



UOHSX003OKGJ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R45/2011/VZ-11318/2011/310/EKu

V Brně dne: 28. července 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 2. 2011 podaném zadavatelem –

- **statutárním městem Přerov**, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, zastoupeným Ing. Jiřím Lajtochem, primátorem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S100/2010/VZ-486/2011/540/PVé ze dne 7. 2. 2011 ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem – statutárním městem Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Dopravní stavby – Přerov**“, zadávané v užším řízení podle § 28 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 11. 3. 2008 pod evidenčním číslem 60015722, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **Stavby silnic a železnic, a. s.**, odštěpný závod oblast Morava (od 1. 4. 2009 podnikající pod obchodním názvem EUROVIA CS, a. s., odštěpný závod oblast Morava), IČ 45274924, se sídlem Vídeňská 104, 619 00 Brno, za niž jedná Ing. Jan Tříška, vedoucí odštěpného závodu, ve správním řízení zast. JUDr. Janem Oškrdalem, advokátem se sídlem Štefánikova 65, 150 00 Praha,

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 a § 152 odst. 4 téhož zákona rozhodl takto:

I.

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S100/2010/VZ-486/2011/540/PVé ze dne 7. 2. 2011 v části výroku I.

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S100/2010/VZ-486/2011/540/PVé ze dne 7. 2. 2011

m ě n í m

takto:

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – statutárnímu městu Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **pokuta ve výši 30 000 Kč (třicet 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 – statutární město Přerov, IČ 00301825, se sídlem Bratrská 34/709, 750 11 Přerov, (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 11. 3. 2008 pod evidenčním číslem 60015722 oznámení užšího zadávacího řízení podle § 28 zákona na veřejnou zakázku s názvem „Dopravní stavby – Přerov“ (dále též „veřejná zakázka“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné 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 25. 8. 2010 z moci úřední správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem, neboť nabyl podezření, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když v rámci zadávacího

řízení rozšířil předmět veřejné zakázky na základě dodatečných informací, dále když na základě těchto změn uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a konečně když uzavřením dodatku č. 1 změnil předmět původní smlouvy o dílo, a uzavřel tak smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy v nabídce vybraného uchazeče. Za účastníky správního řízení Úřad označil zadavatele a vybraného uchazeče – Stavby silnic a železnic, a. s., odštěpný závod oblast Morava (od 1. 4. 2009 podnikající pod obchodním názvem EUROVIA CS, a. s., odštěpný závod oblast Morava), IČ 45274924, se sídlem Vídeňská 104, PSČ 619 00 Brno (dále jen „vybraný uchazeč“).

3. Zadavatel k zahájenému správnímu řízení uvedl, že pro získání finančních prostředků pro financování projektu bylo nezbytné, aby kromě vlastní výstavby zahrnul do předmětu veřejné zakázky i následnou údržbu komunikací. V rámci této následné údržby mělo být povinností zhotovitele udržovat komunikace v souladu s technickými parametry předpisů platných v době dokončení rekonstrukce komunikace. Tímto doplněním podle svého názoru zadavatel zvýšil tlak na kvalitu prací prováděných dodavatelem, který následně měl nést náklady na údržbu a opravy a zabezpečit ve vlastním zájmu co nejkvalitnější provedení staveb. Právo na změnu zadávací dokumentace zadavatel dle jeho názoru bezpochyby měl, a tedy ve svém postupu nespatořoval porušení zákona, protože změna byla oznámena všem dodavatelům před podáním jejich nabídek. Kromě toho zadavatel v době, kdy rozhodoval o úpravě zadávacích podmínek ve vztahu k rozšíření předmětu veřejné zakázky, přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Zadavatel neměl relevantní podklad, ze kterého by vyplývala finanční náročnost požadavku na následnou údržbu komunikací. Po předložených nabídkách a jejich vyhodnocení dospěl k názoru, že finanční zátěž byla vyšší, než předpokládal. Proto zadavatel rozhodl, aby smlouva o dílo byla schválena v souladu s vyhodnocenou nejvhodnější nabídkou a v souladu se zadávací dokumentací, a dodatkem ke smlouvě následně omezil předmět plnění. Tento krok byl učiněn po vzájemném souhlasu a dohodě smluvních stran.
4. Vybraný uchazeč měl zato, že v předmětném zadávacím řízení postupoval striktně v souladu jak se zadávací dokumentací a podmínkami pro zpracování nabídky, tak se zákonem, přičemž i celé dílo bylo řádně realizováno v souladu s uzavřenou smlouvou o dílo ve znění dodatků.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 7. 2. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S100/2010/VZ-486/2011/540/PVé (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 § 6 zákona, když v průběhu zadávacího řízení rozšířil předmět plnění veřejné zakázky a tato změna byla oznámena pouze dodavatelům, kterým byla poskytnuta zadávací dokumentace, a když podstatným způsobem změnil dodatkem č. 1 smlouvu o dílo ze dne 25. 8. 2008, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 300 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

6. Orgán dohledu v odůvodnění napadeného rozhodnutí s odkazem na § 6 zákona zrekapituloval, že zadavatel v oznámení o zakázce vymezil předmět veřejné zakázky jako provedení prací na realizaci dopravních staveb ve městě Přerově. V průběhu zadávacího řízení rozšířil předmět veřejné zakázky o stavební údržbu těchto komunikací, což oznámil dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Na základě rozšíření předmětu veřejné zakázky zadavatel obdržel nabídky, jejichž nabídkové ceny zahrnovaly taktéž náklady spojené s údržbou komunikací. Po provedeném hodnocení nabídek zadavatel dne 25. 8. 2008 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, přičemž předmětem této smlouvy bylo provedení opravy a rekonstrukce vybraných komunikací včetně souvisejících objektů a jejich následná stavební údržba v hodnotě 94 273 997 Kč bez DPH. Téhož dne však zadavatel uzavřel i dodatek č. 1 k této smlouvě, z něhož vyplývá, že předmět díla byl zúžen o následnou údržbu předmětných komunikací a termín plnění byl stanoven pouze pro zhotovení stavby. Cena díla byla upravena na 89 784 758 Kč bez DPH.
7. I když se zadavatel domnívá, že při rozšíření předmětu plnění a uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě nepostupoval v rozporu se zákonem, jelikož dle jeho názoru má právo na změnu zadávací dokumentace z vlastního podnětu, provedená změna byla oznámena všem dodavatelům před podáním jejich nabídek a lhůta pro podání nabídek byla přiměřeně prodloužena, Úřad s ohledem na specifika daného případu, kdy zadavatel provedení změny neoznámil všem potenciálním dodavatelům, dospěl k odlišnému názoru. Podstatné dodatečné změny ve vymezení předmětu plnění veřejné zakázky a v zadávacích podmínkách obecně provedené v průběhu zadávacího procesu mohou zapříčinit rozšíření okruhu dodavatelů ochotných se dle nově nastavených podmínek zúčastnit zadávacího řízení. V tomto ohledu je proto nezbytné, aby každá změna zadávacích podmínek byla doprovázena vždy adekvátním postupem zadavatele pro zajištění principu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Ve výsledku ti dodavatelé, kteří se nezúčastnili zadávacího řízení a mohli by mít o takto nově specifikovanou veřejnou zakázku zájem, tuto informaci neobdrželi a nemohli se zadávacího řízení zúčastnit, jelikož zadavatel svůj postup v zadávacím řízení nepřízpůsobil naplnění požadovaných principů § 6 zákona.
8. Co se týče změny návrhu smlouvy, odkázal Úřad v napadeném rozhodnutí na rozhodnutí Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 ve věci „Presstext Nachrichtenagentur GmbH v. Österreich“, v němž jsou stanovena základní pravidla, podle kterých je třeba posuzovat, zda se jedná o změnu nepodstatnou, a tedy přípustnou, nebo zda se jedná o změnu podstatnou, která přípustná není. ESD zde mimo jiné jednoznačně konstatoval, že změna může být považována za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, by umožnily účast i jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla vybrána. Charakter provedených změn považoval Úřad ve světle citovaného rozsudku za podstatný, jelikož lze předpokládat, že v nabídkových cenách uchazečů se projevuje taktéž kalkulace učiněná s ohledem na rozsah, charakter a dobu předmětu plnění. V tomto ohledu se proto nově nastavené zadávací podmínky týkající se předmětu veřejné zakázky mohly promítnout do výše nabídkových cen. Kdyby uchazeči předkládali nabídky s ohledem na nově upravený předmět plnění, tedy již bez údržby komunikací, jejich nabídkové ceny za samotné provedení rekonstrukce vybraných

komunikací by mohly být s ohledem na možnou odlišnou cenovou strategii jiné, stejně jako hodnocení a následný výběr nejvhodnější nabídky. Výsledná cena zakázky za rekonstrukci vybraných komunikací, kterou zadavatel určil na základě odečtení příslušné cenové hodnoty vyňatého plnění (údržby komunikací) od nabídkové ceny vybraného uchazeče, tak mohla být vyšší než nabídková cena, která mohla být zadavateli nabídnuta některým z ostatních uchazečů v případě, kdyby podávali nabídku pouze na rekonstrukci vybraných komunikací. V návaznosti na výše uvedené označil orgán dohledu zadavatelem provedené změny za podstatné, a uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 25. 8. 2008 za nezákonné.

9. K uložené sankci Úřad s odkazem na § 120 odst. 1 písm. a), § 120 odst. 2 písm. b) a § 121 odst. 2 a 3 zákona a po přezkoumání existence podmínek pro její uložení uvedl, že zadavatel rozšířil předmět veřejné zakázky a neumožnil potenciálním dodavatelům zúčastnit se zadávacího řízení, čímž došlo ke zvýhodnění dodavatelů, kteří zůstali v zadávacím řízení po omezení počtu zájemců, a po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem předmět plnění dodatkem č. 1 ke smlouvě podstatným způsobem opět změnil. Porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož není vyloučeno, že zadavatel na základě rozšíření předmětu plnění zadavatel mohl obdržet i jiné žádosti o účast, a v případě provedení změn vyplývajících z dodatku č. 1 již v průběhu zadávacího řízení mohl obdržet jiné nabídkové ceny. Úřad vzal v potaz, že zadavatel svým netransparentním postupem omezil soutěžní prostředí tím, že po provedených změnách zadávacích a smluvních podmínek neumožnil účast v zadávacím řízení všem potenciálním dodavatelům a podání odpovídajících nabídkových cen ve vztahu k smluvně uzavřenému předmětu plnění. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činila částku ve výši 5 342 193, 10 Kč, avšak Úřad při uložení pokuty akcentoval její preventivní funkci a uložil ji na dolní hranici její možné sazby. S přihlédnutím k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., konstatoval, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladu

10. Zadavatel v podaném rozkladu nejprve shodně s vyjádřením předneseným před vydáním napadeného rozhodnutí shrnul důvody a okolnosti, které ho vedly k rozšíření předmětu veřejné zakázky a následnému zúžení předmětu veřejné zakázky dodatkem č. 1 ke smlouvě ze dne 25. 8. 2008. Bez ohledu na „vnitřní“ kroky v průběhu zadávacího řízení tak zadavatel svými úkony dospěl do stavu, který plně odpovídal původním zadávacím podmínkám. Závěr orgánu dohledu o tom, že mohl obdržet nabídky od jiných dodavatelů (resp., že provedeným rozšířením předmětu a jeho následným zúžením omezil jejich okruh), je pouze teoretická a lichá, protože původně zadaný předmět a výsledná smlouva ve znění dodatku č. 1 byly totožné a odpovídaly zadávacím podmínkám. Zadavateli je maximálně možné vytknout, že předem pečlivě nezhodnotil účinky a podmínky následné stavební údržby, avšak nelze v tom spatřovat porušení zákona. Zadavatel postupoval v celém zadávacím řízení transparentně, každý krok oznámil všem v dané chvíli dotčeným uchazečům a kroky činil s ohledem na výhodnost podmínek. Navíc svůj zájem o účast projevila většina kvalifikovaných stavebních

dodavatelů působících v daném místě, a tedy domněnky Úřadu o zúžení okruhu účastníků zadávacího řízení nejsou odrazem reálné situace.

11. Dále zadavatel napadenému rozhodnutí vytýká, že se v něm Úřad nedostatečně zabýval otázkou, zda postupem zadavatele byla skutečně porušena zásada transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace podle § 6 zákona. Úřad porušení uvedených zásad pouze konstatoval, aniž upřesnil, v čem konkrétně byl postup zadavatele netransparentní, nerovný a diskriminující vůči jiným soutěžitelům. Jediná konkretizace se týká již výše kritizované hypotetické úvahy o možném zúžení okruhu dodavatelů, kteří by při jiném postupu zadavatele mohli podat výhodnější nabídku než vybraný uchazeč. Stejně tak Úřad nespécifikoval, co se rozumí „adekvátním postupem“ při dodatečné změně zadávacích podmínek, tj. nepodal žádný návod, jak by měl zadavatel v takových případech postupovat, a tedy i v této části je odůvodnění napadeného rozhodnutí neurčité a nedostačující. Stejně nedostatečně je odůvodněna i výše uložené pokuty. S odkazem na své mandatorní a pseudomandatorní výdaje napadá zadavatel závěr Úřadu, že uložená pokuta pro zadavatele nemůže mít likvidační charakter, neboť při této úvaze Úřad zjevně vzal do úvahy pouze otázku příjmovou, nikoli výdajovou. Nebylo taktéž přihlédnuto k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu spáchání a k jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Jak vyplývá z odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad se (kromě hypotetické úvahy o možném narušení soutěžního prostředí zúžením okruhu dodavatelů) nezabýval následky spáchaného deliktu, a proto není zřejmé, zda byla dodržena zásada proporcionality a objektivního postupu, stejně jako zda bylo přihlédnuto k okolnostem konkrétního případu.
12. Závěrem podaného rozkladu upozorňuje zadavatel na vady řízení o uložení sankce, a to na nedodržení lhůty pro vydání rozhodnutí podle § 71 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“). Vydání napadeného rozhodnutí po více jak 5 měsících od zahájení správního řízení mělo negativní dopad na právní jistotu zadavatele a jeho důvěru v postup orgánu dohledu, nehledě na porušení § 6 správního řádu, v němž je vyjádřena zásada rychlosti správního řízení, to vše navíc v ústavním rozměru čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod. Zadavatel proto navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo na podkladě rozkladu zrušeno; případně, aby byla uložena pokuta snížena.

IV. Řízení o rozkladu

13. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j. ÚOHS-S100/2010/VZ-3027/2011/540/PV ze dne 24. 2. 2011 vybranému uchazeči lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu. Vybraný uchazeč se v podaném vyjádření ztotožňuje s námitkou zadavatele, že smlouva uzavřená ve znění dodatku č. 1 odpovídala původním zadávacím podmínkám. Je přesvědčen, že zadavatel postupoval transparentně, když všechna svá rozhodnutí oznámil dotčeným účastníkům zadávacího řízení, a že již samo projednání věci mělo pro zadavatele dostatečný preventivní význam, a proto mu není třeba ukládat pokutu. Z uvedeného důvodu vybraný uchazeč navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí zrušeno.
14. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

15. 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.
16. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S100/2010/VZ-486/2011/540/PVé ze dne 7. 2. 2011 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 6 zákona, když v průběhu zadávacího řízení rozšířil předmět plnění veřejné zakázky a tato změna byla oznámena pouze dodavatelům, kterým byla poskytnuta zadávací dokumentace, a když podstatným způsobem změnil dodatkem č. 1 smlouvu o dílo ze dne 25. 8. 2008, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
17. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze 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 v souladu s alternativním petitem rozkladu zadavatele přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí, neboť současná právní úprava obsažená ve správním řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu 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. K námitkám rozkladu

18. K otázce odpovědnosti zadavatele za spáchání správního deliktu konstatuji, že zadavatel v podaném rozkladu opětovně nesouhlasí se závěry orgánu dohledu, podle nichž se měl v první řadě dopustit nezákonného rozšíření předmětu plnění veřejné zakázky, a dále, podle nichž se měl dopustit dodatkem č. 1 i nepřípustné změny smlouvy o dílo ze dne 25. 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 viny zadavatele za spáchání správního deliktu, není schopen napadené rozhodnutí zvrátit. Navíc se v případě porušení obou ustanovení zákona jedná o otázky mnohokrát řešené nejen v předchozí rozhodovací praxi Úřadu, ale i správních soudů či ESD.
19. V další části rozkladu zadavatel vznáší námitku nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, která dopadá jednak na absentující odůvodnění, jakým konkrétním jednáním se zadavatel dopustil netransparentního postupu a diskriminace jednotlivých účastníků

zadávacího řízení (resp. potenciálních dodavatelů), jednak na nedostatečnou konkretizaci, jaký vhodný postup měl zadavatel zvolit při dodatečné změně zadávací dokumentace (rozšíření předmětu plnění) tak, aby výše uvedeným zásadám dostál. Na rozdíl od zadavatele jsem nedospěl k závěru, že by z napadeného rozhodnutí nebylo seznatelné, jakými úvahami byl Úřad při rozhodování veden, z jakých podkladů a důkazů vycházel a jak je vyhodnotil. Pokud jde o namítaný nedostatečný popis zadavatelova „netransparentního a diskriminačního postupu“ vůči jednotlivým dodavatelům, odkazují plně na odstavce 24. až 27. a na odstavec 30. napadeného rozhodnutí. V nich Úřad v podrobnostech popsal důsledky, které měl zadavatelův postup na soutěž o veřejnou zakázku. Jak Úřad v podrobnostech rozvedl, zadavatel tím, že o změně zadávacích podmínek informoval pouze ty uchazeče, kteří v zadávacím řízení po omezení jejich počtu zůstali a následně byli vyzváni k podání nabídky, tyto uchazeče zvýhodnil. Nelze totiž vyloučit, že kdyby zadavatel o změně zadávacích podmínek informoval způsobem, jímž by k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově nepřistupoval jinak než ke zbylým, mohl obdržet více nabídek, z nichž některá mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Uzavírám tedy, že pouhá skutečnost, že se Úřad nepřiklání k právnímu názoru zadavatele, který trvá na tom, že jeho postupem nemohly být dotčeny základní zásady zadávacího řízení, nelze za nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí bez dalšího považovat. Co se týče tvrzené nepřezkoumatelnosti spočívající v absenci návodu, jak měl zadavatel při změně předmětu plnění veřejné zakázky postupovat, uvádím, že ani tento chybějící „návod“ nezakládá nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí či jinou nedostatečnost jeho odůvodnění, a to s ohledem na ustanovení § 68 správního řádu, které vyjmenovává obligatorní náležitosti správního rozhodnutí.

20. Co se týče nezákonného rozšíření předmětu veřejné zakázky, již v minulosti se k ní vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 26. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007-131. V tomto rozsudku Nejvyšší správní soud dospěl k závěru o přípustnosti možné změny v zadávací dokumentaci, která by nebyla jejím pouhým upřesněním. Tuto změnu je však nutné uskutečnit takovým způsobem, který by byl v souladu se zásadami, na kterých zadávací řízení stojí. Má-li zadavatel dostát zásadě nediskriminace účastníků, je povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit řízení nové, nebo oznámit změnu zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé, tedy oznámit změnu zadávací dokumentace (tedy celé veřejné zakázky) stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt. Tuto změnu je zadavatel povinen oznámit všem subjektům, o nichž je mu známo, že zvažují podání nabídky, přičemž relevantním dokladem tohoto zájmu je např. vyžádání zadávací dokumentace.
21. V daném konkrétním případě mělo rozšíření předmětu veřejné zakázky o následnou čtyřletou údržbu rekonstruovaných komunikací charakter podstatné změny, která by mohla mít vliv na okruh uchazečů ochotných se účastnit soutěže o nově definovanou veřejnou zakázku (jako příklad lze uvést stavební společnost, která preferuje dlouhodobé smluvní vztahy s odběrateli, a proto na původní roční kontrakt na rekonstrukci komunikace vůbec nereagovala, zatímco nově vymezené čtyřleté období pro ni mohlo být z obchodního hlediska zajímavé). Postup zadavatele, který změnu zadávacích podmínek oznámil pouze

omezenému počtu dodavatelů, nebyl v souladu se zásadami uvedenými v § 6 zákona a mohl omezit okruh zájemců o takto nově definovanou veřejnou zakázku.

22. Co se týče konstatované nepřipustné změny smlouvy o dílo ze dne 25. 8. 2008 dodatkem č. 1, 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 byla opakovaně řešena v rozhodovací praxi Úřadu, ale mj. i v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 6. 2008, č. j. 62 Ca 21/2007-58, v němž bylo konstatováno, že se o nepřipustnou modifikaci smlouvy jedná zejména tehdy, pokud by tato změna znamenala zmírnění původně stanovených podmínek a potažmo zvýhodnění vybraného uchazeče oproti (i jen potenciálním) uchazečům ostatním, resp. pokud by mohla vést k připuštění jiných uchazečů a přijetí jiné nabídky než té, která byla zadavatelem vybrána jako nejvhodnější. V daném konkrétním případě nelze vyloučit, že nabídky, které by byly koncipovány bez čtyřleté údržby, mohly být (zejména v kritériu „Nabídková cena“) hodnoceny jiným způsobem, a tedy že mohla být jako hospodářsky nejvýhodnější vybrána nabídka jiného uchazeče.
23. K námitce směřující proti nedodržení třicetidenní lhůty podle § 71 správního řádu pro vydání rozhodnutí ve věci samé, uvádím, že vzhledem k absentující sankci za jejich překročení se jedná pouze o lhůtu pořádkovou. Důsledky nedodržení lhůty podle § 71 správního řádu kromě toho nelze v případě meritorního rozhodnutí, které již vydáno (byť opožděně) bylo, jakkoli zhojit.
24. Jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. V porovnání s napadeným rozhodnutím jsem jinak přihlédl k závažnosti následku spáchaného správního deliktu (§ 121 odst. 2 zákona). Na druhou stranu nebylo možné od uložené pokuty zcela upustit, neboť jednání, kterého se zadavatel dopustil, bylo mnohokrát předmětem přezkumu v jiných správních řízeních, navíc se podstatně dotýká základních principů, na nichž je zadávací řízení vystavěno, tj. principu transparentnosti zadávacího řízení a zákazu diskriminace jednotlivých (i jen potenciálních) dodavatelů. Kromě toho 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 komunikace již byla uzavřena a bylo z ní plněno. Nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že uzavřením dodatku č. 1 se předmět veřejné zakázky navrátil do původního vymezení, neboť zadávací řízení končí uzavřením smlouvy. V daném případě byla smlouva uzavřena na předmět plnění, jehož součástí byla i v průběhu zadávacího řízení nezákonně doplněná údržba komunikací. Uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 25. 8. 2008 tedy už nespadá do časového rozhraní, v němž se zadávací řízení odehrává. V případě, kdy by Úřad akceptoval dodatek č. 1 jako součást smlouvy o dílo ze dne 25. 8. 2008, pak by musel konstatovat porušení § 82 odst. 2 zákona, tj. nedodržení povinnosti uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.

25. Na rozdíl od orgánu dohledu jsem však vzal v úvahu, že přijetím dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo zadavatel alespoň částečně zhojil své pochybení a zmírnil škodlivost jeho následku, neboť nedošlo k nezákonnému výdaji veřejných finančních prostředků v takové míře, v jaké by k němu došlo, kdyby tento dodatek uzavřen nebyl. 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 snížil na 30 000 Kč.

VI. Závěr

26. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu je dána, avšak pokuta uložená výrokem II. napadeného rozhodnutí byla v daném případě nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí v části výroku II., tedy pro snížení pokuty, přičemž výrok I. napadeného rozhodnutí jsem potvrdil.

27. 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. Statutární město Přerov, Bratrská 34/709, 750 11 Přerov
2. JUDr. Jan Oškrdal, advokát, Štefánikova 65, 150 00 Praha

Vypraveno dne:

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