



UOHSX003KBHL

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu

V Brně dne: 12. května 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 28. 12. 2010 podaném zadavatelem –

- **obcí Vendryně**, IČ 63026112, se sídlem Vendryně 500, 739 94 Vendryně, za niž jedná Ing. Rudolf Bilko, starosta,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22. 11. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – obce Vendryně, IČ 63026112, se sídlem Vendryně 500, 739 94 Vendryně, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Oprava české základní školy Vendryně č. p. 263**“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 19. 5. 2008, a dále při zadávání veřejných zakázek malého rozsahu „**Oprava české školy SO 02: Přístavba stravovacího pavilonu**“, zadávané na základě výzvy k podání nabídek ze dne 30. 6. 2008, a „**Oprava základní školy Vendryně – tělocvična**“, zadávané na základě výzvy k podání nabídek ze dne 4. 8. 2008, jehož dalšími účastníky jsou vybraní uchazeči –

- společnost **T-DEX, s. r. o.**, IČ 25388746, se sídlem Oldřichovice 175, 739 61 Třinec, za niž jedná Ing. Jana Přerovská, jednatelka, a
- společnost **Milan Holec stavební firma, s. r. o.**, IČ 26861178, se sídlem Nábřežní 1029, 739 61 Třinec, za niž jedná Ing. Iveta Holcová, jednatelka,

jsem podle § 152 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, s přihlédnutím k ustanovení § 90 odst. 1 písm. c) a § 152 odst. 4 téhož zákona rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22. 11. 2010 v části výroku I.

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22. 11. 2010

mění

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – obci Vendryně, IČ 63026112, se sídlem Vendryně 500, 739 94 Vendryně, ukládá pokuta ve výši 10 000 Kč (slovy: deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – obec Vendryně, IČ 63026112, se sídlem Vendryně 500, 739 94 Vendryně (dále jen „zadavatel“), zahájil odesláním výzvy ze dne 19. 5. 2008 v souladu s § 26 odst. 1 písm. b) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), zjednodušené podlimitní řízení na realizaci veřejné zakázky s názvem „Oprava české základní školy Vendryně č. p. 263“. Dále zadavatel na základě výzvy k podání nabídek ze dne 30. 6. 2008 zadal zakázku malého rozsahu s názvem „Oprava české školy SO 02: Přístavba stravovacího pavilonu“, a na základě výzvy ze dne 4. 8. 2008 veřejnou zakázku malého rozsahu s názvem „Oprava základní školy Vendryně – tělocvična“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné v době provedení úkonu Úřadu

pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Na základě obdrženého podnětu a vyžádané dokumentace zahájil Úřad ke dni 29. 4. 2010 z moci úřední správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, neboť nabyl podezření, zda se zadavatel svým postupem nedopustil nepřipustného dělení předmětu veřejné zakázky pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, a dále, zda uzavřením dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo uzavřené se společností T-DEX, s. r. o., IČ 25388746, se sídlem Oldřichovice 175, 739 61 Třinec (dále jen vybraný uchazeč T-DEX) dne 4. 8. 2008 neporušil § 82 odst. 2 zákona. Za účastníky správního řízení Úřad označil zadavatele, vybraného uchazeče T-DEX a společnost Milan Holec stavební firma, s. r. o., IČ 26861178, se sídlem Nábřežní 1029, 739 61 Třinec (dále jen „vybraný uchazeč Milan Holec“).
3. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že jednotlivé části prací na opravě objektu byly už v době projektování rozčleněny do stavebních souborů tak, aby je bylo možné postupně a samostatně realizovat a takto je použít v žádostech o dotace z vyhledovaných dotačních programů. Zadavatelova žádost o dotace nicméně nebyla úspěšná a dle jeho tvrzení nebyla oprava tělocvičny technicky proveditelná bez současné výměny oken a opravy navazujících omítek. K otázce uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě ze dne 4. 8. 2008 zadavatel uvedl, že dodatek neřešil zálohové platby, ale pouze dílčí platby za skutečně provedené práce. Rozdělení předmětu veřejné zakázky tak rozhodně nebylo motivováno snahou o zjednodušení zadávacích řízení. Zadavatel na všechny veřejné zakázky zadávací řízení zorganizoval, byť ve formě zjednodušeného podlimitního řízení tak, aby dodržel zásady transparentnosti, a proto je přesvědčen, že neporušil zákon a ani nespáchal správní delikt.

II. Napadené rozhodnutí

4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 22. 11. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení a dále v ustanovení § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a smlouvy o dílo již byly uzavřeny (výrok I. napadeného rozhodnutí). Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 50 000 Kč (výrok II. napadeného rozhodnutí).
5. Orgán dohledu se v odůvodnění citovaného rozhodnutí nejprve vyjádřil k dělení předmětu veřejné zakázky. S odkazem na § 7 odst. 3, § 12 odst. 2 a § 13 odst. 3 zákona uvedl, že zadavatel má dle příslušných ustanovení zákona právo vymezit předmět veřejné zakázky podle vlastního rozhodnutí. Zároveň je však povinen dodržet pravidlo zakazu dělení předmětu veřejné zakázky, pokud by v důsledku toho došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona. Zda se v daném případě jedná o jednu

veřejnou zakázku, či o více samostatných veřejných zakázek s odlišným předmětem plnění, je nutné posuzovat podle toho, zda spolu pořizovaná plnění věcně, místně a časově souvisí a zda jsou zadávána v úzké časové návaznosti, popř. zda tvoří jeden funkční celek. Předmětem všech šetřených veřejných zakázek jsou stavební práce na objektu české základní školy v obci Vendryně tak, jak jsou popsány v projektové dokumentaci, v níž jsou rozděleny na jednotlivé stavební objekty. Věcná souvislost tedy vyplývá přímo ze skutečnosti, že předmětem plnění všech šetřených veřejných zakázek jsou stavební práce obdobného charakteru na objektech umístěných v jednom areálu za účelem jejich zrekonstruování. Navíc je naplněno i hledisko místní souvislosti, neboť všechny objekty, které byly předmětem stavebních prací, se podle projektové dokumentace nacházejí v tom samém areálu a tvoří jeden funkční celek. Pokud jde o časovou souvislost jednotlivých plnění šetřených veřejných zakázek, z dokumentací k veřejným zakázkám vyplývá, že výzvy k jednotlivým plněním zadavatel odeslal resp. doručil v průběhu května až srpna 2008 (SO 01 dne 19. 5. 2008, SO 02 dne 2. 7. 2008, SO 03 dne 5. 8. 2008), že stavební práce byly realizovány v průběhu období od července do listopadu 2009 (SO 01 od 1. 7. 2008 do 17. 10. 2008, SO 02 od 15. 7. 2008 do 15. 9. 2008, SO 03 od 15. 8. 2008 do 10. 10. 2008) a smlouvy o dílo k jednotlivým plněním byly postupně uzavřeny v jednom časovém období (v případě SO 01 dne 30. 6. 2008, přičemž dodatek č. 1 k této smlouvě byl uzavřen dne 4. 8. 2008, v případě SO 02 dne 14. 7. 2008, v případě SO 03 dne 3. 9. 2008) v rámci jednoho hospodářského roku. I z vyjádření zadavatele je zřejmé, že oprava všech tří objektů v areálu české základní školy, byla záměrem zadavatele (taktéž podával společnou žádost o dotace), přičemž jednotlivé soubory konkrétních stavebních prací na jednotlivých objektech školy zadával na základě žádostí o dotace. Ze smlouvy o poskytnutí dotace z rozpočtu Regionální rady ze dne 1. 12. 2008 vyplývá, že dotace z rozpočtu Regionální rady byla poskytnuta na rekonstrukci ZŠ Vendryně v objektu staré školy (budova A) a tělocvičny ve výši 9 066 983,36 Kč a zadavatel sám se měl na realizaci veřejných zakázek podílet částkou ve výši 735 160,82 Kč z jiných zdrojů. V této souvislosti není z pohledu zákona rozhodné, kolik a jakých zdrojů financování má zadavatel k dispozici ani kolik projektových dokumentací bylo pro účely realizace veřejné zakázky zpracováno. Z tohoto důvodu tedy neobstojí argument zadavatele, že stavební práce zadával podle souborů prací vymezených v žádostech o dotace podle jednotlivých dotačních programů. Zadavatel měl do předpokládané hodnoty veřejné zakázky započítat veškeré stavební práce, které zamýšlel provést při opravě české základní školy, neboť se jedná o jednu veřejnou zakázku. Vzhledem k výši závazku, který zadavateli z realizace stavebních prací vznikl, měl zadavatel zvolit při zadávání veřejné zakázky odpovídající druh zadávacího řízení, stanovený v § 21 zákona. To se však v tomto případě nestalo a zadavatel nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona tím, že rozdělil předmět veřejné zakázky, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený v § 21 citovaného zákona a neprovedl zadávací řízení a smlouvy o dílo byly již uzavřeny. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by jinak zadavatel obdržel i jiné nabídky nebo by byla vybrána nabídka jiného uchazeče.

6. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zaměřil na problematiku změny smlouvy. S odkazem na § 82 odst. 2 zákona uvedl, že otázkou, za jakých podmínek mohou být změněny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem (dodavatelem či

poskytovatelem služeb), se zabýval rovněž Evropský soudní dvůr (dále též jen „ESD“) ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich*, C-454/06 ze dne 19. 6. 2008, kde mimo jiné konstatoval, že: „(...) relevantním kritériem pro určení, zda sjednání takového ustanovení představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy (...)“, přičemž ESD zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: „Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“. Soudní dvůr dále konstatoval, že „(...) změna takové podmínky během doby platnosti zakázky při neexistenci výslovného zmocnění v tomto smyslu, obsaženého v původní veřejné zakázce, by znamenala riziko porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči (...)“. Zadavatel tedy není oprávněn s uchazečem před uzavřením smlouvy vyjednávat o změně návrhu smlouvy obsaženého v nabídce. Lze však připustit změny nepodstatné, např. změny technického charakteru, jako jsou změny kontaktních údajů. V šetřené veřejné zakázce došlo dodatkem č. 1 ke smlouvě o dílo ke změně původních zadávacích podmínek, a to v rozporu se zadáním i nabídkou vybraného uchazeče T-DEX. Zadavatel umožnil průběžné financování stavebních prací, a tím zvýhodnil vybraného uchazeče T-DEX oproti jiným potencionálním dodavatelům, neboť ostatní uchazeči při vypracovávání a podávání svých nabídek vycházeli z původně stanovených podmínek zadání, přičemž jeden ze zadavatelem vyzvaných dodavatelů vyhodnotil stanovené platební podmínky jako neakceptovatelné, a z tohoto důvodu se z účasti v zadávacím řízení omluvil. Způsob stanovení platebních podmínek může být při rozhodování, zda se určitý dodavatel účastní zadávacího řízení, či nikoliv, rozhodujícím faktorem. S ohledem na výše cit. rozsudek ESD zadavatel tím, že po uzavření smlouvy dodatkem změnil platební podmínky původního návrhu smlouvy, zavedl podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů, nebo by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata, a porušil proto § 82 odst. 2 zákona. Jeho postup tedy mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet více nabídek, přičemž nelze vyloučit, že by některá z těchto nabídek byla ekonomicky výhodnější.

III. Námitky rozkladu

7. Zadavatel v podaném rozkladu shodně s podaným vyjádřením k zahájenému správnímu řízení uvedl, že jednotlivé stavební akce rozčlenil již v době projektování do jednotlivých stavebních souborů, které měly být časově postupně a každý samostatně realizovány v návaznosti na možné dotace poskytované různými subjekty v rámci zvláštních, postupně vyhlašovaných dotačních programů, z nichž každý byl vyhlašován za jiným účelem. Protože zadavatel nakonec neobdržel dotaci z Operačního programu životního prostředí na výměnu

oken v tělocvičně, byl nucen při realizaci opravy tělocvičny (SO 03) v rámci projektu dotovaného Regionálním operačním programem operativně rozhodnout, zda je možno neprovést výměnu oken a navazující omítky. Ukázalo se však, že i tyto práce bude nutné realizovat, a proto zadavatel vyhlásil samostatné výběrové řízení na tuto zakázku malého rozsahu.

8. K poukázání dílčí platby na základě dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo č. 04/2008/T ze dne 4. 8. 2008, zadavatel uvádí, že nešlo o změnu smluvních podmínek spočívajících v dohodnutí zálohových plateb, ale že se jednalo o jedinou a jednotlivou dílčí platbu za skutečně provedené práce, výjimečně poukázanou vybranému uchazeči T-DEX na základě jeho žádosti.
9. V další části podaného rozkladu zadavatel připomíná, že je poměrně malou obcí s úzkým administrativním aparátem, která si veškeré své záležitosti snaží řešit sama, aniž by zvyšovala výdaje obce na externí poradenské služby. Mohlo se tudíž stát, že zadavatel nedodržel literu zákona, přestože se snažil řídit jeho duchem, tj. dodržet zásadu průhlednosti výběru uchazečů, což bylo prokázáno řádným organizováním zadávacích řízení, byť ve formě zjednodušeného podlimitního řízení. Rozhodně nebyl veden úmyslem zákon obejít. Podotýká, že praktické zkušenosti mluví ve prospěch menších zakázek, neboť u velkých zpravidla vítězí velké firmy, ale nakonec zakázku v subdodávkách stejně realizují firmy menší. Navíc dodává, že se snažil ve prospěch obce maximálně využít všech nabízejících se dotačních programů, protože bez nich by nebylo možné rekonstrukci a přístavbu realizovat. Zadavatel dodává, že se necítí být vinen za spáchání správního deliktu ani úmyslně, ani z nedbalosti, neboť po celou dobu je přesvědčen o tom, že se jedná o tři samostatné veřejné zakázky, které nelze slučovat. Není ani směřodonné, že se týkají jedné školy.
10. V závěrečné části rozkladu vyjadřuje zadavatel obavu, že ačkoli vlastní výše pokuty není pro obec likvidační, bude nucen vrátit obdržené dotace na výše uvedené akce. Uvádí v této souvislosti, že je v současné době nucen budovat kanalizaci a za tímto účelem si vzít úvěr ve výši cca 50 mil. Kč, který bude splácet po dobu 10 let. Pokud by zadavatel musel vrátit i poskytnuté dotace ve výši cca 7 mil. Kč, bude takové zatížení pro obec neúnosné. Z výše uvedených důvodů zadavatel navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo na podkladě rozkladové argumentace zrušeno.

IV. Řízení o rozkladu

11. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j ÚOHS-S67/2010/VZ-553/2011/540/ZČa ze dne 11. 1. 2011 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Ve stanovené lhůtě ani po jejím uplynutí se však žádný z účastníků k podanému rozkladu nevyjádřil. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
12. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného

rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

13. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22. 11. 2010, rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět veřejné zakázky, čímž došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené v § 12 zákona, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený v § 21 zákona a neprovedl zadávací řízení, a dále tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž smlouvy o dílo již byly uzavřeny a tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
14. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze v tomto konkrétním případě její výši považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku II.), neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví všem rozkladům a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků řízení, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas. Obě tyto podmínky považuji za splněné. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení výroku I. a změně výroku II. napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

15. K otázce odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu předně uvádím, že zadavatel v podaném rozkladu opětovně nesouhlasí se závěry orgánu dohledu, podle nichž se měl v prvé řadě dopustit nezákonného dělení předmětu veřejné zakázky takovým způsobem, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity uvedené v § 12 zákona, a dále, podle nichž se měl dopustit i nepřípustné změny smlouvy o dílo ze dne 4. 8. 2008 oproti návrhu obsaženému v nabídce vybraného uchazeče. Argumentace zadavatele v rozkladu se však z velké části shoduje s argumentací, kterou již přednesl před vydáním prvostupňového rozhodnutí; se všemi namítanými skutečnostmi se Úřad dostatečně a podrobně vypořádal v odůvodnění napadeného rozhodnutí. Podaný rozklad tedy do věci nepřináší nic nového (a to ani z hlediska skutkového, ani z hlediska právního) a alespoň pokud jde o závěry Úřadu týkající se odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu, není schopen závěry napadeného rozhodnutí vyvrátit. Navíc se v případě porušení obou ustanovení zákona jedná o otázky mnohokrát řešené v předchozí rozhodovací praxi nejen Úřadu, ale i domácích správních soudů či ESD.
16. Co se týče dělení předmětu veřejné zakázky pod finanční limity uvedené v § 12 zákona, ve shodě s odůvodněním napadeného rozhodnutí opakují, že zadavatel má právo vymezit předmět veřejné zakázky podle vlastního uvážení. Hodlá-li však zadavatel z nějakého důvodu

rozdělit předmět veřejné zakázky a zadávat plnění samostatně, musí dbát na omezující opatření uvedené v § 13 odst. 3 zákona, v jehož intencích nesmí v důsledku rozdělení veřejné zakázky poklesnout její předpokládaná hodnota pod zákonné limity stanovené v § 12 zákona. Podle § 12 odst. 8 zákona je zadavatel povinen při stanovení předpokládané hodnoty sečíst předpokládané hodnoty obdobných, spolu souvisejících dodávek či služeb, které hodlá pořídit v průběhu účetního období. Účelem předmětných ustanovení zákona je zaručit, aby se zadavatelé nemohli dělením předmětu veřejné zakázky vyhýbat kogentním zákonným postupům pro jejich zadání. Rozdělením předmětu veřejné zakázky tedy nesmí dojít k obcházení finančních limitů s úmyslem použití méně náročného zadávacího řízení, popř. úplnému vyloučení aplikace zákona (v případě veřejné zakázky malého rozsahu). Pokud by ale např. zadavatel předmět veřejné zakázky rozdělil, ale jednotlivé veřejné zakázky zadal jako nadlimitní, např. v otevřeném řízení, bylo by takové rozdělení přípustné a v souladu se zákonem.

17. V této souvislosti je pak vždy potřebné vymezit, co je možné považovat za jedinou veřejnou zakázku. Pro určení, zda se jedná o jednu veřejnou zakázku či o více veřejných zakázek, je rozhodující věcná, místní a časová souvislost plnění, případně skutečnost, zda plnění tvoří jeden funkční celek. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad se uvedenou otázkou podrobně zabýval a v podaném rozkladu závěr o vzájemné souvislosti zadavatel v konkrétnější rovině nenapadá (s výjimkou velmi obecného tvrzení, že se jedná o tři samostatné veřejné zakázky, které není možné zadat současně). Podobně jako orgán dohledu mám za to, že věcná a místní souvislost tří přezkoumávaných veřejných zakázek vyplývá přímo ze skutečnosti, že předmětem plnění jsou rekonstrukční stavební práce obdobného charakteru na objektech umístěných v jednom areálu, sloužících k témuž účelu (tj. k vytvoření potřebného zázemí pro výuku žáků základní školy) a tvořících společně jeden funkční celek. Pokud jde o souvislost časovou, vycházel jsem stejně jako Úřad z dat odeslání výzev k podání nabídek a zejména z dat uzavření smluv na realizaci předmětů plnění. Věcná, místní a časová souvislost je ostatně patrna i z vyjádření zadavatele (byť tuto souvislost zadavatel popírá), když sám přiznává, že záměrem byla oprava všech tří objektů, resp. přístavba stravovacího pavilonu, přičemž jednotlivé soubory prací zadával i s ohledem na plánované žádosti o poskytnutí dotací. O záměru zadavatele opravit všechny tři objekty české základní školy najednou svědčí i skutečnost, že podal společnou žádost o všechny dotace. Neobstojí nicméně jako argument ospravedlňující rozdělení zakázek, že zadavatel zadával stavební práce podle souborů prací vymezených v žádostech o dotace podle jednotlivých dotačních programů. Není taktéž rozhodné, z jakých zdrojů (a v jaké části) má být zakázka financována, ani kolik projektových dokumentací bylo pro účely realizace vyhotoveno, stejně jako je irelevantní, že část pořizovaného plnění nezapadala do žádného z vyhlášených dotačních programů. Konečně nevzal jsem v potaz ani argumentaci o neproveditelnosti opravy objektu tělocvičny bez současného provedení výměny oken a opravy navazujících omítek. Zadavatel sice nemusí mít předem k dispozici přesné informace o skutečném technickém stavu budov; to však nic nemění na jeho povinnosti řádně a v souladu se zákonem stanovit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky (sečíst všechna pořizovaná plnění) a zvolit tomu odpovídající způsob zadání veřejné zakázky.

18. Uzavírám tedy, že po sečtení cen všech smluv o dílo uzavřených na realizaci opravy a přístavby budov české základní školy (tj. rekonstrukce objektu staré školy a tělocvičny a přístavba stravovacího pavilonu) je zřejmé, že celková cena veřejné zakázky činí cca 9,5 mil. Kč bez DPH, tj. dosahuje hodnoty podlimitní veřejné zakázky. Této hodnotě pak měla odpovídat i volba druhu zadávacího řízení (viz § 21 zákona). Stejně jako orgán dohledu jsem dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil porušení § 13 odst. 3 zákona tím, že předmět veřejné zakázky rozdělil pod finanční limity uvedené v § 12 zákona, v důsledku čehož nedodržel postup předvídaný § 21 zákona. Tento postup mohl i přes absenci úmyslu na straně zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky; právě podmínka i jen potenciálního podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je z pohledu aplikace § 120 odst. 1 písm. a) zákona stěžejní. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel pro zadání zvolil přísněji upravený druh zadávacího řízení, s nímž je např. spojena povinnost zveřejnění oznámení o zadání veřejné zakázky v Informačním systému o veřejných zakázkách, obdržel by i jiné nabídky a byla by vybrána výhodnější nabídka jiného uchazeče.
19. Co se týče konstatovaného porušení § 82 odst. 2 zákona, uvádím, že jsem ani v tomto případě neshledal důvody, pro které bych považoval za nutné se odchýlit od závěrů vyslovených v napadeném rozhodnutí. Otázka odchýlení se od návrhu smlouvy obsažené ve vybrané nabídce v neprospěch zadavatele byla řešena mj. i v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 21/2007-58 ze dne 25. 6. 2008, v němž bylo konstatováno, že se jedná o modifikaci nepřipustnou, a to zejména tehdy, pokud by tato změna znamenala zmírnění původně stanovených podmínek a potažmo zvýhodnění vybraného uchazeče oproti (i jen potenciálním) uchazečům ostatním. Lze tedy shrnout, že za podstatnou změnu návrhu smlouvy z hlediska § 82 odst. 2 zákona je nutné považovat takové nové podmínky, které – byly-li by součástí zadávací dokumentace – by mohly vést k připuštění jiných uchazečů a přijetí jiné nabídky než té, která byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější. Ke shodnému závěru dospěl i ESD v již Úřadem citovaném rozsudku C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 ve věci *Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich*.
20. Jak vyplývá z předložené dokumentace, jeden z uchazečů se z účasti ve veřejné zakázce omluvil právě z toho důvodu, že pro něj bylo neakceptovatelné, že v průběhu realizace veřejné zakázky nemají být ze strany zadavatele poskytovány žádné zálohové platby a že jediná platba za provedenou zakázku bude na účet zhotovitele připsána teprve v lednu 2009. Zadavatel nicméně, jak sám připustil jak v podaném vyjádření k zahájenému správnímu řízení, tak ve svém rozkladu proti napadenému rozhodnutí, vyhověl žádosti vybraného uchazeče T-DEX o mimořádnou zálohovou platbu, a tím vybraného uchazeče T-DEX zvýhodnil oproti jiným potenciálním dodavatelům. Ti totiž při vypracování svých nabídek vycházeli z původně stanovených podmínek, podle nichž zálohové platby možné nebyly, a tomu museli přizpůsobit i obsah svých nabídek, případně dokonce zvážit samotnou svou účast v soutěži o veřejnou zakázku (v případě uchazeče MORCINEK – M, soukromá stavební firma, IČ 10602429, se sídlem Poštovní 171, 739 61 Třinec, se dokonce jednalo o podmínku neakceptovatelnou, pro niž se rozhodl zadávacího řízení neúčastnit). Je tedy zřejmé, že odmítnutí zálohových plateb bylo nejméně pro některé uchazeče rozhodujícím faktorem a že opět nelze vyloučit, že by případná účast více dodavatelů nemohla vést k předložení a výběru výhodnější nabídky než té, která by posléze byla vybrána. Postup zadavatele tak představuje

porušení § 82 odst. 2 zákona s potenciálně možným vlivem na výběr nejvhodnější nabídky, a proto je i v tomto případě naplněna skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

21. Jakkoli však není pochyb o spáchání výše uvedeného správního deliktu zadavatelem, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. Byť správní orgán prvního stupně pokutu uložil v rámci zákonného rozpětí, při správní úvaze v tomto konkrétním případě nedostatečně přihlédl k závažnosti správního deliktu a k jeho následkům a ryze individuálním okolnostem, za nichž byl spáchán (§ 121 odst. 2 zákona), k relevantním polehčujícím okolnostem a k míře přiměřenosti výše uložené pokuty k ekonomické situaci zadavatele. Na druhou stranu nelze od uložené pokuty zcela upustit, neboť negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva na realizaci rekonstrukce a přístavby stavebních objektů již byla uzavřena a bylo z ní plněno.
22. Na rozdíl od orgánu dohledu jsem však vzal v úvahu, že zadavatel nebyl veden úmyslem obejít kogentní ustanovení zákona a preferovat konkrétního uchazeče, ale že jeho hlavním cílem bylo získání dotací pro rekonstrukci a přístavbu budov určených k výuce a tato zadavatelova snaha o získání dotací byla upřednostněna před zákonem předepsanými postupy. Zadavatelem je navíc obec s cca 4000 obyvateli, a tedy se nejedná o subjekt disponující rozsáhlým a odborným personálním aparátem, jako jiní veřejní zadavatelé (např. ústřední orgány státní správy či velká města). S výše uvedenou skutečností souvisí i majetková stránka zadavatele. Ve shodě s napadeným rozhodnutím jsem přihlédl k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., podle něhož je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Byť nemám, stejně jako orgán dohledu, zato, že by uložení pokuty mohlo samo o sobě vést k likvidaci zadavatele, dospěl jsem k závěru, že sankce by neměla vést ani k ohrožení realizace pro obec vysoce relevantních projektů jakými je např. výstavba kanalizace, zvláště, je-li v daném případě akcentována preventivní funkce pokuty, tj. zamezení dalším porušením zákona. Veden touto stěžejní myšlenkou jsem přesvědčen, že preventivní funkci může v tomto případě plnit i pokuta nižší. V rámci volné úvahy a s přihlédnutím k námitkám zadavatele vzneseným v rozkladu jsem proto výši uložené pokuty poměrně snížil na 10 000 Kč.

VI. Závěr

23. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, avšak pokuta uložená napadeným rozhodnutím byla v tomto konkrétním případě nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu výroku II. napadeného rozhodnutí a tedy pro snížení pokuty.
24. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Obec Vendryně, Vendryně 500, 739 94 Vendryně
2. T-DEX, s. r. o., Oldřichovice 175, 739 61 Třinec
3. Milan Holec stavební firma, s. r. o., Nábřežní 1029, 739 61 Třinec

Vypraveno dne:

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