.3.2006, uveřejnil na centrální adrese pod tímž evidenčním číslem oznámení užšího zadávacího řízení nadlimitní veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“ (v Úředním věstníku EU pod zn. 2006/S 18-019591 dne 27.01.2006). V oznámení je předmět veřejné zakázky popsán jako

„stavba budovy soudů – 2 PP (zast. plocha 7 304 m²), 8 NP (zast. plocha 5 740 m²), celkem obestavěný prostor 47 200 m³.“ a klasifikován jako:

Předmět VZ	Rozsah	Předpokládaná cena
Demolice, příprava staveniště a odklízecí práce (CPV45111000-8)	9 600,00 m ³	3 500 000,00
Hlavní stavební objekty (CZ-CC 12)	167 330,00 m ³	928 043 000,00
Vedlejší stavební objekty (CZ-CC 211223, 222112, 222423)	3 200,00 m ² 530,00 m	10 950 000,00
Předpokládaná cena celkem (v Kč bez DPH)		942 493 000,00

Zadavatel si v oznámení výslovně vyhradil opční právo, přičemž je v oznámení popsal formou: „další staveb. práce zadány jednacím říz. bez uvěř. § 27 odst. 3 písm. b) bod 1. - 5. zák. č. 40/2004 Sb., ve znění pozd. předpisů. Stavba budovy st. zastupitelství – 2 PP (zast. plocha 955 m²), 6 NP (zast. plocha 955 m²), celkem obestav. prostor 20 130 m³“. Jako kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel stanovil ekonomickou výhodnost nabídky s dílčími hodnotícími kritérii „cena veřejné zakázky, vč. DPH“ s váhou 70% a „doba plnění veřejné zakázky v týdnech“ s váhou 30%. Současně omezil počet zájemců na 5 a jako kritérium pro omezení počtu zájemců stanovil los.

Jak vyplývá z dokumentace, zadavatel ve lhůtě pro podání žádostí o účast v užším řízení obdržel 22 žádostí. Ze zápisu o posouzení žádostí o účast a hodnocení kvalifikace ze dne 10.4.2006 je zřejmé, že zadavatel žádného ze zájemců z důvodu nesplnění kvalifikace neodmítl. Zadavatel následně provedl v souladu se zadávacími podmínkami výběr ze zájemců losem. Průběhu losování byl přítomen notář, který jeho průběh osvědčil notářským zápisem doloženým v dokumentaci. Zadavatel vylosované zájemce vyzval k podání nabídek a ve lhůtě, stanovené pro jejich podání obdržel 5 nabídek. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 9.5.2006, resp. ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek z téhož dne, vyplývá, že hodnotící komise, ustavená vládou ČR usnesením č. 302 ze dne 23.3.2006, po posouzení a hodnocení nabídek podle stanovených kritérií vyhodnotila jako ekonomicky nejvýhodnější nabídku společnosti IMOS Brno s nabídkovou cenou 1 192 150 404,00 Kč bez DPH a 1 418 658 981,00 Kč vč. DPH. Zadavatel hodnocení komise akceptoval a rozhodnutím ze dne 10.5.2006 tomuto uchazeči veřejnou zakázku přidělil. S vybraným uchazečem pak uzavřel dne 16.6.2006 smlouvu o dílo č. 607701/0595/06/PS.

Následně zadavatel uzavřel dne 7.3.2007 s vybraným uchazečem další smlouvu, označenou jako „Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“ (dále je „dodatek č. 1“), kterou předmět plnění původní smlouvy rozšířil o „nové stavební práce a dodávky, spočívající ve vybudování dvou podzemních podlaží objektu SO 102 Budova státního zastupitelství, která je nedílnou součástí „Justičního areálu v Brně“, a to v rozsahu oceněného výkazu výměr v příloze tohoto dodatku“, v ceně 42 391 936,00 Kč bez DPH a 50 446 404,00 Kč vč. DPH. Celkový objem plnění z obou smluv, vyjádřený ve finančním objemu, tak činil celkem 1 234 542 340,00 Kč bez DPH a 1 469 105 385,00 Kč vč. DPH. Jak vyplývá z dokumentace, dodatek č. 1 byl uzavřen na základě výzvy ze dne 15.12.2006 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, učiněné zadavatelem výslovně podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona č. 137. Jednací řízení je v dokumentaci doloženo citovanou výzvou, protokoly z jednání ze dne 20.12.2006 a 2.2.2007 a oznámením o zadání zakázky, zveřejněném v ISVZ dne 6.4.2007 pod ev.č. VZ 60005926. Z protokolu z jednání ze dne 2.2.2007 je zřejmé, že nabídková cena vybraného uchazeče byla shodná s cenou smluvní.

Zadavatel uzavřel dne 23.10.2007 s vybraným uchazečem návazně další smlouvu, označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 607701/0595/06/PS“ (dále je „dodatek č. 2“), kterou byl předmět plnění původní smlouvy:

1. zúžen o práce a dodávky specifikované v příloze č. 1 tohoto dodatku (pozn. týká se SO 101, vč. dalších objektů v areálu, tedy předmětu plnění původní smlouvy) a
2. rozšířen o „nové stavební práce a dodávky, spočívající ve vybudování nadzemních podlaží objektu SO 102 Budova státního zastupitelství, která je nedílnou součástí „Justičního areálu v Brně“, a to v rozsahu oceněného výkazu výměr, který je přílohou č. 2 tohoto dodatku.

Cena díla se v důsledku uvedených změn změnila následovně (vyčíslení změn):

ad. 1 snížení ceny o práce a dodávky, které nebudou provedeny, a o 18 765 221,00 Kč bez DPH a 22 330 613,00 Kč vč. DPH,

ad. 2 navýšení ceny o nové práce a dodávky, a to o 190 643 327,00 Kč bez DPH a 226 865 559,00 Kč vč. DPH.

Celkový objem plnění ze všech tří uzavřených smluv, vyjádřený ve finančním objemu, tak činí 1 406 420 446,00 Kč bez DPH a 1 673 640 331,00 Kč vč. DPH. Jak vyplývá z dokumentace, dodatek č. 2 smlouvy byl uzavřen na základě výzvy ze dne 14.2.2007 k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění, učiněné zadavatelem výslovně podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona č. 137. Jednací řízení je v dokumentaci doloženo citovanou výzvou, protokolem z jednání ze dne 19.2.2007 a oznámením o zadání zakázky, zveřejněném v ISVZ dne 23.11.2007 pod ev.č.VZ 60012912. Z protokolu z jednání ze dne 19.2.2007 je zřejmé, že nabídková cena vybraného uchazeče byla shodná s cenou smluvní.

Celkový rozsah plnění vyplývající z dodatku č. 1 a z dodatku č. 2 a týkající se předmětu vymezeného opčním právem, tj. stavebního objektu SO 102, vyjádřený ve finančním objemu, tak činil celkem 233 035 263,00 Kč bez DPH a 277 131 963,00 Kč vč. DPH.

Závěry Úřadu

Opční právo může zadavatel využít v případech, kdy předpokládá, že v budoucnu bude zadávat další konkrétní plnění, navazující na zadávanou veřejnou zakázku, ale současně nemá úplnou jistotou jeho realizace (např. otevřená otázka financování). V takových případech předpokládá zákon existenci základního plnění veřejné zakázky a existenci navazujících plnění, která budou možná v budoucnu realizována na základě výhrady opčního práva. Pokud si zadavatel v zadávacích podmínkách toto právo vyhradil, má povinnost předpokládanou cenu (viz § 18 odst. 4 zákona č. 40), resp. předpokládanou hodnotu (viz § 13 odst. 6 zákona č. 137), předmětu plnění, týkajícího se opčního práva, zahrnout do celkové předpokládané ceny (hodnoty) veřejné zakázky, a to zejména z důvodu stanovení postupu v zadávacím řízení (pozn. vztahem pojmů „předpokládaná cena“ a „předpokládaná hodnota“ se Úřad zabývá dále v odůvodnění). Proto také veškerá zadavatelem uvažovaná další plnění, která mají být na základě opčního práva realizována, musí být – alespoň základním způsobem – v zadávacích podmínkách vymezena a zadavatel musí mít v době zahájení zadávacího řízení o předmětu „opce“ jasno natolik, aby mohl jeho předpokládanou hodnotu relevantně stanovit. Předmět opčního práva však nelze považovat uzavřením smlouvy na původní veřejnou zakázku za „zadaný“, neboť podmínky plnění opčního práva nejsou součástí nabídky ani smlouvy uzavřené na původní veřejnou zakázku. V původní veřejné zakázce tedy zadavatel předmět opčního práva nezadává, ale vyhrazuje si v této souvislosti pouze možnost zadání další veřejné zakázky.

Následné zadání veřejné zakázky při využití opčního práva pak musí být provedeno v souladu se zákonem (v šetřeném případě viz § 1 písm. a) a návazně § 99 zákona č. 137), tj. v příslušném zadávacím řízení, a to v režimu zákonné normy účinné v době zahájení zadávacího řízení, ve kterém zadavatel předmět opčního práva zadává. V šetřeném případě vzhledem k datu učinění výzev ze dne 15.12.2006 a ze dne 14.2.2007 k jednání – tak jak to umožňuje zákon č. 137 a tak jak bylo zadavatelem i aplikováno – v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. b) zákona č. 137. Tato skutečnost vyplývá z pravidla vyjádřeného v § 158 odst. 1 zákona č. 137, tj. že zadávací řízení se řídí právní úpravou, účinnou v době zahájení zadávacího řízení.

Jak vyplývá z výše uvedených zjištění:

- Zadavatel původní smlouvu i dodatek č. 1 a dodatek č. 2 na nové stavební práce uzavřel s týměž dodavatelem – vybraným uchazečem.
- V zadávacích podmínkách původního zadávacího řízení (§ 18 odst. 4 zákona č. 40), byla obsažena možnost zadat veřejnou zakázku na další stavební práce (opční právo) v jednacím řízení bez uveřejnění – viz vyhrazené právo na další stavební práce, specifikované v oznámení zadávacího řízení jako „stavba budovy státního zastupitelství – 2 PP (zastavěná plocha 955 m²), 6 NP (zastavěná plocha 955 m²), celkem obestavěný prostor 20 130 m³“.
- Původní veřejná zakázka byla zadána v užším řízení.
- Obě jednací řízení bez uveřejnění byla zahájena do 3 let ode dne uzavření smlouvy na původní veřejnou zakázku (původní smlouva byla uzavřena dne 16.6.2006, dodatek č. 1 dne 15.12.2006 a dodatek č. 2 dne 15.12.2006).

Zákon č. 40 v jehož režimu byla původní veřejná zakázka zadána, zadavateli – pokud si v oznámení zadávacího řízení vyhradil opční právo – sice ukládal povinnost vzít do úvahy při určování předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky celkovou cenu všech dodávek, stavebních prací nebo služeb, tedy i předpokládanou cenu předmětu „opce“, současně však nestanovil povinnost cenu „opce“ v oznámení zadávacího řízení či jinde samostatně uvést. Aby postup zadavatele v této souvislosti Úřad ověřil, požádal ho dopisem ze dne 15.9.2008, o písemné sdělení jakým způsobem a v jaké výši do předpokládané ceny veřejné zakázky „Justiční areál v Brně – stavba“, uvedené v oznámení zadávacího řízení ve výši 942 493 000,00 Kč (bez DPH), zahrnul předpokládanou cenu předmětu „opce“.

Zadavatel dopisem ze dne 25.9.2008 Úřadu sdělil, že předpokládanou cenu veřejné zakázky stanovil na základě znalostí k datu podání objednávky na uveřejnění oznámení původní veřejné zakázky (pozn. z dokumentace vyplývá, že objednávka na uveřejnění opravného oznámení na centrální adrese byla podána dne 13.2.2006). Údaje týkající se předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky zadavatel stanovil na základě konzultace se zpracovatelem projektové dokumentace na předmětnou stavbu, v té době rozpracované, podle které byla stanovena cena za 1 m³ obestavěného prostoru pro celý „Justiční areál v Brně“, a to ve výši 5 546,18 Kč bez DPH a 6 600,00 Kč vč. DPH. Na základě výpočtu, vycházejícího z obestavěného prostoru stavebního objektu SO 101 Městský soud v Brně a Okresní soud Brno-venkov (předmět plnění původní veřejné zakázky) a stavebního objektu SO 102 Městské státní zastupitelství (předmět „opce“) a uvedené jednotkové ceny za 1 m³ obestavěného prostoru, tak zadavatel stanovil předpokládané ceny následovně:

- hlavní stavební objekty SO 101 a SO 102, celkem 167 330,00 m³ obestavěného prostoru, předpokládaná cena celkem 928 043 000,00 Kč bez DPH, z toho:
- stavební objekt SO 101, celkem 147 200,00 m³ obestavěného prostoru, předpokládaná cena celkem 816 398 312,00 Kč bez DPH,

- stavební objekt SO 102, celkem 20 130,00 m³ obestavěného prostoru, předpokládaná cena celkem 111 644 699,00 Kč bez DPH.

Zadavatel tímto způsobem doložil, že předpokládaná cena uvedená v oznámení původního zadávacího řízení zahrnovala i předpokládanou cenu předmětu opčního práva, tedy realizaci stavebního objektu SO 102. Úřad toto vysvětlení zadavatele akceptoval.

Z uvedených zjištění vyplývá, že podmínky uvedené v § 23 odst. 7 písm. b) pod body 1. až 4. zákona č. 137 v souvislosti s případnou aplikací opčního práva by v šetřeném případě byly naplněny. Toto ustanovení však navazuje na vymezení institutu opčního práva uvedené v ustanovení § 99 zákona č. 137 (viz odst. 2 tohoto ustanovení... zadat veřejnou zakázku na základě využití opčního práva může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění, a to za předpokladu, že jsou splněny zákonné podmínky...), ve kterém je v odst. 3 v této souvislosti výslovně stanoveno, že zadavatel není oprávněn opčního práva využít, pokud cena, kterou by musel za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva uhradit, by byla ve zjevném nepoměru k části předpokládané hodnoty plnění, odpovídající opčnímu právu, stanovené před zahájením původního zadávacího řízení. Tento zákaz tedy bude platit pouze tehdy, pokud nabízená, resp. v jednacím řízení sjednaná cena „opce“, je vůči původnímu odhadu zadavatele, prezentované předpokládanou cenou (hodnotou) předmětu opčního práva, zjevně nepřiměřená. Pokud by sjednaná cena „opce“ byla sice vyšší než zadavatelem předpokládaná, ale nešlo by o rozdíl zjevně nepřiměřený, zákaz využití opčního práva se neuplatní a je na zvážení zadavatele, zda bude nabízená cena „opce“ v této výši pro něj akceptovatelná.

Zadavatel v souvislosti s výstavbou „Justičního areálu v Brně“ stanovil předpokládanou cenu předmětu plnění, a to vč. předpokládané ceny „opce“, ve výši 928 043 000,00 Kč bez DPH. Z této částky připadá na stavební objekt SO 101 (předmět plnění původní veřejné zakázky) 816 398 312,00 Kč bez DPH a na stavební objekt SO 102 (předmět opce) 111 644 699,00 Kč bez DPH (k tomu viz oznámení zadávacího řízení bod 7. Klasifikace předmětu veřejné zakázky, resp. písemné sdělení zadavatele ze dne 25.9.2008). Zadavatel na základě vyhrazeného opčního práva uzavřel s vybraným uchazečem dvě smlouvy, označené jako dodatek č. 1 a dodatek č. 2 (viz výše), jejichž předmětem plnění je výstavba stavebního objektu SO 102 Městské státní zastupitelství, tedy předmět „opce“ vyhrazený zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky, přičemž jeho smluvní cena činí podle uvedených „dodatků“ celkem 233 035 263,00 Kč bez DPH. Srovnáním předpokládané ceny „opce“ a sjednané ceny „opce“, činí rozdíl obou těchto cen 121 390 564,00 Kč bez DPH. Jedná se tedy o více než 100 % cenový nárůst oproti zadavatelem předpokládané ceně „opce“ (přesně o 108 %).

Na základě tohoto srovnání Úřad konstatuje, že se v šetřeném případě jedná o zjevný nepoměr ceny, kterou by byl zadavatel povinen uhradit za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva, vůči části předpokládané hodnoty plnění, odpovídající opčnímu právu, která byla zadavatelem stanovena před zahájením původního zadávacího řízení jako poměrná část předpokládané ceny původní veřejné zakázky. V takovém případě tedy zadavatel nebyl oprávněn opčního práva využít. Tím, že tak přesto učinil, ačkoli z výsledků jednotlivých jednání v jednacích řízeních bez uveřejnění mu musel být tento zjevný nepoměr obou hodnot zřejmý, zadavatel porušil zákaz stanovený v § 99 odst. 3 zákona č. 137.

Důsledkem postupu zadavatele byla skutečnost, že v souvislosti se zadáním předmětu opčního práva měl k dispozici pouze jedinou nabídku. Není tak vyloučeno, že při zadání veřejné zakázky v „běžném“ zadávacím řízení (obecně postupy dle § 13 odst. 1, resp. § 21

odst. 2 zákona č. 137), mohl obdržet více nabídek a tím případně dosáhnout i výhodnějších podmínek (zde zejména ceny), než jaké vyplynuly pouze z jediné nabídky podané vybraným uchazečem. Postup zadavatele tak mohl podstatně ovlivnit i výběr nejhodnější nabídky.

Uzavřením výše specifikovaných smluv, označených jako dodatek č. 1 a dodatek č. 2, s uchazečem vybraným postupy, při kterých zadavatel výše uvedeným způsobem porušil zákaz daný zákonem č. 137, proto byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137.

V rámci správního řízení Úřad prověřil rovněž skutečnost, zda v šetřeném případě nedošlo k naplnění skutkové podstaty i dalších správních deliktů a v této souvislosti konstatuje, že se zadavatel správních deliktů, vymezených v § 120 odst. 1 písm. b) až d) zákona č. 137, resp. v § 102 odst. 1 zákona č. 40, v šetřeném zadávacím řízení nedopustil.

K argumentům zadavatele uvedeným v jeho stanoviscích ze dne 18.7.2008 a ze dne 14.11.2008, které nezohlednil výše v odůvodnění, doplňuje Úřad následující.

K otázce vztahu pojmů „předpokládaná hodnota“ a „předpokládaná cena“ Úřad konstatuje, že cena obecně je peněžité vyjádření hodnoty věci. Zákon č. 40 i zákon č. 137 stanovují jako určující pro obecný postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek hodnotu veřejné zakázky, vyjádřenou její předpokládanou cenou (viz § 18 odst. 1 zákona č. 40 ... pro postup zadavatele při zadávání veřejných zakázek je rozhodující předpokládaná cena předmětu veřejné zakázky neobsahující DPH, resp. § 13 odst. 1 zákona č. 137 ... při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez DPH). Rovněž další dílčí pravidla pro stanovení předpokládané hodnoty či ceny jsou v obou zákonech obdobné. Oba zákony také vycházejí ze stejné „zadávací“ směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (k tomu viz čl. 9 bod 1. a bod 4. směrnice ...výpočet odhadované hodnoty zakázky je založen na celkové splatné sumě bez DPH, odhadované veřejným zadavatelem, tento výpočet bere v úvahu celkovou odhadovanou sumu, která zahrnuje jakoukoli formu případné opce nebo případná obnovení smlouvy...s ohledem na veřejné zakázky na stavební práce musí výpočet odhadované hodnoty vzít v úvahu jak cenu stavebních prací, tak celkovou odhadovanou cenu dodávek nezbytných pro provedení stavebních prací...). Zadavatel v oznámení o zakázce předpokládanou hodnotu veřejné zakázky formou její předpokládané ceny uvedl a její poměrnou část, připadající na předpokládanou cenu předmětu „opce“, do ní dle vlastního sdělení také zahrnul. Při porovnání ceny sjednané, kterou byl zadavatel povinen uhradit za plnění předmětu „opce“, vůči části předpokládané hodnoty plnění odpovídajícího opčnímu právu, která byla zadavatelem stanovena před zahájením původního zadávacího řízení formou poměrné části předpokládané ceny původní veřejné zakázky, se tedy jedná o srovnání dvou hodnot stejného obsahu. Z uvedeného důvodu Úřad nepřijal argumentaci zadavatele, založenou na odlišnosti aplikace obou pojmů a jimi vyjadřovaných skutečnostech, jako věcnou.

K argumentaci zadavatele faktory, které údajně ovlivnily cenu sjednanou za plnění předmětu veřejné zakázky při využití opčního práva (tj. inflace, změny cen materiálů, finanční dopady z použití úvěrů, příp. vybavení stavebního objektu SO 102 ve vyšším standardu než u stavebního objektu SO 101, apod.), Úřad konstatuje, že ve vztahu k podstatě posuzované věci nejsou tyto skutečnosti relevantní. Z pohledu zákona je pro posouzení věci zásadně rozhodující poměr obou relevantních hodnot předmětu opčního práva, tedy ceny předpokládané a ceny sjednané, kterou musel zadavatel za plnění předmětu „opce“ uhradit.

Z uvedeného důvodu nelze přijmout ani argumentaci zadavatele vedenou pomocí porovnávání „poměrů“ předpokládaných a smluvních cen předmětu původní veřejné zakázky s týmiž cenami předmětu „opce“. V souvislosti s tímto argumentem (bez vlivu na posuzovanou věc) Úřad navíc konstatuje, že zadavatel při stanovení těchto „poměrů“ používá jednak nepřesné údaje v souvislosti se „skutečnou“ cenou stavebního objektu SO 01, která byla dodatkem č. 2 upravena na celkových 1 173 394 183,00 Kč bez DPH (snížení ceny o práce a dodávky, které nebudou provedeny), jednak při porovnávání cen obou objektů zadavatel pomíjí skutečnost, že – tak jak sám uvádí – je stavební objekt SO 02 budován ve „vyšším standardu“ než stavební objekt SO 01, a tedy nelze kalkulovat, jak v této souvislosti činí zadavatel, se „stejnými podmínkami zadání“ obou staveb.

Ve věci závěrů, které učinilo v souvislosti s kontrolní akcí NKÚ č. 07/22 Výstavba Justičního areálu v Brně, v usnesení č. 4/IX/2008 Kolegium NKÚ a kterých se zadavatel dovolává – jak vyplývá z podkladů poskytnutých zadavatelem, kolegium NKÚ v usnesení o odvolání se zadavatele proti rozhodnutí o námitce proti obsahu kontrolního protokolu NKÚ konstatovalo, že „postup zadavatele při uplatnění opčního práva a jeho realizaci nelze posoudit jako porušení zákona a je proto důvodné podanému odvolání vyhovět“, a to bez jakéhokoliv dalšího odůvodnění – Úřad konstatuje, že podle § 112 odst. 2 písm. b) zákona č. 137, resp. § 94 odst. 1 zákona č. 40, je k rozhodování o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu s citovanými zákony, příslušný pouze Úřad. Závěry NKÚ proto nemohou být v tomto ohledu pro posouzení věci Úřadem závazné. Mimo to jak je uvedeno výše, odvolací orgán NKÚ svoje rozhodnutí neodůvodnil, takže nebylo možné ani posoudit, z jaké argumentace ve svém rozhodnutí odvolací orgán vycházel.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137 se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 mil. Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) citovaného ustanovení zákona. Cena veřejné zakázky (předmět „opce“), při jejímž zadání se zadavatel dopustil tohoto správního deliktu, činí v šetřeném případě 233 035 263,-- Kč, vč. DPH. Horní hranice možné pokuty tak činí 11 651 763,15 Kč. Podle § 121 odst. 2 zákona č. 137 Úřad 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. Úřad v této souvislosti doplňuje, že uložená pokuta má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení zákonných povinností a funkci preventivní, která směřuje k předcházení takového chování zadavatele.

Úřad při posuzování míry závažnosti správního deliktu vycházel v šetřeném případě ze zjištění, že zadavatel využil opčního práva neoprávněně. Předmět veřejné zakázky vymezený opčním právem tak byl zadán zjednodušeným způsobem v jednacím řízení bez uveřejnění, a to na základě pouze jediné nabídky. Tím došlo de facto k omezení soutěžního prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů, uvedených v § 25 odst. 1 zákona č. 137. Po uvážení všech výše uvedených zjištění a argumentů zadavatele však Úřad při stanovení výše uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložené sankce a stanovenou výši pokuty posoudil v souvislostech případu jako dostačující.

Před uložením pokuty Úřad ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona č. 137, a to, že odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán. V šetřeném případě došlo k protiprávnímu jednání zadavatele v době uzavření obou smluv, tedy dodatku č. 1 dne

7.3.2007 a dodatku č. 2 dne 23.10.2007. Podnět k prošetření postupu zadavatele (materiál NKÚ), na jehož základě toto správní řízení zahájil, Úřad obdržel dne 4.8.2008.

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

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, třída 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.

Mgr. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Krajský soud v Brně, Rooseveltova 648/16, 601 95 Brno

IMOS Brno, a. s., Olomoucká 174, 627 00 Brno

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

