

Č.j.: R167/2007/02-22908/2007/310-KK

V Brně dne 6. prosince 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 27. 8. 2007 zadavatelem – **SMO, městská akciová společnost Orlová**, IČ: 60793163, se sídlem Okružní 988, 735 14 Orlová – Lutyně, za niž jedná Ing. Ivo Kotrba, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupena Mgr. Vlastimilem Křesálkem, jednatelem společnosti JUSTITIA, s.r.o., IČ: 25392875, 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 7. 2007, č.j. S148/2007-14025/2007/510-jl, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – SMO, městské akciové společnosti Orlová, při zadání veřejných zakázek:

„**Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu**“ zadané podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14. 11. 2005 pod ev. č. 50014682,

„**Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II**“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) citovaného zákona, jehož oznámení bylo na centrální adrese zveřejněno dne 13. 9. 2006 pod ev. číslem 60001446,

jehož dalším účastníkem je společnost **TCHAS, spol. s r. o.**, IČ: 15504158, se sídlem Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava – Mariánské Hory, za niž jedná Ing. Václav Daněk, jednatel, ve správním řízení zastoupena JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, se sídlem Trocnovská 2a, 702 00 Ostrava – Přívoz,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 30. 7. 2007, č.j. S148/2007-14025/2007/510-jl,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

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

1. Zadavatel - SMO, městská akciová společnost Orlová, IČ: 60793163, se sídlem Okružní 988, 735 14 Orlová – Lutyně, za niž jedná Ing. Ivo Kotrba, místopředseda představenstva, ve správním řízení zastoupena Mgr. Vlastimilem Křesálkem, jednatelem společnosti JUSTITIA, s.r.o., IČ: 25392875, 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory (dále jen „zadavatel“) uveřejnil sérii veřejných zakázek:
 - „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ zadané podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb. v užším řízení, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 14. 11. 2005 pod ev. č. 50014682,
 - „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) citovaného zákona, zahájené výzvou k jednání ze dne 12. 6. 2006,
 - „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové III“, zadané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) citovaného zákona, zahájené výzvou k jednání ze dne 9. 10. 2006.
2. Pozn.: pokud je dále 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 úkonů jednotlivých účastníků řízení.
3. Úřad obdržel podnět, na základě kterého si od zadavatele vyžádal dokumentaci k veřejné zakázce. Z této dokumentace nabyt pochybnosti o správnosti zadavatelova postupu, a proto ke dni 11. 6. 2007 ve věci zahájil z moci úřední správní řízení pod sp. zn. S080/2007. Za jeho účastníky označil zadavatele a vítězného uchazeče TCHAS, spol. s r. o., IČ: 15504158, se sídlem Novoveská 1139/22, 709 06 Ostrava – Mariánské Hory, za niž jedná Ing. Václav Daněk, jednatel, ve správním řízení zastoupena JUDr. Pavlem Zajícem, advokátem, se sídlem Trocnovská 2a, 702 00 Ostrava – Přívoz (dále jen „vítězný uchazeč“). Vzhledem k tomu, že správní řízení vedené pod sp. zn. S080/2007 bylo zahájeno podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, bylo v jeho rámci možné rozhodnout pouze o veřejné zakázce „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové III“. Z uvedeného důvodu byl ze správního řízení sp. zn. S080/2007 vyloučen přezkum dvou zbývajících veřejných zakázek („Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ a „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“), a to usnesením ze dne 22. 5. 2007, č.j. S080/2007-09976/2007/510-jl. Po vyloučení dvou zmíněných veřejných zakázek bylo za účelem jejich přezkumu zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. S148/2007, za jehož účastníky byli taktéž označeni zadavatel a vítězný uchazeč.
4. Z předložené dokumentace bylo zjištěno, že o účast v užším řízení projevilo zájem 13 zájemců, avšak dvě žádosti byly následně vyřazeny z důvodu nesplnění kvalifikace. Ze zbývajících 11 zájemců pak zadavatel vylosoval za přítomnosti notáře 5 zájemců, kteří byli vyzváni k podání nabídky. Po podání nabídek však byli čtyři z uchazečů vyloučeni, protože jejich nabídka nesplnila zadávací podmínky. Na základě toho pak zadavatel

rozhodl o přidělení veřejné zakázky vítěznému uchazeči, jehož nabídková cena činila za dodávky a práce podle výkazu výměr 69 460 823,- Kč bez DPH. Tato cena byla navýšena za úhradu díla do 10 let o 14 532 000,- Kč. Celková nabídková cena tedy činila 85 456 787,- Kč bez DPH, tedy 101 693 577,-Kč včetně DPH. Smlouvu na plnění veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové“ (dále jen „Smlouva“) však zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 10. 3. 2006 za cenu 60 000 000,- Kč bez DPH, tj. 71 400 000,- Kč včetně DPH.

5. Následně výzvou podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona zadavatel vyzval vítězného uchazeče k jednání za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“. O přidělení veřejné zakázky vítěznému uchazeči zadavatel rozhodl dne 3. 7. 2006 a dne 31. 8. 2006 byl uzavřen dodatek č. 1 ke Smlouvě s cenou ve výši 10 998 942,- Kč bez DPH, 13 088 741,- Kč včetně DPH. Podle čl. 2 tohoto dodatku jsou předmětem díla „...práce nad rámec základní SOD, jedná se o práce, které v původní dokumentaci nebyly vůbec řešeny, anebo se měnilo technické řešení, případně byl zvolen vyšší standard dodávaného zařízení...“.
6. Vítězný uchazeč ve svých vyjádřeních k zahájenému správnímu řízení opakovaně trval na tom, že postup zadavatele byl v souladu se zákonem a dle jeho přesvědčení byly splněny taktéž všechny požadavky zákona pro zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění: zakázka byla nepochybně zadána témuž dodavateli, dodatečné stavební práce nemohly být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní zakázky, aniž by toto oddělení způsobilo újmu zadavateli, resp. toto oddělení by sice bylo možné, ale dodatečné práce jsou nezbytné pro dokončení původní zakázky. Jedná se přitom zejména o práce související se zajištěním statické bezpečnosti objektu, se kterými projekt pro stavební povolení neuvažoval, které však bylo nezbytně nutné provést. Nutnost realizace těchto prací vyplynula jednak po odkrytí částí konstrukcí při stavebních pracích, jednak z technických dořešení návazností technologie a stávajících stavebních konstrukcí v rámci realizačního projektu. Vítězný uchazeč dále nesouhlasí, že došlo k překročení 20 % ceny původní veřejné zakázky, a to zejména z toho důvodu, že předmětem dodatku č. 1 ke Smlouvě byly práce nezbytně nutné pro dokončení díla, práce a dodávky, které nebyly nezbytně nutné pro řádné dokončení a provozování díla, a dále dodávka sauny, parní komory a ledové komory v celkové výši 1 589 120,- Kč bez DPH, když na tyto práce získal investor samostatné finance. Celková cena díla po uzavření dodatku č. 1 a č. 2 tak činila celkem 70 998 942,- Kč bez DPH. Pokud se z této ceny odečte část prací, které nebyly nezbytně nutné k dokončení díla (sauna, parní komora a ledová komora v celkové částce 1 589 120,- Kč bez DPH), pak celková cena díla po uzavření dodatků č. 1 (bez prací, které nebyly nezbytně nutné k dokončení díla) vychází na 69 409 822,- Kč, a tedy rozhodně nedošlo k navýšení původní ceny díla o 60 000 000,- Kč bez DPH (tedy o 20 %).
7. Dále vítězný uchazeč uvedl, že původně vysoutěžená cena díla 69 460 823,- Kč bez DPH byla v důsledku nedostatku finančních prostředků zadavatele snížena až na cenu díla 60 000 000,- Kč bez DPH uvedenou ve Smlouvě. Pokud následně došlo dodatkem č. 1 k navýšení ceny díla až na 70 998 942,- Kč bez DPH, je nutno porovnávat tuto navýšenou cenu díla s původně vysoutěženou cenou díla a nikoliv s cenou díla dle smlouvy o dílo po snížení ceny díla vzhledem k nedostatkům financí na straně zadavatele. V takovém případě pak nárůst ceny z 69 460 823,- Kč bez DPH na 70 998 942,- Kč bez DPH rozhodně nemůže představovat nárůst o 20 %, ale o pouhé cca 3 %.

Napadené rozhodnutí

8. Dne 30. 7. 2007 vydal Úřad rozhodnutí č.j. S148/2007-14025/2007/510-jl, kterým konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že
- nesplnil povinnost stanovenou v § 66 odst. 2 zákona, neboť smlouvu ze dne 10. 3. 2006 s vítězným uchazečem o plnění veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ neuzavřel v souladu se zadáním a vybranou nabídkou, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek;
 - nesplnil povinnost dodržet podmínky stanovené v § 27 odst. 3 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť tímto způsobem zadal stavební práce, které byl povinen podle § 18 odst. 2 zákona ve spojení s § 21 odst. 1 zákona zahrnout do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ a zadat je v rámci této veřejné zakázky, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.
- Za spáchání uvedeného správního deliktu Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 50 000,- Kč a současně mu uložil uhradit náklady správního řízení ve výši 1 000,- Kč podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“), a podle § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“).
9. Úřad v odůvodnění tohoto rozhodnutí k porušení zákona při uzavírání Smlouvy uvedl, že její součástí je rovněž příloha č. 3 „Technická specifikace částí dodávek“, jejímž obsahem jsou „Změny v technickém řešení oproti původní nabídce (předané projektové dokumentaci)“. V části „základní ustanovení“ je sice uvedeno, že „všechny práce a dodávky jsou v rozsahu DSP „Rekonstrukce a modernizace krytého bazénu v Orlové – Lutyni, Masarykova 14315 č.z. VV/04-AQP 05 z prosince 2005“ a ve smyslu jednotlivých částí výkazu výměr /C1 až D3/ této DSP...“, avšak konkrétní části výkazu výměr vypovídají o provedených změnách, a to například v oddílu C1 – architektonicko stavební řešení („Skladba střechy nad částí „zázemí“ označená v projektové dokumentaci – 1 a, je zaměněna za skladbu ...“, „Skladba střechy nad bazénovou částí označena v projektové části – 1 d, je nahrazena skladbou ...“, „Změna obvodového pláště...“, „Změna keramických obkladů a dlažeb...“, „Okna...“). O provedených změnách svědčí i cenové rozdíly mezi nabídkovým rozpočtem a rozpočtem, který je přílohou Smlouvy, což lze dokumentovat i na objektu C1.
10. Úřad dále uvedl, že po uzavření smlouvy nelze měnit předmět plnění veřejné zakázky, který byl vymezen v zadávacích podmínkách a na jehož realizaci podali uchazeči o veřejnou zakázku své nabídky, pokud by taková změna mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek v původním zadávacím řízení. V šetřeném případě ke změně předmětu plnění veřejné zakázky došlo, přičemž s ohledem na rozsah změny dospěl Úřad k závěru, že provedená změna mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. Pokud by zadavatel před uzavřením smlouvy nebo i v průběhu realizace veřejné zakázky zjistil, že původní předmět veřejné zakázky nelze realizovat, je namístě, aby původní zadávací řízení zrušil (před uzavřením smlouvy), resp. po uzavření smlouvy by musel učinit kroky vedoucí k ukončení smluvního vztahu, a vyhlásit nové

zadávací řízení. Pokud zadavatel přistoupí k realizaci jiných technických řešení, aniž by tak učinil v zadávacím řízení neplní svou povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona zadat veřejnou zakázku (tj. stavební práce, které nebyly součástí předmětu původní veřejné zakázky) v zadávacím řízení. Nelze vyloučit, že na nově vymezený předmět plnění by zadavatel obdržel výhodnější nabídku, než na jakou uzavřel smlouvu změněnou oproti původně vymezenému předmětu plnění veřejné zakázky oproti nabídce uchazeče na základě svého souhlasu se změnami technického řešení navrženými vítězným uchazečem. Úřad rovněž zdůraznil, že jednáním zadavatele došlo k faktickému „znehodnocení“ významu zadávacího řízení, když došlo ke snížení ceny specifikované zadávacími podmínkami, aniž by se tak stalo v zadávacím řízení, tj. bez provedení soutěže na základě nově stanovených zadávacích podmínek. Zadavatel se tedy dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 66 odst. 2 zákona.

11. Co se týče dodatku č. 1 ke Smlouvě, uvedl Úřad k argumentu, že práce (sauna, parní komora a ledová komora) v hodnotě 1 589 120 Kč,- bez DPH, resp. 1 891 052,- Kč vč. DPH nejsou nezbytně nutné pro dokončení původní veřejné zakázky, a tudíž zadavatel nemohl uplatnit § 27 odst. 3 písm. a) zákona, a proto při jejich zadání postupoval podle § 6 zákona (veřejná zakázka malého rozsahu – viz výše), Úřad konstatoval, že uvedené práce nemohly být zadány v rámci jednacích řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona ani jako veřejná zakázka malého rozsahu. Dokumentace pro stavební povolení zahrnovala rovněž saunu, parní komoru a ledovnu, a tudíž tyto části veřejné zakázky měly být obsaženy i v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky. Ve výkazu výměr k původní veřejné zakázce, který byl součástí zadávací dokumentace, však zadavatel nepožadoval ocenění sauny, parní komory a ledové komory. Zadavatel mohl rozdělit předmět veřejné zakázky na části, ale v takovém případě je podle § 18 odst. 2 zákona pro určení předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky rozhodující součet předpokládaných cen všech jeho částí, přičemž předpokládanou cenou předmětu veřejné zakázky na stavební práce je celková cena stavebních prací (§ 51 odst. 1 zákona).
12. Úřad dále upřesnil, že vyčleňování některých prací, resp. dodávek, by mohlo být chápáno jako snaha o rozdělení předmětu veřejné zakázky. Jak vyplývá z předložené dokumentace, v šetřeném případě finanční objem „víceprací“ (včetně sauny, parní komory a ledové komory zadaných jako veřejná zakázka malého rozsahu), sjednaný za účinnosti zákona formou dodatku č. 1 ke Smlouvě dosáhl hodnoty 18,3 % ceny původní veřejné zakázky. Zadavatel dále po nabytí účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, uzavřel dodatek č. 2 s cenou ve výši 2 393 974,- Kč bez DPH, 2 848 829,- Kč včetně DPH ke Smlouvě (viz rozhodnutí vydané ve správním řízení S080/2007). Tímto jednáním zadavatele tak došlo v souhrnu ke zvýšení ceny předmětné zakázky o částku 13 392 916,- Kč bez DPH, 15 937 570,- Kč včetně DPH, tj. o 22,32 % její původně sjednané ceny. K pochybení zadavatele, které vedlo k navýšení ceny víceprací však došlo již při uzavření dodatku č. 1, jehož součástí byly práce (sauna, parní komora a ledová komora), které nelze považovat za dodatečné stavební práce ve smyslu § 27 odst. 3 písm. a) zákona, neboť se nejedná o práce, jejichž potřeba vznikla v naléhavém případě. Uvedené práce měly být zadány stejným způsobem, jako byla zadána původní veřejná zakázka a nikoliv jako veřejná zakázka malého rozsahu.
13. Úřad proto uzavřel, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nesplnil povinnost dodržet podmínky stanovené v § 27 odst. 3

písm. a) citovaného zákona o veřejných zakázkách pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť tímto způsobem zadal stavební práce, které byl povinen podle § 18 odst. 2 zákona ve spojení s § 21 odst. 1 zákona zahrnout do předpokládané ceny předmětu veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ a zadat je v rámci této veřejné zakázky, přičemž nesplnění této povinnosti mohlo podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť tato část veřejné zakázky nebyla zadána postupem podle zákona a nebyla tedy předmětem soutěže dodavatelů.

14. Při ukládání pokuty Úřad zohlednil, že smlouva o plnění veřejné zakázky nebyla uzavřena v souladu se zadáním a nabídkou uchazeče, a tedy že zadavatel připustil změny, které popírají výsledky zadávacího řízení. Pokud nabídka uchazeče převyšovala finanční možnosti zadavatele, přičemž tuto skutečnost bylo možno řešit volbou jiného technického řešení, měl zadavatel zadávací řízení zrušit a veřejnou zakázku zadat znovu s jinými zadávacími podmínkami. Nelze vyloučit, že novým zadáním veřejné zakázky v otevřeném nebo užším zadávacím řízení by zadavatel mohl realizovat plnění veřejné zakázky za výhodnějších podmínek, čímž by došlo k úspoře veřejných prostředků. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti uložil Úřad pokutu ve spodní polovině její maximální možné výše. Závěrem se vyjádřil také k povinnosti uhradit náklady správního řízení.

II. Námitky rozkladu

15. Dne 27. 8. 2007 obdržel Úřad rozklad od zadavatele, který byl následně doplněn. Úvodem uvádí zadavatel, že napadené rozhodnutí považuje za protiprávní, neboť správní řízení nebylo vedenou v souladu s platnou právní úpravou (zejména došlo k porušení § 7 odst. 1, § 39 odst. 1, § 40 odst. 1 písm. a), § 71 odst. 1 resp. 3 správního řádu ve spojení s § 101 odst. 4 zákona, dále § 140 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 94 odst. 2 písm. b) zákona a § 140 odst. 5 správního řádu).
16. V další části doplnění rozkladu rozvádí zadavatel jednotlivá porušení výše zmíněných ustanovení. Co se týče porušení § 102 odst. 1 písm. b) zákona, uvádí zadavatel, že uzavření smlouvy v rozporu se zadáním a nabídkou vybraného uchazeče není ovlivněním hodnocení nabídek. Stejným způsobem i porušení ustanovení § 27 odst. 3 písm. a) zákona nemohlo hodnocení nabídek ovlivnit.
17. K porušení § 140 odst. 5 správního řádu došlo dle názoru zadavatele tím, že Úřad do spisu po vyloučení části věci z řízení vedeného pod sp. zn. S080/2007 nezařadil kopie všech podstatných částí spisu, pokud se týkají otázek, o nichž se řízení vede. Povinností orgánu dohledu tak bylo zařadit vyjádření zadavatele ze dne 27. 3. 2007, které podal elektronickou poštou. Pokud tak učinil, nemůže ve zdůvodnění napadeného rozhodnutí konstatovat, že se zadavatel nevyjádřil a naopak se s tímto vyjádřením musí vypořádat, což neučinil.
18. K porušení § 7 odst. 1 ve spojení s § 39 odst. 1 a § 40 odst. 1 písm. a) správního řádu uvedl zadavatel, že je orgán dohledu povinen stanovovat lhůty tak, aby nebyla porušena rovnost účastníků. Zároveň je povinen stanovit lhůty ve dnech, hodinách, týdnech, měsících, letech tak, aby každý z účastníků řízení měl pro své vyjádření stejně dlouhou dobu. Tím, že Úřad stanovil lhůtu pro podání vyjádření pevným datem, způsobil, že

každý z účastníků řízení měl na podání vyjádření jiný počet dnů, který byl dán dnem doručení tohoto usnesení jednotlivým účastníkům řízení, což je nepřijatelné.

19. K porušení § 46 odst. 1 a § 140 odst. 1 správního řádu ve spojení s § 94 odst. 2 písm. b) zákona, zadavatel konstatoval, že orgán dohledu může na požádání účastníků nebo z moci úřední usnesením spojit různá řízení, pokud se týkají téhož předmětu řízení nebo spolu jinak věcně souvisejí. Pokud tedy chtěl orgán dohledu správní řízení ve věci všech třech zkoumaných veřejných zakázek provést společné řízení, musel například oznámit účastníkům zahájení tří správních řízení, která následně spojí. Takto však orgán dohledu nepostupoval. Zahájil pouze jedno správní řízení, ve kterém zkoumal tři samostatné veřejné zakázky. Tím, že neoznámil zahájení správního řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové“ a správního řízení pro veřejnou zakázku „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II.“ samostatně a následně nevydal rozhodnutí o spojení všech tří správních řízení, porušil postup předvídaný správním řádem.
20. V návaznosti na toto porušení dále zadavatel namítá, že když Úřad správní řízení, která měla být správně zahájena samostatně, nespojil, nemohl následně přezkoumání některých zakázek ze společného řízení vyloučit. Tím se dopustil porušení § 140 odst. 5 správního řádu. Pokud by zadavatel přeci jen připustil, že k vyloučení řízení došlo legálně, pak orgán dohledu nebyl oprávněn oznámit zahájení správního řízení, neboť vyloučením nedochází k zahájení nového správního řízení.
21. Závěrem odkazuje zadavatel na § 66 odst. 2 zákona a současně sděluje, že nesouhlasí, že zadavatel uzavřel smlouvu v rozporu se zadávacími podmínkami a návrhem uchazeče. Zúžení předmětu plnění si totiž zadavatel jakožto výhradu vymínil v čl. 2 odst. 5 zadávací dokumentace: „Zadavatel může před podpisem nebo během realizace předmět plnění zúžit a dodavatel je povinen tyto méněpráce akceptovat, a to formou odpočtu položky z oceněného výkazu výměr. Tím může dojít i ke změně platebních podmínek.“ Tuto výhradu zadavatel uplatnil i ve Smlouvě. Závěr orgánu dohledu tedy nemá oporu v předložených důkazech, a to konkrétně v zadávací dokumentaci. Smlouva byla uzavřena v souladu se stanovenými zadávacími podmínkami, a proto zadavatel neporušil § 66 odst. 2 zákona.

Závěr rozkladu

22. Zadavatel proto trvá na tom, že zákon neporušil, a navrhuje, aby napadené rozhodnutí bylo zrušeno.

Vyjádření dalších účastníků řízení

23. K rozkladu se vyjádřil vítězný uchazeč. Ten odkázal na svá předchozí vyjádření, která dosud ve správním řízení podal. Závěrem uvádí, že se ztotožňuje s podaným rozkladem.

III. Řízení o rozkladu

24. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. (dále jen „správní řád“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

25. 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 30. 7. 2007, č.j. S148/2007-14025/2007/510-jl, konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že nesplnil povinnost stanovenou v § 66 odst. 2 zákona a povinnost zakotvenou v § 27 odst. 3 písm. a) zákona tak, jak bylo rozvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, za což mu Úřad uložil pokutu ve výši 50 000,- Kč a současně mu uložil uhradit náklady správního řízení ve výši 1 000,- Kč podle § 79 odst. 5 správního řádu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

K podstatnému ovlivnění pořadí úspěšnosti nabídek

27. Ustanovení § 102 odst. 1 písm. a) a b) zákona stanoví, že správního deliktu se zadavatel dopustí tím, že uzavře s vybraným uchazečem smlouvu, aniž dodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek. Souhlasím proto se zadavatelem v tom smyslu, že pro uložení pokuty podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona za správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona musí být prokázáno, že k porušení zákona ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob je přitom naplněn tehdy, pokud v důsledku konkrétního porušení zákona ze strany zadavatele alespoň mohlo dojít k ovlivnění hodnocení nabídek. Nemohu však souhlasit s názorem zadavatele, že uzavření smlouvy na realizaci předmětu veřejné zakázky v rozporu se zadáním a vybranou nabídkou nemohlo podstatně hodnocení nabídek ovlivnit.
28. Otázkou ovlivnění hodnocení nabídek se Úřad dostatečně zabýval již v odůvodnění napadeného rozhodnutí (k tomu viz str. 10 napadeného rozhodnutí). Obdobně jako Úřad jsem toho názoru, že jakmile zadavatel zjistil, že z důvodu nedostatku finančních prostředků nemůže předmět veřejné zakázky realizovat vůbec nebo nikoli v tom rozsahu, s jakým počítal při jejím zadání, je na místě, aby zadávací řízení na tuto nerealizovatelnou veřejnou zakázku ještě před uzavřením smlouvy zrušil a poté vyhlásil nové zadávací řízení na nově vymezený předmět plnění. Podobně jako orgán dohledu tedy nemohu než trvat na tom, že změna předmětu plnění oproti zadání veřejné zakázky a vybrané nabídce je nepřípustná, a to s odkazem na § 66 odst. 3 zákona, podle nějž zadavatel uzavře písemnou smlouvu s vybraným uchazečem *v souladu se zadáním a vybranou nabídkou*.
29. V prvé řadě bylo v šetřeném případě bez dalších pochybností prokázáno, že smlouva uzavřená mezi zadavatelem a vítězným uchazečem obsahovala nepřípustné změny oproti zadání a nabídce, což ostatně ani sám zadavatel nepopírá. K tomu jen odkazuji na přílohu č. 3 Smlouvy nazvanou „Technická specifikace částí dodávek“, jejímž obsahem je část označená výslovně jako „Změny v technickém řešení oproti původní nabídce (předané projektové dokumentaci)“. Z této části vyplývá, že došlo ke změně skladeb

střech, oken, obvodového pláště a keramických obkladů a dlažeb tak, že původní nabídková cena bez DPH byla o cca 6,7 mil. Kč dražší než finální smluvní cena.

30. V souvislosti s výše uvedeným zjištěním mám zato, že pokud by zadavatel zadal novou veřejnou zakázku odlišného technického řešení, mohl obdržet více nabídek či i jen jednu výhodnější nabídku, než na jakou uzavřel smlouvu. Tomuto závěru přispívá i skutečnost, že v tuto chvíli ani nelze prokázat, zda rozdíl mezi původní nabídkovou cenou a smluvní cenou po změně technického řešení skutečně odpovídá změněnému technickému řešení předmětu plnění oproti zadání (a nabídce vítězného uchazeče). Nelze proto současně vyloučit, že by předmět plnění po změně jeho technického řešení nemohl být jiným uchazečem nabídnut ještě za nižší cenu a celkově za výhodnějších podmínek. Právě v tom spatřuji nejmarkantnější netransparentnost zadavatelova postupu, a trvám na tom, že tento postup zadavatel mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

K namítanému nezařazení kopie vyjádření zadavatele do spisu

31. Předem uvádím, že přílohou spisu vedeného pod sp. zn. S148/2007 je také spis sp. zn. S080/2007, který obsahuje zadavatelovo vyjádření ze dne 27. 3. 2007 k zahájenému správnímu řízení vedenému pod sp. zn. S080/2007. Přímo ke správnímu řízení sp. zn. S148/2007 se však zadavatel nevyjádřil. Pokud se jedná o zmíněné vyjádření zadavatele ze dne 27. 3. 2007, jeho obsah je uveden v rozhodnutí vydaném ve věci sp. zn. S080/2007, přičemž v tomto rozhodnutí je výslovně uvedeno, že závěry k postupu zadavatele při zadání původní veřejné zakázky a dodatečných stavebních prací zahrnutých v dodatku č. 1 ke Smlouvě jsou obsaženy v napadeném rozhodnutí. Jak jsem zjistil, přestože napadené rozhodnutí výslovně nepřejímá do textu svého odůvodnění obsah vyjádření zadavatele ke správnímu řízení sp. zn. S080/2007, Úřad se fakticky se všemi argumenty v napadeném rozhodnutí vypořádal. Výše zmíněné vyjádření je navíc po obsahové stránce shodné s vyjádřeními vítězného uchazeče, a proto jsem neshledal, že by se Úřad opomněl některou podstatnou skutečností uvedenou ve shora zmíněném vyjádření zabývat nebo že by nevypořádal všechny vznesené argumenty. To ostatně zadavatel ani nenamítá a z podaného rozkladu lze pouze vyvodit, že brojí proti skutečnosti, že kopie výše uvedeného vyjádření nebyla zařazena do spisu S148/2007, přestože (jak bylo taktéž výše uvedeno), spis vedený pod sp. zn. S080/2007 tvoří přílohu spisu sp. zn. S148/2007, a tedy nic nebránilo účastníkům řízení se s jeho obsahem seznámit při nahlížení podle § 38 správního řádu. Postupem Úřadu tedy nedošlo k zásahu do práv některého účastníka řízení a žádnému současně nebylo ani zabráněno realizovat práva jim ve správním řízení přiznaná.

Ke způsobu stanovení lhůt

32. Ustanovení § 39 a § 40 správního řádu nelimitují možnost správnímu orgánu stanovovat lhůty datem. Současně tato ustanovení (a taktéž ani jiné ustanovení správního řádu) neukládají správnímu orgánu povinnost lhůty stanovovat výhradně ve dnech (týdnech, měsících, letech). Postup Úřadu při stanovování lhůt za účelem provedení úkonu – podání vyjádření k zahájenému správnímu řízení nebo k podkladům pro rozhodnutí, tedy byl plně v souladu se správním řádem.
33. Pro úplnost dodávám, že účastník řízení, který by lhůtu považoval za nedostatečnou (ať již ze subjektivních či objektivních důvodů), má možnost Úřad požádat o její

prodloužení postupem podle § 39 odst. 2 správního řádu. Dále připomínám, že proti usnesení, jímž se stanovují lhůty podle § 39 odst. 1 správního řádu k provedení konkrétního úkonu, je přípustné odvolání, resp. rozklad. Úřad však neobdržel ani žádost o prodloužení lhůty, ani rozklad proti usnesení ze dne 6. 6. 2007, č.j. S148/2007-10890/2007/510-jl, tudíž Úřad mohl mít oprávněně zato, že proti způsobu stanovení lhůt ve správním řízení zadavatel nic nenamítá.

K vyloučení části přezkoumávaných úkonů ze správního řízení sp. zn. S080/2007

34. Úvodem uvádím, že správnímu řízení vedenému pod sp. zn. S080/2007 předcházela podnět, který zpochybňoval zákonnost úkonů zadavatele ve všech třech výše zmíněných veřejných zakázkách. Z předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, neboť celkový rozsah dodatečných stavebních prací předkročil 20 % ceny původní veřejné zakázky, a tedy Úřadu současně vznikla pochybnost, zda byly dány podmínky pro zadání veřejných zakázek „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“ a „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové III“ v jednacím řízení bez uveřejnění. Z uvedeného důvodu Úřad správně zahájil jedno správní řízení pro všechny tři veřejné zakázky, neboť existovala důvodná obava, že zadavatel nebyl oprávněn postupovat podle § 23 odst. 7 písm. a) bod 4. zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, přičemž porušení výše uvedeného ustanovení bylo možné vyslovit jen při současném přezkoumání všech tří (vzájemně úzce souvisejících) zakázek.
35. Následně však Úřad zjistil, že pouze veřejná zakázka „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové III“ byla zadána v režimu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách. Z uvedeného důvodu usnesením ze dne 22. 5. 2007, č.j. S080/2007-09976/2007/510-jl, bylo ze správního řízení sp. zn. S080/2007 vyloučen přezkum veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“ a „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“, neboť byly zadány ještě podle předtím platného zákona. Ustanovení § 140 odst. 3 správního řádu nelimituje vyloučení věci ze společného řízení k samostatnému rozhodnutí na podmínku, že předtím bylo několik správních řízení spojeno v řízení jediné. Jediným důvodem pro aplikaci postupu podle § 140 odst. 3 správního řádu je urychlení řízení nebo jiný důležitý důvod, za nějž nepochybně je třeba považovat skutečnost, že část přezkoumávaného předmětu správního řízení spadá pod režim jiného zákona než toho, podle kterého bylo správní řízení zahájeno. S ohledem na výše uvedené jsem neshledal v postupu Úřadu žádné procesní pochybení. Nad rámec výše uvedeného upozorňuji, že usnesení ze dne 22. 5. 2007, č.j. S080/2007-09976/2007/510-jl, nebylo žádným z účastníků řízení napadeno rozkladem.

K výhradě zúžení předmětu plnění v čl. 2 odst. 5 zadávací dokumentace

36. Obdobně jako orgán dohledu považuji za prokazatelné, že došlo k porušení § 66 odst. 3 zákona. Jak jsem již uvedl výše k otázce podstatného ovlivnění hodnocení nabídek, zadavatel je povinen uzavřít písemnou smlouvu s vybraným uchazečem jediné *v souladu se zadáním a vybranou nabídkou*. Výhrada učiněná v zadávací dokumentaci tak postrádá jakoukoli právní závaznost, neboť odporuje platnému právnímu předpisu, a tudíž odkaz na ni nelze v žádném případě akceptovat jako argument, proč se zadavatel může vyhnout povinnosti jemu uložené § 66 odst. 3 zákona.

K věcnému posouzení případu

37. Pro úplnost dodávám, že zadavatel porušil při zadání shora uvedených veřejných zakázek nejen § 66 odst. 3 zákona, ale také § 27 odst. 3 zákona, neboť finanční objem víceprací zadaných v jednacím řízení bez uveřejnění (tedy ve veřejné zakázce „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu v Orlové II“) sice nepřekročil zákonný limit 20 %, nicméně formou jednacím řízení bez uveřejnění byly nepřípustně zadány i práce, které měly být součástí zadání původní veřejné zakázky zadávané formou užšího řízení („Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“). Jednalo se konkrétně o saunu, parní komoru a ledovou komoru, které byly součástí původní projektové dokumentace a které nelze označit za práce, které byly nezbytně nutné pro dokončení původní veřejné zakázky. Tyto práce proto měly být zadány buď odděleně a stejným způsobem jako původní veřejná zakázka „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“, nebo společně s ní. Upozorňuji však pro úplnost, že zadáním sauny, parní komory a ledové komory v samostatné veřejné zakázce by nesměl být dotčen zákaz dělení veřejné zakázky pod zákonné finanční limity (viz § 18 odst. 3 zákona), a proto by pro způsob jejich zadání byl rozhodný součet jejich předpokládané ceny a předpokládané ceny veřejné zakázky „Rekonstrukce a modernizace Krytého bazénu“, tedy celková cena stavebních prací (§ 51 odst. 1 zákona).

K uložené sankci

38. S ohledem na výše uvedené, když je zřejmé, že porušení zákona zadavatelem mohlo podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, jsem shledal, že byly splněny podmínky pro postup podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona. Závěr rozhodnutí vychází sice jen z potenciální možnosti ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, avšak to zcela postačuje pro uložení pokuty. Taktéž jsem shledal, že se Úřad otázkou přiměřenosti sankce dostatečně zabýval a zohlednil všechny relevantní skutečnosti (zejména ekonomickou situaci zadavatele a závažnost spáchaného porušení) a správně kladl důraz na preventivní charakter uložené sankce.

V. Závěr

39. 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, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
40. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

P o u ě n í

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

Ing. Martin Pecina, MBA
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Mgr. Vlastimil Křesálek, jednatelem společnosti JUSTITIA, s.r.o., IČ: 25392875, se sídlem 28. října 1142/168, 709 00 Ostrava – Mariánské Hory
2. JUDr. Pavel Zajíc, advokát se sídlem Trocnovská 2a, 702 00 Ostrava – Přívoz,
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce