Rozhodnutí bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. R165/2008. Obě citovaná rozhodnutí nabyla právní moci dne 6.1.2009

Č. j. S182/2008/VZ-14263/2008/540-Zaj V Brně dne 8. srpna 2008

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, zahájeném dne 4.7.2008 z vlastního podnětu, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Olomoucký kraj, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc,
- vybraný uchazeč – Siemens s.r.o., IČ 00268577, se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejných zakázkách „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“, „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“ a „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“ zadávaných jako zakázky malého rozsahu na základě výzev ze dne 19.7.2007,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel Olomoucký kraj, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů tím, že při uzavírání smluv na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“, „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“ a „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 13 odst. 1, 2 a 3 výše citovaného zákona, když před zahájením zadávacího řízení nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v souladu s pravidly stanovenými tímto zákonem a když rozdělil předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** zadavateli Olomouckému kraji, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc, **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 40 000,– Kč (čtyřicet tisíc korun českých).

Pokuta 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 1820850001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět k přezkoumání postupu Olomouckého kraje, IČ 60609460, se sídlem Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc (dále jen „zadavatel“), při uzavírání smluv na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“, „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“ a „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“.

Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci, kterou v souvislosti s uzavřením smluv na výše uvedené plnění pořídil, po jejímž přezkoumání zjistil následující skutečnosti.

Zadavatel zadal realizaci energeticky úsporných opatření ve vybraných objektech jako tři veřejné zakázky malého rozsahu tak, že dne 26.7.2007 zaslal na každý z vytipovaných objektů obsahově totožné výzvy sedmi uchazečům k podání nabídek na poskytování energetických služeb.

Zadavatel ve výzvách k podání nabídek ze dne 19.7.2007 stanovil rozsah zakázek tak, že veřejné zakázky zahrnují hmotné investice do energeticky úsporných opatření u objektů v majetku Olomouckého kraje. Ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel v rámci každého z objektů jednu nabídku, a to od uchazeče Siemens s.r.o., IČ 00268577, se sídlem Evropská 33a, 160 00 Praha 6 (dále jen „vybraný uchazeč“). Hodnotící komise po posouzení nabídky z hlediska splnění zadávacích podmínek a po kontrole věcného obsahu doložených dokumentů doporučila zadavateli vybrat pro realizaci všech veřejných zakázek vybraného uchazeče.

Dne 12.10.2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem ve veřejné zakázce „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“ smlouvu o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci energetických úspor s cenou za předmět smlouvy ve výši 7 681 061 Kč bez DPH.

Dne 12.10.2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem ve veřejné zakázce „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“ smlouvu o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci energetických úspor s cenou za předmět smlouvy ve výši 4 028 347 Kč bez DPH.

Dne 12.10.2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem ve veřejné zakázce „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“ smlouvu o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci energetických úspor s cenou za předmět smlouvy ve výši 2 280 602 Kč bez DPH.

Po přezkoumání dokumentace včetně obsahu výše uvedených smluv získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel tím, že zadal veřejné zakázky jako samostatné zakázky malého rozsahu a dne 12.10.2007 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvy o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci energetických úspor ve třech objektech ve vlastnictví zadavatele, postupoval v souladu se zákonem, a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona ve znění pozdějších předpisů jsou:

- zadavatel,

- vybraný uchazeč.

Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. S182/2008/VZ-12814/2008/540/Zaj ze dne 24.6.2008, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, zejména s pochybností, zda zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu v souladu s pravidly stanovenými v § 13 zákona, když s ohledem na jím určenou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadal veřejné zakázky samostatně jako veřejné zakázky malého rozsahu postupem mimo režim zákona, a zda nedošlo k porušení ust. § 13 odst. 3 zákona, podle něhož nesmí zadavatel rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona účinného v době odeslání výzev k podání nabídky.

Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. S182/2008/VZ-12905/2008/540/Zaj ze dne 24.6.2008 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Dne 4.7.2008, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno správní řízení z moci úřední.

Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 11.7.2008, ve kterém uvádí, že stanovení předpokládané hodnoty veřejných zakázek bylo velmi složité, neboť před jejich zadáním nedisponoval informacemi, které by umožňovaly přesně stanovit předpokládanou hodnotu veřejných zakázek. Z tohoto důvodu vycházel zadavatel ze zkušeností při řešení obdobných veřejných zakázek realizovaných na objektech ve vlastnictví orgánů veřejné správy. Podkladem pro odhad předpokládané hodnoty veřejných zakázek byla „Studie proveditelnosti realizace opatření z energetických auditů příspěvkových organizací Olomouckého kraje“ z dubna 2007 (dále jen

„studie“), ze které vyplynulo, že předpokládaná hodnota navržených energetických opatření u jednotlivých vybraných objektů nedosahuje finančního limitu 2 milionů Kč bez DPH. Průzkum trhu u těchto veřejných zakázek nebylo podle názoru zadavatele možné provést.

K namítanému rozdělení předmětu veřejné zakázky zadavatel uvádí, že rozhodl zadat každou veřejnou zakázku samostatně pro každý objekt, neboť předpokládal výrazně odlišné plnění na různě umístěných objektech. Zadavatel tak rozhodl rovněž z důvodu odlišného stavebního charakteru jednotlivých budov a odlišností technického řešení energeticky úsporných opatření na jednotlivých budovách. Zadavatel vycházel z předpokladu, že se jedná o různé veřejné zakázky z hlediska jejich realizace, a proto nesčítal jejich předpokládané hodnoty, přičemž zdůrazňuje, že při určení způsobu zadání veřejné zakázky nebylo jeho úmyslem obcházet zákon.

Vybraný uchazeč zaslal Úřadu vyjádření, které Úřad obdržel dne 15.7.2008, v němž vybraný uchazeč shrnuje průběh jednotlivých výběrových řízení a zároveň sděluje, že v předmětné věci nenavrhuje další dokazování a nemá, co by dodal nebo doplnil.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace, včetně obsahu smluv uzavřených dne 12.10.2007 zadavatelem s vybraným uchazečem, vyjádření předložených zadavatelem a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

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. Podle § 7 odst. 3 zákona se veřejné zakázky podle výše předpokládané hodnoty dělí na nadlimitní veřejné zakázky, podlimitní veřejné zakázky a veřejné zakázky malého rozsahu.

Podle § 13 odst. 1 zákona se předpokládanou hodnotou veřejné zakázky rozumí zadavatelem předpokládaná výše peněžitého závazku vyplývající z plnění veřejné zakázky, který je zadavatel povinen stanovit pro účely postupu v zadávacím řízení před jeho zahájením. Při stanovení předpokládané hodnoty je vždy rozhodná cena bez daně z přidané hodnoty.

Předpokládanou hodnotu stanoví zadavatel podle ust. § 13 odst. 2 zákona v souladu s pravidly stanovenými v tomto zákoně a na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje, stanoví předpokládanou hodnotu na základě údajů a informací získaných průzkumem trhu s požadovaným plněním, popřípadě na základě údajů a informací získaných jiným vhodným způsobem.

Z předložené dokumentace a z vyjádření zadavatele vyplývá, že realizaci energetických úspor v jednotlivých objektech zadal zadavatel jako veřejné zakázky malého rozsahu, a to výzvami ze dne 26.7.2007 k podání nabídek, zaslanými sedmi uchazečům. S vybraným uchazečem byly následně uzavřeny tři samostatné smlouvy o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci

energetických úspor. Finanční objem za poskytování energetických služeb činí dle uzavřených smluv celkem částku 13 990 010 Kč bez DPH.

Z uzavřené smlouvy ve veřejné zakázce na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“ vyplynulo, že energeticky úsporná opatření spočívají v odpojení objektů od centrálního zásobování teplem, a dále ve vybudování plynovodní přípojky, nové plynové kotelny a samostatného nerezového komínu v objektu SOŠ. Součástí investice je rovněž osazení systému pro dálkové sledování teplot a nastavení regulátorů, jako základní předpoklad pro aplikaci systému energetického managementu. Nový zdroj vytápění bude přepojen na centrální dispečink, který umožňuje kvalitnější regulaci dodávky tepla, čímž se dosáhne úspor.

Z uzavřené smlouvy ve veřejné zakázce na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Speciální školy a dětského domova Zábřeh v majetku Olomouckého kraje“ vyplynulo, že energeticky úsporná opatření spočívají ve vybudování plynové kotelny plynofikací stávající centrální elektrokotelny, vybudování samonosného nerezového komínu. Součástí investice je rovněž osazení systému pro dálkové sledování teplot a nastavení regulátorů, jako základní předpoklad pro aplikaci systému energetického managementu.

Z uzavřené smlouvy ve veřejné zakázce na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt Ústavu sociální péče Nové Zámky v majetku Olomouckého kraje“ vyplynulo, že energeticky úsporná opatření spočívají ve zprovoznění dvou stávajících kogeneračních jednotek, které nejsou využívány, dále v úpravě potrubního propojení, stávající systém měření bude doplněn o měřiče tepla a další regulační členy. Součástí investice je rovněž osazení systému pro dálkové sledování teplot a nastavení regulátorů, jako základní předpoklad pro aplikaci systému energetického managementu.

Podle svého vyjádření vycházel zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty z investičních nákladů opatření navržených ve studii, proto zadával veřejné zakázky jako zakázky malého rozsahu.

Zmiňovaná studie se zabývá možnostmi realizace energetických opatření a úspor v 99 objektech v majetku Olomouckého kraje. Studie obsahuje několik variant úsporných opatření tak, že zadavateli dává možnost posoudit varianty, které lze aplikovat na všechny objekty z hlediska ekonomické návratnosti vynaložených finančních prostředků, jako např. zateplení obvodových stěn, výměna oken, repase oken, izolování vnitřních konstrukcí, úpravy topného systému, instalace regulačních prvků, používání energeticky úsporných spotřebičů, energetický management. Ve studii jsou navržena konkrétní opatření pro jednotlivé objekty ve variantě beznákladové, nízkonákladové a vysokonákladové. V závěru obsahuje studie detailní popis navržených opatření u pěti vybraných objektů příspěvkových organizací v majetku Olomouckého kraje s uvedením investičních nákladů na provedená opatření, předpokládané úspory a doby návratnosti investice.

Ve výzvách k podání nabídek ze dne 19.7.2007, které zadavatel zaslal uchazečům, nejsou uvedena žádná konkrétní opatření, která mají být při realizaci energeticky úsporných opatření v jednotlivých objektech provedena – předmět veřejné zakázky je vymezen obecně jako dosažení energetických úspor ve spotřebě energie a v provozních nákladech, včetně jejich navržení a zavedení ze strany uchazeče. V této souvislosti Úřad konstatuje, že s ohledem na charakter veřejné zakázky a složitost pořizovaného plnění lze připustit i takové

vymezení předmětu veřejné zakázky, které ponechává návrh, rozsah a zavedení energetických opatření za účelem dosažení úspor na uchazečích, kteří se účastní zadávacího řízení.

Tato situace však nic nemění na povinnosti zadavatele řádně a v souladu se zákonem stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Je-li ze studie proveditelnosti, která byla podkladem pro určení předpokládané hodnoty, zřejmé, že pro dosažení účelu zadávacího řízení se nabízí několik variant (beznákladová, nízkonákladová a vysokonákladová), musí zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky uvažovat v maximálních možných hodnotách, a to tak, aby předpokládané hodnotě odpovídal způsob zadání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je tedy nutno brát v úvahu nejdražší variantu plnění předmětu veřejné zakázky (do předpokládané hodnoty veřejné zakázky je zadavatel povinen započítat cenu veškerých prací, dodávek či služeb poskytnutých uchazečem v rámci realizace veřejné zakázky), popřípadě provést průzkum trhu, na jehož základě zadavatel stanoví předpokládanou hodnotu veřejné zakázky.

V případě vybraných objektů byl ve studii proveden návrh souboru opatření v několika variantách, přičemž navržené investiční náklady, které byly dle tvrzení zadavatele podkladem pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, neodpovídaly maximálním možným hodnotám v případě, pokud by byla využita všechna navrhovaná opatření, včetně vysokonákladových.

Jak vyplývá z uzavřených smluv, byla následně realizována opatření zařazená mezi vysokonákladové varianty, a to i v jiném, než původně uvažovaném rozsahu. V objektu SOU Olomouc, pro nějž byla navrhována vesměs nízkonákladová opatření (utěsnění oken, výměna vrat, instalace pohybových čidel), byla vybudována nová plynová kotelna, plynovodní přípojka a samostatný komín, tj. opatření ve studii zařazována mezi vysokonákladová. Ve školském objektu v Zábřehu byla namísto uvažovaných beznákladových a nízkonákladových opatření realizována vysokonákladová varianta spočívající mimo jiné ve vybudování plynové kotelny. V objektu ÚSP Nové Zámky došlo k instalaci dvou kogeneračních jednotek (namísto uvažované jedné jednotky), opatření byla doplněna o instalaci měřičů tepla a systému pro dálkové sledování teplot. Z výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky neuvažoval v maximálních možných hodnotách, tj. ve vysokonákladové variantě, která byla v konečném důsledku převážně realizována. S ohledem na způsob vymezení předmětu veřejné zakázky přitom zadavatel musel předpokládat, že uchazeči ve svých nabídkách nabídnou různá řešení, včetně vysokonákladových.

Podle ust. § 13 odst. 3 zákona zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona.

Podle ust. § 12 odst. 5 zákona ve znění účinném v době zadávání se podlimitní veřejnou zakázkou rozumí veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota činí v případě veřejné zakázky na dodávky nebo služby nejméně 2 000 000 Kč bez DPH a v případě veřejné zakázky na stavební práce nejméně 6 000 000 Kč bez DPH a zároveň nedosáhne finančního limitu stanoveného pro nadlimitní veřejnou zakázku, který v případě veřejné zakázky na stavební práce činil v době zadávání 165 288 000 Kč.

Jak vyplývá z předložené dokumentace, uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem tři samostatné smlouvy o poskytování energetických služeb včetně dodávky souboru opatření a stavebních prací k realizaci energetických úspor. Finanční objem za poskytování

energetických služeb činí dle uzavřených smluv celkem částku 13 990 010 Kč bez DPH. Z předložených smluv a z vyjádření zadavatele ze dne 11.7.2008 vyplývá, že smlouvy byly uzavřeny v jeden den, práce byly prováděny na objektech ve vlastnictví zadavatele, že se jedná o práce stejného druhu, prováděné v úzké časové návaznosti stejným dodavatelem, a to na základě jedné studie proveditelnosti.

Skutečnost, jestli se v konkrétním případě jedná o jednu veřejnou zakázku, jejíž předmět byl rozdělen na části, či o více samostatných veřejných zakázek s odlišným předmětem plnění je nutné posuzovat podle toho, zda spolu veřejné zakázky věcně souvisí a zda jsou zadávány v úzké časové návaznosti.

Z vyjádření zadavatele a z předložené dokumentace vyplývá, že záměrem zadavatele bylo vybrat několik objektů v jeho vlastnictví, na kterých chtěl zadavatel vyzkoušet moderní způsob financování energetických opatření. K tomuto účelu měla zadavateli sloužit studie, která se zabývá možnostmi realizace energetických opatření a úspor v 99 objektech. V závěru obsahuje studie detailní popis navržených opatření u vybraných objektů příspěvkových organizací v majetku zadavatele s uvedením investičních nákladů na provedená opatření, předpokládané úspory a doby návratnosti investice, na základě nichž zadavatel realizoval předmětné veřejné zakázky.

Vybrané objekty jsou součástí jednoho záměru zadavatele v rámci tzv. pilotního projektu, ve kterém chce zadavatel po vyzkoušení pokračovat a realizovat energetická opatření v dalších objektech. Právě realizace pilotního projektu za účelem vyzkoušení možnosti energetických úspor v praxi svědčí o skutečnosti, že se jedná o týž záměr zadavatele zadat veřejnou zakázku na stejné plnění.

Hodlá-li zadavatel rozdělit předmět veřejné zakázky a zadávat samostatně, musí dbát na omezující opatření uvedené v § 13 odst. 3 zákona tak, že rozdělením předmětu veřejné zakázky nesmí předpokládaná hodnota poklesnout pod zákonné limity stanovené v § 12 zákona. Účelem předmětných ustanovení zákona je, aby se zadavatelé nemohli dělením předmětu veřejné zakázky vyhýbat zákonným postupům pro zadání veřejné zakázky.

Úřad na základě uvedených skutečností dospěl k závěru, že všechny veřejné zakázky se týkají realizace úsporných energetických opatření, a to na základě jedné studie, jejichž součástí je investice do energetických opatření a modernizace stávajícího způsobu vytápění, přičemž součástí všech veřejných zakázek je osazení systému pro dálkové sledování teplot a nastavení regulátorů, jako základní předpoklad pro aplikaci systému energetického managementu. Smlouvy na veřejné zakázky byly uzavřeny v jeden den, práce podobného druhu byly prováděny na objektech ve vlastnictví zadavatele, a to v úzké časové návaznosti stejným dodavatelem. Veřejná zakázka tedy tvoří jak z hlediska věcného, tak i z hlediska časového jeden celek.

Z výše uvedených důvodů nemůže Úřad akceptovat tvrzení zadavatele, že se rozhodl zadat veřejné zakázky samostatně, neboť vycházel z předpokladu, že se bude jednat o výrazně odlišné plnění stavebního charakteru na různých objektech, které vyžadují naprosto jiné řešení stávajících energetických potřeb.

Přestože předmětná veřejná zakázka tvořila jak z hlediska věcného tak i z hlediska časového jeden celek, zadavatel rozdělil veřejnou zakázku na tři části, které zadal jako veřejné zakázky malého rozsahu. Zadavatel porušil zákaz stanovený v ust. § 13 odst. 3 zákona, když

rozdělil předmět veřejné zakázky, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod zákonem stanovený finanční limit pro podlimitní veřejnou zakázku. Uvedeným postupem zadavatel způsobil, že předmět veřejné zakázky byl v rozporu se zákonem rozdělen na veřejné zakázky malého rozsahu, které zadavatel není povinen zadávat postupem podle zákona, čímž se vyhnul povinnosti zadat veřejnou zakázku na realizaci energetických opatření v některém z odpovídajících zadávacích řízení postupem podle zákona.

Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:

a) otevřené řízení,
b) užší řízení,
c) jednací řízení s uveřejněním,
d) jednací řízení bez uveřejnění,
e) soutěžní dialog,
f) zjednodušené podlimitní řízení.

Podle ust. § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Podle ust. § 21 odst. 3 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek uvedených v § 24 soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zjednodušené podlimitní řízení.

Z ust. § 13 zákona vyplývá, že předpokládaná hodnota předmětu veřejné zakázky je rozhodná pro určení postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. V šetřeném případě neodpovídala zadavatelem stanovená předpokládaná hodnota předmětu plnění ani plnění nabízenému vybraným uchazečem v jeho nabídkách, na základě kterých byly následně uzavřeny smlouvy. V důsledku tohoto postupu zadavatele byla realizace energetických opatření v jednotlivých objektech zadavatele provedena ve výběrových řízeních mimo režim zákona, přestože předpokládaná hodnota veřejné zakázky přesahovala finanční limit stanovený zákonem pro veřejnou zakázku malého rozsahu. Finanční objem za poskytování energetických služeb činí dle uzavřených smluv celkem částku 13 990 010 Kč bez DPH, z čehož vyplývá, že zadavatel měl veřejnou zakázku na požadované plnění zadat jako podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce v některém z odpovídajících zadávacích řízení postupem v souladu se zákonem.

Limit pro podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce přitom překračuje i samotná smlouva ze dne 12.10.2007 uzavřená na „Poskytování energetických služeb se zaručeným výsledkem pro objekt SOU Olomouc v majetku Olomouckého kraje“ s cenou plnění ve výši 7 681 061 Kč bez DPH. Pokud by tedy zadavatel řádným způsobem stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky musel by realizaci energetických opatření v tomto objektu zadat postupem pro podlimitní veřejnou zakázku i při odděleném zadávání jednotlivých objektů.

Z výše uvedených skutečností i ze stanoviska zadavatele je zřejmé, že zadavatel před uzavřením smluv nepostupoval podle zákona, neboť veřejnou zakázku nezadal v některém ze zadávacích řízení stanoveném v § 21 zákona. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky.

Přestože zadavatel v šetřeném případě obeslal na každý z objektů výzvou k podání nabídky 7 zájemců, nejednalo se o postup, který by byl v souladu se zákonem, neboť

zadavatel nezadal podlimitní veřejnou zakázku v zadávacím řízení postupem podle zákona. Jeho postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v rámci transparentně provedeného zadávacího řízení obdržel i jiné, pro něj výhodnější, nabídky na požadované plnění.

Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 13 odst. 1, 2 a 3 zákona když před zahájením zadávacího řízení nestanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky v souladu s pravidly stanovenými tímto zákonem a když rozdělil předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pokud by totiž zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a provedl by zadávací řízení dle zákona, nelze vyloučit, že by obdržel nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky, než vybraný uchazeč, se kterým uzavřel zadavatel smlouvy.

Uložení pokuty

Podle § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a v 147 pro uveřejňování.

V případě šetřené veřejné zakázky se zadavatel správního deliktu dopustil tím, že nestanovil řádně a v souladu se zákonem předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a že porušil zákaz rozdělit předmět veřejné zakázky, čímž došlo ke snížení její předpokládané hodnoty pod finanční limit stanovený zákonem pro podlimitní veřejnou zakázku, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení. Svým postupem zadavatel způsobil, že podlimitní veřejná zakázka byla zadána mimo režim zákona, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Jelikož zadavatel uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Podle § 121 odst. 2 zákona při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, se přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Podle § 121 odst. 3 zákona ve znění pozdějších předpisů odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 27.3.2008. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 26.7.2007, kdy zadavatel zaslal v rámci jednotlivých

výběrových řízení výzvy k podání nabídek na veřejné zakázky malého rozsahu. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.

Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) tohoto zákona.

Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí 13 990 010 Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku ve výši 699 500 Kč.

Podle § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel v rámci veřejných zakázek malého rozsahu provedl výběrová řízení, když výzvu k podání nabídky zaslal ve všech případech 7 zájemcům, a že veřejnou zakázku na realizaci energetických opatření nezadal vybranému uchazeči přímo, tj. zcela s vyloučením konkurence a bez jakéhokoliv výběrového řízení.

Současně však nelze odhlédnout od skutečnosti, že zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by před uzavřením smlouvy provedl zadávací řízení postupem podle zákona, čímž znemožnil účast dalších případných dodavatelů v zadávacím řízení a omezil tak soutěžní prostředí. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a podlimitní veřejnou zakázku zadal v některém ze zadávacích řízení, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější podmínky pro poskytnutí požadovaných služeb.

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 a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Proto Úřad uložil pokutu v samé dolní hranici zákonné sazby.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť předmětné smlouvy na realizaci veřejné zakázky jsou uzavřené a nápravy již nelze dosáhnout.

<u>Poučení</u>:

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, 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. Jindřiška Koblihová
II. místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Olomoucký kraj, Jeremenkova 40a, 779 11 Olomouc

Siemens s.r.o., Evropská 33a, 160 00 Praha 6

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce