UOHSX001618S

Č. j.ÚOHS-S26/2009/VZ-3105/2009/540/KKo V Brně dne 14. dubna 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 26.2.2009 z moci úřední, jehož účastníky jsou

- zadavatel – SARA MB, s.r.o. (která ke dni zahájení správního řízení podnikala pod obchodním jménem Koupaliště Mladá Boleslav s.r.o.), IČ: 28168151, se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav, za niž jedná MUDr. Raduan Nwelati, jednatel,

- vybraný uchazeč – Silesia WM s.r.o, IČ: 26817837, se sídlem Ke Kamenině 89/12, 711 00 Ostrava - Hrušov, za niž jedná Martin Mazánek, jednatel,

ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavírání kupní smlouvy ze dne 8.8.2008 na nákup stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion v Mladé Boleslavi,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - SARA MB, s.r.o., IČ: 28168151, se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav - 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 kupní smlouvy ze dne 8.8.2008 na nákup stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion v Mladé Boleslavi nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona, když neprovedl zadávací řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku již byla dne 8.8.2008 uzavřena smlouva.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli - společnosti SARA MB, s.r.o., IČ: 28168151, se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav, **ukládá 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 0260950001.

Odůvodnění

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 22.11.2008 podnět k přezkoumání postupu statutárního města Mladá Boleslav při zadávání veřejné zakázky na nákup stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion. Na základě skutečností uvedených v přijatém podnětu, na základě článku uveřejněného dne 15.8.2008 na oficiálních internetových stránkách statutárního města www.mb-net.cz a na základě referencí společnosti Silesia WM s.r.o. umístěných na internetových stránkách www.silesiawm.cz Úřad zjistil, že pro zimní stadion byl zakoupen stroj na úpravu ledové plochy. Úřad si proto statutárního města vyžádal vyjádření k podanému podnětu a k zjištěným skutečnostem včetně veškeré dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou.

Dne 26.1.2009 Úřad obdržel od statutárního města vyjádření, ve kterém je uvedeno, že vlastníkem a provozovatelem zimního stadionu je společnost Koupaliště Mladá Boleslav s.r.o., která ke dni 13.3.2009 změnila svůj název na SARA MB, s.r.o., IČ: 28168151, se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav, za niž jedná MUDr. Raduan Nwelati, jednatel (dále jen „zadavatel“). Zadavatel dne 8.8.2008 uzavřel se společností Silesia WM s.r.o, IČ: 26817837, se sídlem Ke Kamenině 89/12, 711 00 Ostrava Hrušov, za niž jedná Martin Mazánek, jednatel (dále jen „vybraný uchazeč“), kupní smlouvu na nákup stroje na úpravu ledové plochy typu WM Junior Eletric v ceně 2 480 000,- Kč bez DPH.

Na základě výše uvedených skutečností získal Úřad důvodné pochybnosti o postupu zadavatele že při uzavírání smlouvy ze dne 8.8.2008 na nákup stroje na úpravu ledové plochy a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

Úřad oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-1089/2009/540/KKo ze dne 19.2.2009 zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem při uzavírání kupní smlouvy ze dne 8.8.2008 na nákup stroje na úpravu ledové plochy pro zimní stadion v Mladé Boleslavi. Obsahem oznámení byly skutečnosti, které budou podkladem pro rozhodnutí, tj. zda společnost SARA MB, s.r.o. naplňuje definici veřejného zadavatele, zda byla řádně stanovena předpokládaná hodnota veřejné zakázky a zda uzavření smlouvy na nákup stroje na úpravu ledové plochy bez použití odpovídajícího druhu zadávacího řízení je v souladu se zákonem.

Přílohou shora uvedeného oznámení bylo usnesení č. j. ÚOHS-S26/2009/VZ-1090/2009/540/KKo ze dne 19.2.2009, kterým Úřad stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:

- zadavatel,
- vybraný uchazeč.

Dnem 26.2.2009, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo správní řízení zahájeno.

Společnost SARA MB, s.r.o. se k podkladům rozhodnutí vyjádřila dopisem ze dne 2.3.2009, ve kterém uvádí, že společnost byla založena za účelem zajištění správy a modernizace areálu koupaliště v Mladé Boleslavi, později město do společnosti vložilo další sportovní zařízení, které zadavatel spravuje, provádí opravy a modernizaci a využívá je k vlastní podnikatelské činnosti. Podle názoru společnosti SARA MB, s.r.o. není založena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu ve smyslu ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona, nýbrž byla založena za účelem podnikání a s ním spojené správy a údržby majetku, který využívá ke své podnikatelské činnosti. Společnost SARA MB, s.r.o. nelze považovat ani za dotovaného nebo sektorového zadavatele.

Vybraný uchazeč se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení ve stanovené lhůtě, ani později nevyjádřil.

Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obsahu kupní smlouvy a vyjádření zadavatele 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.

Úřad se nejprve zabýval otázkou, zda společnost SARA MB, s.r.o. naplňuje definici veřejného zadavatele podle zákona.

Ustanovení § 2 odst. 2 písm. d) zákona uvádí, že veřejným zadavatelem je i jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

Jak Úřad na základě výpisu z obchodního rejstříku zjistil, je předmětem podnikatelské činnosti zadavatele mj. též provozování tělovýchovných a sportovních zařízení a zařízení sloužících k regeneraci a rekondici. Z článků uveřejněných na oficiálních internetových stránkách města (www.mb-net.cz) dále vyplývá, že zadavatel byl založen zejména za účelem zlepšení využitelnosti areálu zimního stadionu pro veřejnost.

Jediným společníkem zadavatele je statutární město Mladá Boleslav (dále jen „společník“). Ze zakladatelské listiny zadavatele vyplývá, že orgány společnosti jsou valná hromada a jednatel. Veškerou rozhodovací činnost zadavatele provádí valná hromada. Působnost valné hromady vykonává společník.

Statutární město Mladá Boleslav na základě usnesení zastupitelstva č. 2164 ze dne 22.5.2008 schválilo nepeněžitý vklad zadavateli, kterým převedlo zadavateli svůj majetek, a to zejména zimní stadion včetně s ním spojených nemovitostí. Zadavatel dále získal od statutárního města Mladá Boleslav na počáteční provoz areálu půjčku ve výši 55 000 000,- Kč splatnou v ročních splátkách počínaje rokem 2011 se splacením nejpozději do roku 2058.

K naplnění definice veřejného zadavatele Úřad uvádí, že pojem veřejného zadavatele podle § 2 odst. 2 písm. d) zákona je potřeba vykládat ve funkčním smyslu, tzn. že při zjišťování, zda je určitý subjekt veřejným zadavatelem, je nezbytné vycházet z účelu zřízení a povahy činností subjektu. Vzhledem k tomu, že zákon o veřejných zakázkách dále nespecifikuje, co se rozumí pod pojmem „uspokojování potřeb veřejného zájmu nemající průmyslovou nebo obchodní povahu“ je pro objasnění smyslu této definice potřebné vycházet mimo jiné z judikatury Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“).

Při řešení otázky naplnění definice veřejného zadavatele vycházel Úřad v šetřeném případě z relevantních rozhodnutí ESD, a to zejména z rozsudku ESD ze dne 10.11.1998, C-360/96 Gemeente Arnhem a Gemeente Rheden vs. BFI Holding Bv., a rozsudku ESD ze dne 22.5.2003, C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy a další vs. Varkauden Taitotalo Oy, ECR 2003, s. I-05321, bod 48. Z citovaných rozhodnutí vyplývá, že zadavatel (společnost s ručením omezeným), který je vlastněn regionálními nebo místními orgány, splňuje podmínku uspokojování potřeb veřejného zájmu tehdy, jestliže zajišťuje služby za účelem rozvoje průmyslových nebo obchodních aktivit na území, které spadá do působnosti zřizujícího regionálního nebo místního orgánu. Pro stanovení, zda zajišťované služby mají či nemají průmyslový nebo obchodní charakter, je potřebné přihlížet k okolnostem, za kterých byl zadavatel založen, a k podmínkám, za jakých provozuje svoji činnost. Při posuzování výše uvedených skutečností je nutné brát ohled na to, že primárním cílem zadavatele není vytváření zisku, že plně nenese ekonomická rizika spojená s výkonem takové činnosti (např. z důvodu, že zřizující orgán by z největší pravděpodobností nepřipustil, aby byl na zadavatele vyhlášen konkurz) a že činnost zadavatele je financována s veřejných zdrojů.

Pro úplnost Úřad uvádí, že v případě, kdy určitý subjekt vykonává částečně činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu a současně i jinou běžnou obchodní činnost, je považován za zadavatele v plném rozsahu své činnosti, jak vyplývá mj. z rozsudku ESD ze dne 15.1.1998, C–44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG a další vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, s. I-00073.

Na základě výše uvedených skutečností, vlastních zjištění a s přihlédnutím k uvedeným rozsudkům ESD dospěl Úřad k závěru, že v šetřeném případě je činnost zadavatele činností sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu. Jak vyplývá z výše uvedeného, je důvodem, pro který byl zadavatel založen, mimo jiné zlepšení využitelnosti zimního stadionu a dalších zařízení pro veřejnost. Úřad dále podotýká, že zadavatel není zcela vystaven konkurenčnímu prostředí trhu a ekonomickým rizikům souvisejícím s vykonávanou činností, a to zejména z důvodu, že u zadavatele došlo k poměrně rozsáhlé podpoře ze strany jeho zakladatele, kdy zadavatel získal majetek města ve výši cca 234 000 000,- Kč a kdy město poskytlo zadavateli půjčku ve výši 55 000 000,- Kč s poměrně dlouhou dobou splatnosti (na dobu 50 let). Zadavatel je zároveň zcela ovládán veřejným zadavatelem (tj. statutárním městem Mladá Boleslav), jak vyplývá mj. ze zakladatelské listiny. I když současně je cílem zadavatele vytváření zisku z provozování zimního stadionu a dalších zařízení, vzhledem k tomu, že mimo jiné zajišťuje optimální podmínky pro využívání svěřených zařízení širokou veřejností, vykonává činnost sloužící k uspokojování potřeb veřejného zájmu.

Ustanovení § 13 zákona uvádí, že předpokládanou hodnotou veřejné zakázky se 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. Předpokládanou hodnotu stanoví zadavatel 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.

Podle ustanovení § 21 odst. 1 zákona je zadavatel povinen veřejnou zakázku zadat v některém z těchto zadávacích řízení:

- otevřené řízení,
- užší řízení,
- jednací řízení s uveřejněním,
- jednací řízení bez uveřejnění,
- soutěžní dialog,
- zjednodušené podlimitní řízení.

Ustanovení § 21 odst. 2 a 3 zákona umožňuje zadavateli pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění. Veřejný zadavatel je dále oprávněn pro zadání veřejné zakázky použít za podmínek stanovených v § 24 zákona soutěžní dialog a za podmínek podle § 25 zákona zjednodušené podlimitní řízení.

V šetřeném případě se Úřad zabýval otázkou, jaká je předpokládaná hodnota veřejné zakázky na dodávku stroje na úpravu ledové plochy. S ohledem na úzkou provázanost zadavatele se statutárním městem Mladá Boleslav přitom vycházel z předchozího výběrového řízení statutárního města Mladá Boleslav, které bylo zahájeno necelé dva měsíce před uzavřením kupní smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem a které bylo následně zrušeno, neboť všechny podané nabídky překročily částku 2 000 000,- Kč. O překročení finančního limitu 2 000 000,- Kč vypovídá i kupní cena ve výši 2 480 000,- Kč bez DPH. Na základě uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že s ohledem na předpokládanou hodnotu jde o podlimitní veřejnou zakázku, kterou byl zadavatel povinen zadat v odpovídajícím druhu zadávacího řízení.

Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že společnost SARA MB, s.r.o. splňuje podmínky stanovené v § 2 odst. 2 písm. d) zákona a z tohoto důvodu naplňuje definici veřejného zadavatele. Zadavatel měl tedy povinnost postupovat při uzavírání smlouvy na nákup stroje na úpravu ledové plochy podle ustanovení § 21 zákona a zadat veřejnou zakázku v některém z uvedených zadávacích řízení. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel řádně vyhlásil veřejnou zakázku v souladu se zákonem, mohl obdržet více nabídek, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto nabídek byla ekonomicky výhodnější. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

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 při uzavírání kupní smlouvy nepoužil odpovídající druh zadávacího řízení stanovený v § 21 odst. 1 zákona. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že v případě, kdy by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a veřejnou zakázku zadal dle zákona, mohl obdržet i nabídky jiných dodavatelů, kteří by mohli nabídnout nižší nabídkovou cenu než vybraný uchazeč. Jelikož zadavatel uzavřel smluvní vztah (kupní smlouva ze dne 8.8.2008) s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Podle § 121 odst. 3 zákona 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 22.11.2008. Z uvedeného 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 2 480 000,- Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 124 000,- 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 svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídky. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout nižší cenu požadovaného plnění.

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 posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující.

S ohledem na skutečnost, že se zadavatel domníval, že nenaplňuje definici veřejného zadavatele, přihlédl Úřad k preventivnímu charakteru uložené pokuty s předpokladem, že zadavatel k tomuto rozhodnutí přihlédne a další veřejné zakázky bude v budoucnu zadávat postupem podle zákona. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o koupi stroje na úpravu ledové plochy a nápravy již tedy 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, 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. Pavel Herman
ředitel sekce veřejných zakázek

Obdrží:

SARA MB, s.r.o., se sídlem Kollárova 261, 293 01 Mladá Boleslav

Silesia WM s.r.o, se sídlem Ke Kamenině 89/12, 711 00 Ostrava - Hrušov

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce