



UOHSX003OKUL

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé

V Brně dne: 29. května 2012

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 4. 3. 2011 z moci úřední, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – město Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary, zast. Ing. Petrem Kulhánkem, primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 15. 3. 2011 JUDr. Vladimírem Töglem, advokátem, se sídlem Ostrovského 253/3, 150 00 Praha 5,

vybraný uchazeč - společnosti

- SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, za niž jedná Ing. Dalibor Koblíček a Ing. Martin Borovička, jednatele,
 - BAU-STAV a.s., IČ 14705877, se sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary, za niž jedná Ing. Petr Novák, předseda představenstva,
 - Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Jiří Bělohlav, předseda představenstva, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 21. 7. 2011 advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČ 26454807, se sídlem Týn 1048/3, 110 00 Praha 1,
- které dne 18. 4. 2006 uzavřely Smlouvu o sdružení č. B-sdr 006/06,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavírání dodatků ke smlouvě o dílo č. H 034/06/19002 na realizaci veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ uzavřené dne 20. 12. 2006 a při volbě druhu zadávacího řízení při zadávání veřejných zakázek „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, a „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků

společnosti KV Arena, s.r.o.“, zadávané v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, **rozhodl takto:**

I.

Zadavatel – město Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary – se dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb. o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když

a) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona a veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ zadal na základě jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití,

b) nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona a veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití,

příčemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek.

II.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – městu Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 500 000,- Kč (pět set tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon"), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele města Karlovy Vary, IČ 00254657, se sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary, zast. Ing. Petrem Kulhánkem, primátorem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 15. 3. 2011 JUDr. Vladimírem Töglem, advokátem, se sídlem Ostrovského 253/3, 150 00 Praha 5 (dále jen „zadavatel“) při uzavírání dodatků ke smlouvě o dílo č. H 034/06/19002 na realizaci veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ uzavřené dne 20. 12. 2006 se společností SYNER, s.r.o., IČ 48292516, se sídlem Rumunská 655/9, 460 01 Liberec, BAU-STAV, společnost s ručením omezeným, IČ 14705877, se sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary, a Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8 (dále jen "vybraný uchazeč").

Průběh správního řízení

2. Na základě uvedeného podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal veškerou dokumentaci související s uzavřením dodatků k předmětné smlouvě č. H 034/06/19002. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem 28 dodatků k předmětné smlouvě. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení obdržené dokumentace získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když dodatečné stavební práce zadal vybranému uchazeči, zahájil správní řízení z moci úřední.
3. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - vybraný uchazeč.
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-2523/2011/540/PVé ze dne 15. 2. 2011, v němž seznámil účastníky řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-2524/2011/540/PVé ze dne 25. 2. 2011 stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 4. 3. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním z účastníků řízení, bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem. Dne 14. 3. 2011 a 6. 4. 2011 vydal Úřad opravná usnesení č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-3963/2011/540/PVé a ÚOHS-S57/2011/VZ-5261/2011/540/PVé.

Vyjádření zadavatele ze dne 29. 3. 2011

5. Dne 29. 3. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž především uvádí, že nebylo jakýmkoliv způsobem doposud meritorně rozhodnuto o neplatnosti uzavřené smlouvy č. H 034/06/19002, a proto nemůže Úřad v oznámení o zahájení správního řízení uvádět, že uzavřené dodatky k této smlouvě jsou neplatné jen z toho důvodu, že původní zadávací řízení konané za účinnosti zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, na základě něhož byla uzavřena smlouva o dílo, bylo provedeno v rozporu s tehdy účinným zákonem. Smlouva o dílo č. H 034/06/19002, která byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 20. 12. 2006, je dle zadavatele platná a není tedy důvod pochybovat o platnosti dodatků uzavřených k této smlouvě.
6. Ve vztahu k postupu při zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovní a kongresové centrum Karlovy Vary - změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena s.r.o.“ zadavatel uvádí, že postupoval podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož v rámci této veřejné zakázky se jednalo o tzv. technickou nemožnost plnění prostřednictvím jiného dodavatele, tj. o situaci, kdy by výsledky stavebních prací od jiných dodavatelů, než vybraného uchazeče, byly nekompatibilní se zařízeními, jež má zadavatel již v držení, popř. jejich „stavebně technické a technologické propojení“ by nebylo bezpečné, nebo zdravotně nezávadné, nebo jinak odporující celé řadě technických norem a požadavků kladených na provoz předmětných zařízení. Základní problém dle zadavatele spočíval v tom, že další případný dodavatel, např. vzešlý z jiného zadávacího řízení, by nebyl schopen realizovat právě tuto předmětnou veřejnou zakázku, pakliže v tomto konkrétním případě na stejné stavbě již jiný, tj. původní dodavatel zhotovil již zhruba 75 % díla a následně by další dodavatel na jeho dílo

technicky či technologicky navazoval a vedle sebe by pak takto na různých částech díla „participovali“ dva dodavatelé, přičemž původní dodavatel by realizoval již původně vysoutěženou část díla a další dodavatel by svou činností realizoval nově vysoutěžené vícepráce a pak by oba tito dodavatelé, na základě dvou samostatně uzavřených obchodně právních závazkových vztahů předali objednateli díla svou konkrétní zhotovenou část díla.

7. To by dle zadavatele vedlo k právnímu, organizačnímu a technickému chaosu, v jehož důsledku by byl nejvíce postižený zadavatel, a to jak v rovině časové, ekonomické a v rovině právních záruk provedeného díla, tak i z hlediska technické slučitelnosti a organizačních problémů. Podstata postupu zadavatele v rámci aplikace díky § 23 odst. 4 písm. a) zákona je dle zadavatele jeho určitá „ochrana“ před vstupem dalšího, byť i vysoce kvalifikovaného subjektu, který by za jiných okolností byl zcela nepochybně schopen provést dané dílo, ale toto dílo není, z výše popsaných důvodů, schopen provést v daném místě, aniž by to mělo pro zadavatele výše popsané negativní dopady.

Vyjádření zadavatele ze dne 22. 4. 2011

8. Dne 22. 4. 2011 obdržel Úřad doplnění vyjádření zadavatele, v němž doložil konkrétní technické důvody, jež ho vedly v případě veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ k použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z vyjádření vyplývá, že předmět této veřejné zakázky souvisel s navrženými dispozičními a prostorovými úpravami jednotlivých podlaží, které akcentovaly a zvyšovaly možnost komerčního využití jednotlivých prostor s cílem zlepšit ekonomiku budoucího provozu multifunkční haly a areálu jako celku oproti původně navrženému řešení, přičemž současně nové řešení taktéž zohledňovalo dosažený technický pokrok v oblasti technického řešení slaboproudých rozvodů, rozvodů STA, řešení audio video, kamerového systému aj., a dále zohledňovalo využití rozvodů již dříve navrženého a schváleného velkokapacitního kina jako integrální součásti multifunkční haly. Soupis nových řešení (hlavních dílčích změn) stavebně dispozičního a technického řešení objektů byl zadavatelem uveden následovně:

„A. Objekt SO 01 Multifunkční hala:

- Nové dispoziční řešení prostor v 2.NP v JV části objektu, kde namísto původního uspořádání a využití pro posilovnu, šatnu Camp pouze pro sportovce, jsou nově navrženy prostory fitness pro veřejnost a související zázemí včetně nutného přemístění polohy whirlpoolu, relaxu, atd.,
- Nové dispoziční a stavebně technické řešení prostoru v 2.NP v SZ části objektu, kde namísto původně řešené recepcie je nově navržen uzavřený prostor pro akreditaci se samostatným přístupem a zázemím,
- Nové dispoziční řešení (zázemí catering, salonek, studio) ve 4.NP v JV části objektu, kde jsou prostory nově členěny vzhledem k požadavkům provozovatele,
- Návrh nových komerčních kancelářských prostor a otevení zázemí komentátorů v 5. NP v JV části objektu vzhledem k požadavkům provozovatele na komerční využití ploch
- Nově navržené 4 skyboxy namísto zrušeného sociálního zařízení a zvýšení komfortu části skyboxů doplněním sociálního zařízení ve 4.NP v J a JZ části objektu

- Náhrada systému vnitřního osvětlení objektu zářivkovým osvětlením namísto původního provozně energeticky náročného výbojkového osvětlení.
- Atd.

B. Objekt SO 01 Tréninková hala:

- Nové řešení sociálního a hygienického zařízení pro osoby se sníženou pohybovou schopností s ohledem na akcentování využití objektu pro sledge hokejisty v 2.NP v JV části objektu,
- Nové řešení prodejny „Ticket“ úpravou (doplněním) komunikačního jádra na východním nároží objektu pro zvýšení komerční využití této části stavby,
- Nové řešení restaurace s příslušným zázemím namísto původního řešení kanceláří v severní části objektu a nové řešení kanceláří provozovatele,
- Nové dispoziční řešení kanceláří ve 4.NP v severní části objektu s ohledem na navržené změny ve 3.NP a upřesnění potřeb hokejového oddílu,
- Náhrada systému vnitřního osvětlení objektu zářivkovým osvětlením namísto původního provozně energeticky náročného výbojkového osvětlení.
- Atd.“

9. Dle zadavatele by vstup dalšího, na původním zhotoviteli zcela smluvně nezávislého, nového zhotovitele, znemožňoval původnímu zhotoviteli dostat v této části svým závazkům ze smlouvy o dílo, zejména svým závazkům v oblasti evidence, bezpečnosti a ochrany zdraví cizích osob, pobývajících souběžně s pracovníky původního zhotovitele po staveništi, jakož i závazkům v oblasti ochrany majetku proti poškození, či zcizení, atd. Zadavatel uvádí, že původní zhotovitel odpovídal a odpovídá objednateli za jakost dodávky zařízení jako funkčního celku i jeho jednotlivých komponent. Vstupem dalšího nového zhotovitele by došlo k obtížně, či zcela neřešitelným problémům s poskytnutím, či převzetím spolehlivých záruk za jakost díla jako celku, která je pro funkci systému rozhodující. Původní zhotovitel by nejenže nemusel převzít záruku za jakost dalším novým zhotovitelem provedené části celého systému, ale mohl by odmítnout i záruku za dodávky a práce za jím provedené dílo, a to z důvodu, že předmětem nové veřejné zakázky jsou dodávky a práce, které se stávají integrální součástí původních souborů (systémů) a nikoliv jen jejich samostatně fungující oddělitelnou částí a jako takové jsou uváděny do provozu v závislosti na provozu původních systémů (souborů, či profesí), s nimiž sdílejí ovládací a měřicí prvky, napájení el. energií atp. Současně by došlo k problémům s dodržováním provozně bezpečnostních předpisů, s dodržováním postupů posuzování shody podle zákona č. 22/1997 Sb. o technických požadavcích na výrobky ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZTPV“), atd. Například konkrétně pro kapitolu/profesi Provozní rozvod silnoproudu. Úvaha, že by elektrické rozvaděče a další vyhrazená elektrická zařízení původního zhotovitele stavby mohly být změněny, či dokončovány novým zhotovitelem, jako vybraným uchazečem další veřejné zakázky na provedení změny stavby podle požadavků společnosti KV Arena,s.r.o., je zcela nereálná a v případě realizace by vedla k porušení právních předpisů a ke stavu, že by takto změněné výrobky nemohly být posouzeny jako bezpečné a nebylo by je možné uvést do provozu. Z tohoto pohledu by dodávky a činnosti nového zhotovitele byly

v daném legislativním rámci hodnoceny jako nekompatibilní s dodávkami a pracemi původního zhotovitele. Analogických příkladů ke shora uvedenému příkladu lze dle zadavatele najít více.

10. Zadavatel dále uvádí, že původní zhotovitel rovněž odpovídal za technickou (rozměrovou a funkční) kompatibilitu a koordinaci navržených změn s již dodaným a namontovaným zařízením, ale i s navazujícími kapitolami (profesemi). To lze však dle zadavatele splnit pouze za předpokladu, že navazující zhotovitelé jsou jeho smluvními subdodavateli. To by však neplatilo se vstupem nového zhotovitele, který by neměl s původním zhotovitelem uzavřený smluvní vztah, k jehož uzavření původního zhotovitele navíc nic nezavazovalo. V době uzavření dodatku smlouvy o dílo, na jehož základě byla veřejná zakázka „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum - změny stavby dle požadavků KV Arena, s.r.o.“ plněna a splněna, byly změnou dotčené profese již v rozpracovanosti v rozmezí cca 40 až 75% (odborný odhad), v závislosti na druhu profese a rozsahu části, jež byla předmětem změny. Vstup nového zhotovitele k provedení změn podle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o., pokud by byl z technického hlediska a z hlediska provádění stavby vůbec možný, by za tohoto stavu rozpracovanosti vyvolal organizační a právní chaos.
11. K dokreslení shora uvedených skutečností a k nastínění možných analogických situací zadavatel dále uvedl některá další řešení změn stavby, která byla součástí veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum - změny stavby dle požadavků KV Arena, s.r.o.“ jejichž provedení jiným (novým) zhotovitelem by ze shora uvedených důvodů nebylo dle zadavatele technicky nemožné, např.:

Tepelná technika, zásobování teplem a chladem

- Doplnění systému tepelných rozvodů a otopných těles v návaznosti na provedené části tepelné techniky a stavebně dispoziční změny.

Vzduchotechnika.

- Doplnění nového odvodu vzduchu z prostoru nabíjení rolby v Multifunkční hale. Nové řešení bylo vyvoláno požadavkem provozovatele stavby na záměnu média pohonu rolby ze zemního plynu na el. energii a spočívá v doplnění stávajícího systému o další potrubní větve a ventilátor s ovládáním od nabíječky pro odtah plyných zplodin nabíjení el. akumulátorů rolby.
- Doplnění nového přívodu vzduchu do prostoru akreditace v Multifunkční hale. Nové řešení bylo vyvoláno požadavkem provozovatele stavby na změnu pracoviště původní recepce nově na uzavřenou místnost akreditace.
- Doplnění nového chladicího zařízení a změny přívodního zařízení do nově řešených prostor režie v Multifunkční hale. Nové řešení bylo vyvoláno požadavkem provozovatele stavby na nová řešení prostor režie.
- Nové řešení vzduchotechnické zařízení v nově řešené restauraci zázemí v Tréninkové hale. Nové řešení bylo vyvoláno požadavkem provozovatele stavby na nové řešení restaurace se zázemím namísto původních kanceláří.

Zdravotechnika:

- Doplnění, či změny rozvodů a zařizovacích předmětů v návaznosti na provedené části zdravotnické a stavebně dispoziční změny.

Audiovizuální systémy:

- Na základě posouzení původního rozsahu a technické úrovně řešení kapitoly Slaboproud bylo rozhodnuto, že původní kapitola slaboproud bude zčásti ponechána v zásadě beze změn (EVS, EPS, TÚ, připojení PCO, kabelové žlaby, jednotný čas atd.) a zčásti změněna, či doplněna o následující podkapitoly, či zařízení (Vybavení zvukové režie, Obrazová režie LED, Kamerová technika, Televizní režie, Televizní studio, Ozvučovací systémy haly, Tv informační systém, Evakuační rozhlas, Kamerový systém – CCTV).

12. Dle zadavatele se jednalo z větší části o podkapitoly, které bylo nutno řešit ve vzájemné technické koordinaci, tj. např. s využitím souběhu kabeláží na nosných prvcích, ve vzájemné návaznosti, či funkčním propojení s původními kapitolami atp.
13. Vzhledem k tomu, že Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že konečný počet dodatků předmětné smlouvy o dílo č. H 034/06/19002 je vyšší než původně oznámených 28, vyžádal si usnesením č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-7118/2011/540/PVé ze dne 5. 5. 2011 od zadavatele vyjádření, jaký je celkový počet takto uzavřených dodatků, podle jakého druhu zadávacího řízení byly zadávány a zaslání dokumentace vztahující se k těmto dodatkům.

Vyjádření zadavatele ze dne 19. 5. 2011

14. Dne 23. 5. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž uvádí, že konečný počet smluvních dodatků uzavřené smlouvy o dílo č. H 034/06/19002 činí 41 (56 změnových listů). Dle zadavatele se prostřednictvím tzv. změnových listů u tak rozsáhlé stavby v rámci realizace díla postupně řešily různě vznikající stavební, technické, technologické a organizační záležitosti, které buď vůbec neměly žádný vliv jak na termín dokončení díla a celkový rozsah předmětu díla, tak ani na celkovou cenu díla a kvalitu odevzdaného díla. Do této první kategorie patřily zejména některé změny díla uvedené v tzv. změnových listech, u kterých šlo pouze o technickou záměnu materiálu, který se např. v mezidobí od uzavření smlouvy přestal vyrábět a byl nahrazen kvalitativně stejným materiálem. Druhou kategorií změn řešenou těmito změnovými listy tzv. „za pochodu“, byly takové změny, které se rovněž postupně vztahovaly k termínu, rozsahu, ceně a kvalitě předmětu díla, které však v různých vzájemných kombinacích sice neměly žádný vliv na termín dokončení díla a celkový rozsah předmětu díla, ale měly vliv jak na zvýšenou kvalitu odevzdaného díla, tak i na dílčí část nabídkové ceny, která však jako celek nebyla překročena. Mezi tyto případy rovněž patřily i takové změny, které sice neměly vliv na termín dokončení díla, ale celkový rozsah předmětu díla se buď snižoval (méněpráce), nebo dílčím způsobem zvyšoval (vícepráce), popř. nastala vzájemně obojí situace, ale tyto změny rovněž neměly vliv na kvalitu odevzdaného díla, ale měly pouze vliv na dílčí část nabídkové ceny, která se dle okolností v případě tzv. méněprací odečetla a v případě víceprací připočítala k celkové ceně díla. Rovněž však i v těchto případech nedošlo k překročení maximálně přípustné nabídkové ceny vyplývající ze zadávacího řízení. Zadavatel současně dodává, že v případě odpočtu méněprací ve vztahu k připočítání hodnoty víceprací se nikdy nejednalo o vzájemné započtení těchto částek na celkovou cenu díla. Zadavatel v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a odbornými

stanovisky Ministerstva pro místní rozvoj k této problematice vždy striktně od sebe odlišoval situace, kdy pod pojem vícepráce podřadil veškeré výdaje spojené nejen s větším rozsahem objektivně nepředvídaných provedených prací, ale také se záměnou použitých stavebních materiálů, pakliže při realizaci díla tato potřeba objektivně vznikla z titulu kvalitativní či kvantitativní záměny materiálů. Pokud však při realizaci této veřejné zakázky z titulu provedení menšího rozsahu předmětu díla a nebo potřeby záměny použitých stavebních materiálů vznikly tzv. méněpráce, pak se pro zadavatele z právního hlediska dle § 7 odst. 1 zákona nikdy nejednalo o nový výdej veřejných prostředků, ale o úsporu veřejných prostředků, které však nemohl použít na vrub nové, tj. jiné veřejné zakázky, která nebyla původně podkladem pro uzavření smlouvy v rámci níž dochází k přesunu těchto finančních prostředků. Zadavatel proto prováděl odpočet ceny za méněpráce z celkové ceny předmětu VZ pouze z hlediska fakturace skutečně provedených prací, ale současně k takto snížené ceně provedených prací nikdy následně nepřipočítal hodnotu víceprací představujících dodatečně plnění veřejné zakázky, neboť zadavatel vycházel z toho, že celkový rozsah stavebních prací nepřekročí 20 % původní ceny veřejné zakázky a nikoliv z ceny realizovaných stavebních prací dodatečně snížených o hodnotu méněprací. Třetím případem pro použití tzv. změnových listů byly situace, kdy se rovněž nejednalo o změnu termínu dokončení, rozsahu díla či celkovou cenu díla, ale byla pouze zvýšena kvalita odevzdaného díla.

15. Usnesením č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-9459/2011/540/PVé ze dne 15. 6. 2011 si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření s určením, které změnové listy, resp. dodatky, souvisely s pracemi vyplývajícími z původně uzavřené smlouvy o dílo č. H 034/06/19002, které souvisely s pracemi vyplývajícími z uzavření dodatku č. 2 k této smlouvě a které souvisely s pracemi vyplývajícími z uzavření dodatku č. 32 k této smlouvě.

Vyjádření zadavatele ze dne 28. 6. 2011

16. Dne 30. 6. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž se vyjádřil k charakteru dodatků č. 2 a č. 32 ke smlouvě č. H 034/06/19002, přičemž uvádí, že dodatkem č. 2 byly v rámci dodatečných stavebních prací provedeny stavební úpravy stavby Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary, označené jako "úprava pro kino", a to za účelem vytvoření podmínek pro budoucí funkční využití tohoto objektu. Zadavatel uvádí, že předmětem stavebních úprav byla v zásadě vestavba stabilní promítací kabiny do prostoru části oblouku hlediště v multifunkční hale. Předmět plnění byl jednoznačně vymezen a určen pro tyto stavební úpravy samostatně zpracovanou projektovou dokumentací, včetně soupisu prací, dodávek a výkazu výměr, které byly součástí dokumentace k předmětné veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary - úprava pro kino“. Tato veřejná zakázka byla projednána v jednacím řízení bez uveřejnění, zadána a v zadaném rozsahu splněna zhotovitelem. Dodatkem č. 32 došlo ke zhotovení (provedení) stavebních úprav/změn stavby Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary, označeným jako "změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena,s.r.o.", a to za účelem splnění požadavků budoucího provozovatele stavby. Předmětem stavebních úprav byly v zásadě změny dispozičního uspořádání v multifunkční hale a v hale tréninkové a z toho vyplývající změny profesí stavby. Předmět plnění byl jednoznačně vymezen a určen pro tyto stavební úpravy samostatně zpracovanou projektovou dokumentací, včetně soupisu prací, dodávek a výkazu výměr, které byly součástí dokumentace k předmětné veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary - změny stavby

dle požadavků společnosti KV Arena s.r.o.". Tak byla tato veřejná zakázka projednána v jednacím řízení bez uveřejnění, zadána a v zadaném rozsahu splněna zhotovitelem.

17. K ostatním dodatkům zadavatel uvádí, že tyto tzv."technické" dodatky smlouvy o dílo, uzavřené na podkladu příslušných odsouhlasených změnových listů, se dle jeho názoru vztahovaly pouze k pracím vyplývajícím z původní veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum", a tudíž se nevztahovaly z hlediska víceprací či méněprací k uzavřeným dodatkům č. 2 a č. 32.
18. Vzhledem k tomu, že Úřad z obdržení podkladů získal pochybnost o postupu zadavatele, když veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ a „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“, zadával v jednacích řízeních bez uveřejnění, seznámil účastníky správního řízení s těmito novými skutečnostmi dopisem č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11363/2011/540/PVé ze dne 22. 7. 2011 a stanovil jim lhůtu k vyjádření k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 10. 8. 2011

19. Dne 10. 8. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele, v němž konstatuje, že stavební práce, které byly předmětem veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary - úprava pro kino" byly takového charakteru, že by jejich provedení bylo nezbytné k provedení původních stavebních prací předmětné veřejné zakázky. Podle zadavatele však všechny ostatní zákonné požadavky obsažené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona byly v rámci tohoto jednacím řízení bez uveřejnění naplněny, tzn. jednalo se o dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla z důvodu objektivně nepředvídaných okolností, stavební práce byly zadány témuž dodavateli, stavební práce nemohly být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, celkový rozsah stavebních prací nepřekročil 20% ceny původní veřejné zakázky. Zadavatel konstatuje, že při výběru vhodného ustanovení upravujícího jednacím řízení bez uveřejnění využil právě shora uvedeného § 23 odst. 7 písm. a) zákona, který je zadavateli nejčastěji používán pro zadávání víceprací v rámci stavebních zakázek. Zadavatel předmětnou veřejnou zakázku organizoval samostatně, bez využití specializované advokátní kanceláře a vzhledem k naplnění všech ostatních shora citovaných podmínek § 23 odst. 7 písm. a) zákona považoval právě toto ustanovení ZVZ jako nejvhodnější. V každém případě však šlo dle zadavatele o veřejnou zakázku, kterou bylo nutno zadat v jednacím řízení bez uveřejnění výzvou jedinému zadavateli. Zadavatel se proto domnívá, že výběr odstavce zákona, ze kterého při zahájení jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel vycházel, tak nemohl mít vliv na okruh vyzvaných zájemců, natož pak na výběr nejvhodnější nabídky.
20. Ve vztahu k veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary - změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena,s.r.o.“, zadavatel uvádí, že ve svých předchozích vyjádřeních dostatečně zdůvodnil technickou nemožnost plnění prací, které byly předmětem této veřejné zakázky jiným dodavatelem, a to jak již uvedl ve svém vyjádření ze dne 22. 4. 2011, nejen z důvodu závažných a těžko řešitelných provozních problémů, které by případná změna dodavatele přinesla, a které by byly způsobitelné samy osobě použití § 23 odst. 4 písm. a) zákona odůvodnit, nýbrž i z důvodů bezpečnostních a zdravotních rizik

vyplývající z případného stavebně technického a technologického propojení zařízení případného nového dodavatele se zařízeními, která již byla použita před zahájením zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

21. Současně zadavatel za účelem potvrzení správnosti postupu zadavatele navrhuje provedení důkazu znaleckým posudkem soudního znalce v oboru stavebnictví, popř. i bezpečnosti práce, který by posoudil, resp. zodpověděl otázku, zda bylo v rámci obou shora uvedených jednacích řízení bez uveřejnění možné, aby stavební práce, které byly předmětem těchto zadávacích řízení, mohl bez způsobení provozních problémů (zejména při dodržení záruk za dílo, aj.), bez bezpečnostních a zdravotních rizik vyplývajících z případného stavebně technického a technologického propojení zařízení případného nového dodavatele se zařízeními, která již byla v rámci původní stavby použita zhotovitelem a v neposlední řadě bez navýšení celkové ceny díla vzniklé změnou zhotovitele stavby, provést jiný dodavatel vybraný mimo rámec jednacích řízení bez uveřejnění.

Závěry Úřadu

22. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“, zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
23. Podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž tehdy, jestliže veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem.
24. Podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že
1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
 2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
 3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

25. Zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 20. 12. 2006 smlouvu o dílo č. H 034/06/19002 na realizaci veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ (dále také „původní veřejná zakázka“). Z této smlouvy vyplývá, že termín plnění byl stanoven od 20. 12. 2006 do 19. 12. 2008.
26. V průběhu realizace předmětu plnění vyplývajícího z předmětné smlouvy o dílo č. H 034/06/19002 zadavatel s vybraným uchazečem uzavřel 41 dodatků k této smlouvě. Předmět dodatku č. 2 byl zadáván jako veřejná zakázka „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona (tato skutečnost je zřejmá z oznámení o zadání zakázky). Jak vyplývá z jednání, které se konalo dne 11. 1. 2007 a jehož se účastnili mimo jiné i zástupci zadavatele, bylo s ohledem na požadavky vyvolané potřebami souvisejícími se zajištěním Mezinárodního filmového festivalu v Karlových Varech dohodnuto nad rámec původního záměru doplnění řešení objektu multifunkční haly pro zajištění funkce velkokapacitního kina – osazení (zavěšení) promítacího plátna a elektroakustického systému, vizuální a akustické oddělení prostoru hlediště multifunkční haly od prostoru na ploše haly vymezeného pro kinosál, umístění a prostorové požadavky na zřízení promítací kabiny a technického zázemí ve variantě stabilní. Jak vyplývá ze znění dodatku č. 2 uzavřeného dne 21. 9. 2007 původní předmět díla veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary“ byl doplněn o stavbu označenou jako „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“, která vycházela z projektové dokumentace s názvem „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava projektu – velkokapacitní kino“. Smluvní cena za realizaci celého stavebního díla byla tímto dodatkem navýšena o 15 244 715,- Kč vč. DPH.
27. Předmět dodatku č. 32 byl zadáván jako veřejná zakázka „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků KV Arena, s.r.o.“ na základě jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jak vyplývá z výzvy k jednání, předmětem veřejné zakázky bylo zhotovení (provedení) stavebních úprav/změn stavby s názvem "Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary“ za účelem splnění požadavků budoucího provozovatele KV Arena, s.r.o., které akcentovaly a zvyšovaly možnost komerčního využití jednotlivých prostor z hlediska jejich funkce a provozních návazností s cílem zlepšit ekonomiku budoucího provozu multifunkční haly a areálu jako celku. Jako jeden z hlavních důvodů pro provedené změny zadavatel uvedl skutečnost, že projektová dokumentace pro stavební povolení a pro zadání stavby byla zpracována v roce 2005 a stavba měla být uvedena do rutinního provozu v průběhu roku 2009, tedy s odstupem více než 4 roky, přičemž zejména v oblasti technického řešení slaboproudých rozvodů, rozvodů STA, řešení audio a video, kamerového systému a. j. vycházelo původní projektové řešení z technických standardů odpovídající době koncepčního návrhu. Nově požadované řešení zohledňovalo dle zadavatele dosažený technický pokrok v uvedené oblasti. Současně úpravy/změny stavby dle této výzvy měly respektovat, využívat a vycházet ze změny stavby, která zahrnovala úpravu multifunkční haly pro promítací sál dle dodatku č. 2 ke smlouvě. Jak vyplývá ze znění dodatku č. 32 uzavřeného dne 2. 2. 2009 původní předmět díla veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary“ rozšířený dodatkem č. 2 o předmět veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ byl doplněn o stavbu označenou jako „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny

stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“, která vycházela z projektové dokumentace s názvem „Změny objektu SO 01 Multifunkční hala a spojovací krček a Změny objektu SO 02 Tréninková hala. “. Smluvní cena za realizaci celého stavebního díla byla tímto dodatkem navýšena o 77 930 571,- Kč vč. DPH.

28. K uvedenému Úřad uvádí, že v daném případě je nezbytné pohlížet na oprávněnost postupu zadavatele při realizaci výše uvedených jednacích řízení bez uveřejnění v kontextu původně zadávané veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary“ a také s ohledem na závěry vyplývající jak z vnitrostátní tak evropské judikatury. Přestože zadavatel požadoval po Úřadu provedení důkazu znaleckým posudkem ve věci existence technických důvodů pro zadání veřejných zakázek v jednacích řízeních bez uveřejnění, nepovažoval Úřad tento důkaz za relevantní ve věci jeho rozhodnutí, jelikož má za to, že závěry vyplývající z tohoto rozhodnutí by byly vždy na případných závěrech získaných z takového posudku nezávislé.
29. Otázkou možnosti změn návrhu smlouvy se v obecné rovině zabývá rozsudek Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) ve věci C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (presstext Nachrichtenagentur GmbH), přičemž jsou zde stanovena základní pravidla, podle kterých je třeba u změny obsahu smlouvy 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 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 vybrána.
30. Směr úvah Úřadu byl ve vztahu k postupu zadavatele formován taktéž závěry obsaženými v pravomocném rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr ze dne 16. 8. 2007, z nichž ve vztahu k uzavírání dodatků ke smlouvě vyplývá, že povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu se zadávacími podmínkami a vybranou nabídkou je nutno chápat funkčně, tedy že po celou dobu realizace veřejné zakázky musí být tato smlouva v souladu s původními zadávacími podmínkami a podanou vítěznou nabídkou, jinými slovy, že veřejná zakázka musí být realizována za podmínek, které byly sjednány v rámci zadávacího řízení (zveřejněním zadávacích podmínek a podáním vybrané nabídky), a nikoliv za podmínek, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měněny. Opačný výklad zákona by dle tohoto rozhodnutí zásadním způsobem zpochybnil smysl celého zadávacího řízení a potažmo zákona, neboť by umožňoval stranám smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky měnit formou dodatků podmínky, za kterých byla zakázka zadána, a výsledky zadávacího řízení by se tak fakticky staly pro zadavatele nezávazné.
31. Tato myšlenka byla pro Úřad v daném případě stěžejní, a to i přesto, že si Úřad uvědomuje i její limity v případě víceprací či neočekávaných událostí, ale právě tyto okolnosti, které vedou zadavatele k rozšíření či změně původních zadávacích podmínek jsou zásadní při rozlišování, kdy je využití jednacího řízení bez uveřejnění pro takovéto podstatné změny oprávněné a kdy nikoliv.
32. K uvedenému Úřad dále konstatuje, že zákon umožňuje v případě dodatečných stavebních prací a za splnění zákonem stanovených podmínek využít s odkazem na ust. § 23 odst. 7

písm. a) zákona pro jejich zadání jednacím řízením bez uveřejnění. Rozsah a charakter dodatečných stavebních prací, které toto ustanovení umožňuje zadavateli zadat původnímu zhotoviteli stavby, je však nutné při volbě způsobu zadání stavebních prací nutných k dokončení stavebního díla vnímat jako specifický a zákonem omezený. Při aplikaci předmětného ustanovení zákona je jednou ze zásadních podmínek ta okolnost, že potřeba takovýchto dodatečných stavebních prací vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Jak bude popsáno níže, tato okolnost v daných případech nenastala.

33. Jako další možnou variantu pro zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění lze považovat situaci, kdy je veřejnou zakázku nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, což umožňuje ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Takovýto postup by mohl být akceptován i v případě, kdy veřejná zakázka vedoucí k uzavření dodatku ke smlouvě mění podstatným způsobem původní zadávací podmínky. Tyto situace lze však považovat za výjimečné a je nutné konstatovat, že v daných případech s ohledem na uvedená zdůvodnění týkající se uzavřených dodatků ke smlouvě č. H 034/06/19002 taktéž nenastaly.
34. Jako další okolnosti umožňující zadavateli zadat dodatečně vzniklé stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění se jeví taktéž technické důvody jmenované mimo jiné v ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Jak však vyplývá z rozsudku č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002 je nutné takovéto důvody podrobit hlubší analýze.
35. V předmětném rozsudku bylo konstatováno, že „okolnosti, které by za jiné situace mohly aplikaci tohoto ustanovení aprobovat, by nemohly vycházet ze stavu, kdy si žalobce sám nejprve vytvořil ony podmínky a teprve až bylo právně nemožné nebo obtížné je změnit, dovolával se postupu dle citovaného ustanovení zákona“. Dle tohoto rozsudku je zákon třeba vykládat v souladu s účelem, jemuž slouží, což znamená vytvoření podmínek pro zabezpečení průhlednosti postupu zadávání. V případě, kdy si zadavatel nejprve vytvoří sám jistá právní omezení a teprve poté přistoupí k úvahám o tom, jaké ustanovení zákona o veřejných zakázkách aplikuje, nelze vnímat jako situaci pro výjimku postupu při zadávání veřejných zakázek.
36. Závěry vyplývající z tohoto judikátu jednak definují podstatnou oblast kompetence Úřadu v případě přezkumu oprávněnosti využití jednacích řízení bez uveřejnění zadavateli, ale především vytvářejí myšlenkovou základnu, o jejíž principy Úřad taktéž opírá svou argumentaci směřující k tvrzení, že v daném případě zadavatel nebyl oprávněn přistoupit k realizaci plnění vyplývajících z veřejných zakázek „Výstavní, sportovní a kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ a „Výstavní, sportovní a kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ na základě použití jednacích řízení bez uveřejnění, a že takovýto postup mohl mít podstatný vliv na výběr nejhodnějších nabídek.
37. Za účelem doložení takového tvrzení Úřad primárně uvádí, že jak již bylo uvedeno dříve, Úřad konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem, když ve veřejné zakázce „Výstavní, sportovní a kulturní a kongresové centrum“ uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona (v té době účinného

znění), protože neprovedl transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Dne 29. 2. 2008 nabylo právní moci rozhodnutí Úřadu č. j. S169/2007 – 16992/2007/540-AS, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R191/2007/02-04304/2008/310-Hr ze dne 26. 2. 2008.

38. Dle názoru Úřadu je jakýkoliv následující postup zadavatele, který by měl vyplývat ze smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem, zatížen důsledky vyplývajícími ze spáchání správního deliktu v původním zadávacím řízení. V případě, kdy Úřad prokazuje možný podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky v postupu zadavatele v předmětných jednacích řízeních bez uveřejnění, považuje tuto skutečnost za prokázanou právě s odkazem na skutečnost, že výběr nejvhodnější nabídky mohl být ovlivněn již v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“. Úřad k tomuto závěru dospěl v daném konkrétním případě především s ohledem na skutečnost, že předmětné dodatky č. 2 a č. 32 modifikují původní smlouvu o dílo č. H 034/06/19002, jelikož předmět jejich plnění nenavazoval na již zrealizovanou zakázku. Tudíž je nutné na ně pohlížet, což je v podstatě konstatováno i ve výše uvedeném rozhodnutí R087/2007/02-14942/2007/310-Hr, v souvislosti se všemi okolnostmi vyplývajícími z postupu zadavatele v původním zadávacím řízení. Kdyby tomu tak nebylo, bylo by v podstatě zadavateli umožněno „přidělovat“ vybranému uchazeči i přes chybně provedené původní zadávací řízení další plnění, což zcela jistě není záměrem zákona, jehož primárním účelem je zachování spravedlivého soutěžního prostředí při zadávání veřejných zakázek. Tento závěr Úřad dovozuje i přes argumentaci zadavatele, že původní smlouva nebyla Úřadem označena jako neplatná a tudíž zadavatel byl oprávněn využívat všech možností vyplývajících ze zákona v případě nově vzniklých stavebních prací souvisejících s předmětnou stavební akcí, jelikož dle názoru Úřadu v daném případě platí jeden ze zásadních právních principů a to, že právo nevzniká z bezpráví.
39. Přestože výše uvedený závěr považuje Úřad za zásadní pro určení, zda zadavatel v předmětných zadávacích řízeních postupoval v souladu se zákonem, shledává neoprávněnost využití jednacích řízení bez uveřejnění zadavatelem pro uzavření dodatku č. 2 a č. 32 ke smlouvě č. H 034/06/19002 také s ohledem na následující skutečnosti.
40. Je jednoznačné, že v případě veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ zadavatel nebyl oprávněn zadávat vzniklé stavební práce jako vícepráce s odkazem na ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, jelikož je evidentní, že potřeba stavebních prací vyplývajících z plnění této veřejné zakázky nevznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností (možnost začlenění kina byla dojednána se zadavatelem a ten ji odsouhlasil) a tyto dodatečné stavební práce nebyly nezbytné pro provedení původních stavebních prací (úprava pro kino nebyla součástí předmětu plnění původní veřejné zakázky). Zadavatel tak kumulativně nenaplnil podmínky uvedené v ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. S ohledem na skutečnost, že zadavatel ve formuláři o zadání předmětné veřejné zakázky uvedl jako důvod pro použití jednacího řízení bez uveřejnění skutečnost, že se jednalo o dodatečné stavební práce ve smyslu ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, považuje Úřad takovéto zdůvodnění za neopodstatněné a použití jednacího řízení bez uveřejnění s odkazem na toto ustanovení zákona za neoprávněné.
41. Vzhledem k tomu, že zadavatel zastává názor, že i přes možné „formální“ pochybení v označení důvodů pro jeho postup ve formuláři v Informačním systému veřejných zakázek,

v daném případě existovaly technické důvody pro zadávání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, považuje Úřad za nutné vyjádřit se i k této argumentaci zadavatele.

42. Primárně považuje Úřad za důležité připomenout důvody, které vedly zadavatele k realizaci veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“. V daném případě došlo k souběhu okolností, kdy zadavatel již v průběhu realizace stavebního díla vyplývajícího ze smlouvy č. H 034/06/19002 akceptoval požadavek vznesený zástupci organizací podílejících se na přípravě Mezinárodního filmového festivalu v Karlových Varech na úpravu multifunkční haly za účelem zprovoznění velkokapacitního kina. Toto je dle Úřadu klíčová skutečnost v postupu zadavatele, jelikož právě tato akceptace změn zapříčinila situaci, kdy zadavatel začlenil předmět plnění, který mohl být poptáván samostatně nezávisle na stavebním díle multifunkční haly, do určitého technicko-právního prostředí, z nějž následně vyvozoval omezující podmínky, které dle jeho názoru ovlivňovaly zadávání nově dojednaného předmětu plnění (velkokapacitního kina). Takovýto postup však jako neoprávněný dle Úřadu označuje výše uváděný rozsudek č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002.
43. K uvedenému Úřad uvádí, že zadavatel definoval svou představu Výstavního, sportovně kulturního a kongresového centra v zadávacích podmínkách původní veřejné zakázky a ve smlouvě č. H 034/06/19002 a tím definoval právní a technické podmínky, za kterých měla být předmětná stavba realizována. Nelze vyloučit, že ve chvíli, kdy již byla část poptávané stavby zrealizována, mohla takováto situace vytvářet prvky určitého právně-technického omezení, které mohlo (dle Úřadu však ani tato skutečnost nebyla ze strany zadavatele prokázána) zapříčinit stav, že požadavek na nové stavební práce mohl provést pouze jediný dodavatel. Avšak pokud zadavatel s ohledem na tyto průběžné podmínky výstavby dovozuje jeho oprávněnost zadávat jakékoliv nově definované plnění, které současně mění původní předmět plnění, stávajícímu dodavateli, Úřad uvádí, že toto je přístup, který zákon neumožňuje, jelikož tímto způsobem by mohlo docházet k situacím, že ve chvíli, kdy podmínky plnění (ať už technické či právní) nepřipouští výměnu dodavatele, mohl by zadavatel svévolně podstatným způsobem měnit předmět původního plnění a s ohledem na technické důvody je zadávat v jednacím řízení bez uveřejnění témuž dodavateli.
44. Z důvodu zamezení možnosti takového postupu je proto nutné konstatovat, že v daném případě zadavatel nebyl oprávněn zadávat nově definovaný předmět plnění v rámci veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ témuž dodavateli (vybranému uchazeči) s ohledem na technické podmínky vyplývající z původního stavebního díla, jelikož takovéto dodavatelsky uzavřené prostředí vzniklo v návaznosti na probíhající realizaci předmětu původní veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“, a tudíž je zřejmé, že důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění si zadavatel vytvořil sám svým postupem, kdy předmětné změny spojené se začleněním kina dojednal až v průběhu plnění původní veřejné zakázky a nikoliv před zahájením zadávacího řízení na původní veřejnou zakázku. Tento závěr nemůže vyvrátit ani ta skutečnost, že požadavek na začlenění velkokapacitního kina byl na zadavatele vznesen až po uzavření smlouvy, poněvadž zadavatel zcela jistě nebyl povinen tento požadavek akceptovat, jelikož zajištění promítacích prostor v rámci filmového festivalu mohlo být určité

řešeno i jiným způsobem. V daném případě je tak v kontextu všech souvislostí nutné považovat za zásadní okolnost tu skutečnost, že předmět plnění na „výstavbu kina“ mohl být zajištěn tak, aby při jeho zadávání neexistovaly omezující technické důvody pro zadání v jednacím řízení bez uveřejnění.

45. Úřad proto konstatuje, že zadavatel neprokázal oprávněnost použití jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona v případě zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ a analogicky v návaznosti na závěry vyplývající z rozsudku č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002, nebylo možné, jak Úřad dovodil výše, uznat ani ostatní důvody, které zadavatel označil za dostačující pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění, za oprávněné.
46. K otázce posouzení vlivu na výběr nejvhodnější nabídky v postupu zadavatele, Úřad uvádí, že předmětný dodatek č. 2 je nutné posuzovat v kontextu smlouvy č. H 034/06/19002, přičemž provedené změny vyplývající z uzavření tohoto dodatku považuje Úřad ve smyslu závěrů vyplývajících z výše uvedeného rozsudku ESD C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 za podstatné, jelikož výrazným způsobem mění předmět původního díla. Charakter provedených změn je nutné pojímat jako podstatný, jelikož lze předpokládat, že v nabídkových cenách uchazečů se projevuje taktéž kalkulace učiněná s ohledem na rozsah, charakter a dobu předmětu plnění a v tomto ohledu by se proto nově nastavené zadávací podmínky týkající se předmětu veřejné zakázky mohly promítnout do výše nabídkových cen v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“. V daném případě tak lze učinit závěr, že kdyby uchazeči předkládali nabídky s ohledem na nově upravený předmět plnění, tedy včetně úpravy pro kino, jejich nabídkové ceny v původní veřejné zakázce mohly být s ohledem na možnou odlišnou cenovou strategii jiné, a současně tak i provedené hodnocení a následný výběr nejvhodnější nabídky by mohl být jiný, což by de facto znamenalo, že realizaci předmětu plnění veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ mohl realizovat jiný dodavatel, jehož nabídka by byla vybrána jako nejvhodnější ve vztahu k celému plnění (tj. ve vztahu k plnění týkajícího se původní veřejné zakázky ve formě úprav plynoucích z dodatku č. 2). Tento vliv lze dle Úřadu taktéž dovodit i ze skutečnosti, že výběr nejvhodnější nabídky byl zpochybněn pravomocným rozhodnutím Úřadu již v původní veřejné zakázce.
47. S ohledem na výše uvedené proto Úřad konstatuje, že při zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ nebyl zadavatel oprávněn postupovat podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, jelikož v daném případě nebyly splněny podmínky pro jeho použití. Vzhledem k tomu, že výběr vybraného uchazeče v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ byl pravomocným rozhodnutím Úřadu zpochybněn, změny vyplývající z předmětu dodatku č. 2 měly charakter podstatné změny zadávacích podmínek původní veřejné zakázky a zadavatel nebyl pro zadání předmětné veřejné zakázky oprávněn postupovat ani podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, mohl mít postup zadavatele v daném případě taktéž podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
48. Ve vztahu k postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ Úřad uvádí následující.

49. Úřad se opět především zabýval otázkou, z jakých důvodů byl předmět této veřejné zakázky zadáván v jednacím řízení bez uveřejnění. Jak vyplývá z textu výzvy k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 29. 7. 2008, předmětem této veřejné zakázky bylo zhotovení (provedení) stavebních úprav/změn stavby s názvem „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary“ za účelem splnění požadavků budoucího provozovatele, společnosti KV Arena, s.r.o., které akcentovaly a zvyšovaly možnost komerčního využití jednotlivých prostor z hlediska jejich funkce a provozních návazností s cílem zlepšit ekonomiku budoucího provozu multifunkční haly a areálu jako celku. Jako jeden z hlavních důvodů pro provedené změny zadavatel uvedl skutečnost, že projektová dokumentace pro stavební povolení a pro zadání stavby byla zpracována v roce 2005 a stavba měla být uvedena do rutinního provozu v průběhu roku 2009, tedy s odstupem více než 4 let, přičemž zejména v oblasti technického řešení slaboproudých rozvodů, rozvodů STA, řešení audio a video, kamerového systému a.j. vycházelo původní projektové řešení z technických standardů odpovídající době koncepčního návrhu. Nově požadované řešení zohledňovalo dle zadavatele dosažený technický pokrok v uvedené oblasti. Současně úpravy/změny stavby dle této výzvy měly respektovat, využívat a vycházet ze změny stavby, která zahrnovala úpravu multifunkční haly pro promítací sál dle dodatku č. 2 ke smlouvě.
50. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 4. 2011 uvedl soupis hlavních dílčích změn, které realizace předmětné veřejné zakázky přinesla, následovně:

„Objekt SO 01 Multifunkční hala:

- Nové dispoziční řešení prostor v 2.NP v JV části objektu, kde namísto původního uspořádání a využití pro posilovnu, šatnu Camp pouze pro sportovce, jsou nově navrženy prostory fitness pro veřejnost a související zázemí včetně nutného přemístění polohy whirlpoolu, relaxu, atd.,
- Nové dispoziční a stavebně technické řešení prostoru v 2.NP v SZ části objektu, kde namísto původně řešené recepce je nově navržen uzavřený prostor pro akreditaci se samostatným přístupem a zázemím,
- Nové dispoziční řešení (zázemí catering, salonek, studio) ve 4.NP v JV části objektu, kde jsou prostory nově členěny vzhledem k požadavkům provozovatele,
- Návrh nových komerčních kancelářských prostor a otevření zázemí komentátorů v 5. NP v JV části objektu vzhledem k požadavkům provozovatele na komerční využití ploch
- Nově navržené 4 skyboxy namísto zrušeného sociálního zařízení a zvýšení komfortu části skyboxů doplněním sociálního zařízení ve 4.NP v J a JZ části objektu
- Náhrada systému vnitřního osvětlení objektu zářivkovým osvětlením namísto původního provozně energeticky náročného výbojkového osvětlení.
- Atd.

B. Objekt SO 01 Tréninková hala:

- Nové řešení sociálního a hygienického zařízení pro osoby se sníženou pohybovou schopností s ohledem na akcentování využití objektu pro sledge hokejisty v 2.NP v JV části objektu,

- Nové řešení prodejny „Ticket“ úpravou (doplněním) komunikačního jádra na východním nároží objektu pro zvýšení komerční využití této části stavby,
- Nové řešení restaurace s příslušným zázemím namísto původního řešení kanceláří v severní části objektu a nové řešení kanceláří provozovatele,
- Nové dispoziční řešení kanceláří ve 4.NP v severní části objektu s ohledem na navržené změny ve 3.NP a upřesnění potřeb hokejového oddílu,
- Náhrada systému vnitřního osvětlení objektu zářivkovým osvětlením namísto původního provozně energeticky náročného výbojkového osvětlení.
- Atd.“

51. Z uvedeného vyplývá, že předmětem úprav byly nově navržená dispoziční řešení některých prostor v rámci multifunkční a tréninkové haly. Jednalo se v převážné většině o změny směřující k novému využití těchto prostor (nově byly navrženy prostory fitness pro veřejnost, prostor pro akreditaci, komerční kancelářské prostory, zázemí komentátorů, 4 skyboxy, sociální a hygienické zařízení pro osoby se sníženou pohybovou schopností, prodejny „Ticket“ úpravou (doplněním) komunikačního jádra a restaurace s příslušným zázemím) a to v mnoha případech z důvodu zvýšení komerčního využití konkrétní části stavby. Takovýto typ úprav je nutné považovat opět za plnění, které nevyplynulo z okolností nezávislých na zadavateli. Jde o změnu zadávacích podmínek, ke které se zadavatel rozhodl až v průběhu realizace původního předmětu díla.
52. Jedná se tedy o obdobnou situaci jako v případě veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“, jelikož zadavatel zdůvodňuje oprávněnost zadání nově definovaného předmětu plnění v jednacím řízení bez uveřejnění technickými důvody, avšak i v tomto případě to byl sám zadavatel, který vytvořil prostředí, v jehož rámci pak nově definované plnění, které měnilo původní předmět plnění, zadával s ohledem na tyto důvody.
53. Úřad dále konstatuje, že u takto časově rozsáhlých veřejných zakázek je nutné počítat s tím, že v průběhu jejich realizace může dojít k „morálnímu“ zestárnutí některých původně navržených atributů stavebního díla. V určitých případech je zadavateli umožněno, nahradit původní předmět plnění s ohledem na technologický pokrok dosažený v dané oblasti (např. při nedostupnosti konkrétní složky plnění), avšak takovéto změny mohou být zadány pouze při naplnění podmínek vyplývajících s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona. V žádném případě však nelze připustit zadávání plnění znamenajícího podstatnou změnu původních zadávacích podmínek v průběhu realizace veřejné zakázky, aniž by prošlo soutěží o nejvhodnější nabídku ve standardním zadávacím řízení. Jak již jednou Úřad konstatoval, takovýto postup by mohl vést k situaci, kdy by zadavatel mohl ve finální fázi realizace veřejné zakázky zadávat libovolné nové plnění v jednacím řízení bez uveřejnění s ohledem na technické důvody vyplývající z rozpracovanosti stavebních prací.
54. K uvedenému Úřad považuje dále za nutné uvést, že důvody, které zadavatel vyjmenoval ve svých vyjádřeních, jsou spíše právního charakteru, jelikož se týkají smluvních či záručních podmínek nebo provozně bezpečnostních předpisů či postupů posuzování shody. Toto jsou záležitosti, které nemají charakter konkrétních technických omezení, za které by měly být považovány situace, kdy žádný jiný dodavatel není technicky kompetentní provést

požadované plnění. V daném případě se tak opět jedná o vznik určitého právního prostředí, které může vytvářet omezení (avšak ne nepřekonatelná) pro vstup jiného dodavatele, ale tyto realizační podmínky nelze vnímat jako důvody, pro které je zadavatel oprávněn libovolně měnit původní předmět plnění a zadávat nově definované stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění.

55. Úřad zastává názor, že v daném případě toto právně-technické prostředí nebylo důvodem pro zadání nově požadovaného plnění v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož pokud by zadavatel požadoval toto plnění po ukončení stavebních prací, tato omezení by již nemusela existovat a proto je nutné vnímat takovýto postup zadavatele za neoprávněný, jelikož zadavatel svým postupem, kdy toto plnění zadával v průběhu realizace veřejné zakázky, takováto omezení de facto vytvořil sám. Své závěry Úřad v daném případě opírá taktéž o skutečnost, že zadavatele k požadavku na provedení nových stavebních prací nevedly neočekávané okolnosti, nýbrž důvody převážně pramenící z možnosti většího komerčního využití dotčených prostor, což však mělo být předmětem úvah zadavatele již před zahájením původní veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“. Úřad již např. ve výše uvedeném pravomocném rozhodnutí č. j ÚOHS-S242/2009/VZ-2169/2010/530/JWe ze dne 15. 2. 2010 konstatoval, že není přípustná změna předmětu plnění původní zakázky, která byla způsobena zadavatelem tím, že se nedostatečně věnoval přípravě původní zakázky, přičemž za těchto okolností se zadavatel nemůže odvolávat na možné obtíže v případě změny dodavatele v případě použití otevřeného či užšího řízení u veřejné zakázky, neboť tyto případné problémy by byly způsobeny jeho nesprávným postupem při zadávání původní zakázky.
56. K otázce posouzení vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad uvádí, že o skutečnosti, že zadavatel uzavřením dodatku č. 32 provedl podstatné změny předmětu původní veřejné zakázky, svědčí charakter provedených úprav, jelikož se jedná o nové dispoziční řešení několika prostor, což by se nepochybně mohlo projevit s ohledem na finanční objem provedených změn (cca 78 mil. Kč vč. DPH) v kalkulaci nabídkových cen předložených v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ a tudíž by mohlo v případě zakomponování těchto změn do této původní veřejné zakázky dojít k výběru nabídky jiného uchazeče než vybraného uchazeče, což by opět de facto znamenalo, že realizaci předmětu plnění veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ mohl realizovat jiný dodavatel, jehož nabídka by byla vybrána jako nejvhodnější ve vztahu k celému plnění (tj. ve vztahu k plnění týkajícího se původní veřejné zakázky ve formě úprav plynoucích z dodatku č. 2 a z dodatku č. 32). Současně i v tomto případě Úřad zastává názor, že výše popsaný postup zadavatele, kdy neoprávněně použil jednacím řízení bez uveřejnění pro zadání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“, mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky s ohledem na skutečnost, že zadavatel toto plnění zadal vybranému uchazeči, jehož výběr byl pravomocným rozhodnutím Úřadu zpochybněn již v původní veřejné zakázce.
57. V návaznosti na uvedené závěry proto Úřad konstatuje, že při zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ nebyl zadavatel oprávněn postupovat podle

ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, jelikož v daném případě s ohledem na závěry vyplývající z rozsudku č. j. 2 A 3/2002-75 ze dne 5. 11. 2002 nebyly splněny podmínky pro jeho použití. Vzhledem k tomu, že výběr vybraného uchazeče v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ byl pravomocným rozhodnutím Úřadu zpochybněn a změny vyplývající z předmětu dodatku č. 32 měly taktéž charakter podstatné změny zadávacích podmínek původní veřejné zakázky, mohl mít postup zadavatele v daném případě taktéž podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky.

58. S ohledem na výše uvedené proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení sankce

59. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že
- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82,
 - b) zruší zadávací řízení, aniž byly splněny podmínky podle § 84,
 - c) nepořídí nebo neuchová dokumentaci o veřejné zakázce podle § 109 a 155, nebo
 - d) nesplní povinnost stanovenou v § 146 a 147 pro uveřejňování.
60. Zadavatel se dopustil správních deliktů tím, že veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ neoprávněně zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ neoprávněně zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Nedodržení postupu stanoveného zákonem mohlo mít podstatný vliv na výběr nejhodnějších nabídek, jelikož zadavatel v obou případech jednak podstatným způsobem změnil původní zadávací podmínky a není tak vyloučeno, že by cenové nabídky v původním zadávacím řízení mohly být v případě zakomponování těchto změn jiné, ale taktéž s ohledem na skutečnost, že zadavatel zadal obě plnění vybranému uchazeči, jehož výběr byl pravomocným rozhodnutím Úřadu zpochybněn již v původní veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“.
61. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem na základě postupu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
62. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a) zákona.
63. Cena veřejných zakázek, při jejichž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí celkem 99 175 286,- Kč vč. DPH. Vzhledem k uplatňování absorpční zásady při stanovení pokuty za spáchání sbíhajících se deliktů, tj. uložení úhrnného trestu za nejzávažnější z těchto deliktů, je výchozí hodnotou pro určení nejvyšší možné pokuty v tomto případě cena veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny

stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.", jež činí 77 930 571,- Kč vč DPH. Horní hranice možné pokuty tedy činí částku ve výši 3 896 528, 55 Kč.

64. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezačal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
65. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správních deliktů uzavřením dodatku č. 2 dne 21. 9. 2007 a dodatku č. 32 dne 2. 2. 2009, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.
66. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
67. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
68. Zadavatel se dopustil správních deliktů při zadávání předmětných veřejných zakázek tím, že veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ zadal na základě jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona a veřejnou zakázku „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky pro jejich použití, přičemž v obou případech takovýto postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem. Úřad vzal jako přitěžující okolnost v potaz tu skutečnost, že zadavatel se dopustil správních deliktů u dvou veřejných zakázek a že v obou případech omezil soutěž o předmětná plnění, což lze považovat za jedno z nejzávažnějších porušení zákona, jelikož takovýto způsob zadání v daných případech nevytvořil předpoklady pro hospodárné vynaložení veřejných prostředků. Na vzniku podmínek, kterými zadavatel odůvodňoval jeho postup v jednacím řízení bez uveřejnění, se přitom zadavatel podílel sám, když rozhodl o realizaci nových stavebních prací v průběhu plnění původní veřejné zakázky. Vybraný uchazeč tak nebyl v souvislosti s předmětem veřejných zakázek zadaných v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhly žádné soutěže o cenu nebo ekonomickou výhodnost jeho nabídek. Úřad však při ukládání pokuty zohlednil ve prospěch zadavatele tu skutečnost, že problematika naplnění podmínek pro postup podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona je složitá, není v zákoně výslovně řešena a je formována převážně rozhodovací praxí Úřadu a judikaturou soudů. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolností, které by "zhojily" následky uvedeného porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování o výši sankce. Z tohoto důvodu uložil Úřad za zjištěná závažná porušení zákona pokutu uvedenou ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
69. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nálezy Ústavního soudu č. 405/2002 Sb. Dle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost.

Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z návrhu rozpočtu zadavatele na rok 2012 umístěného na jeho internetových stránkách (www.mmkv.cz) Úřad zjistil, že příjmy zadavatele se pohybují v řádech stovek milionů Kč, návrh rozpočtu obsahuje na straně příjmů částku ve výši cca 900 mil. Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační.

70. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce, a to funkci represivní a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu. Po uvážení uvedených argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případů posoudil jako dostačující.
71. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy na realizaci předmětných veřejných zakázek již byly uzavřeny a nápravy tedy nelze dosáhnout.
72. Pokuta uložená ve výroku II. tohoto rozhodnutí bude uhrazena na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČ zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. JUDr. Vladimír Tögel, advokát, Ostrovského 253/3, 150 00 Praha 5
2. město Karlovy Vary, Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary
3. SYNER, s.r.o., Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec
4. BAU-STAV a.s., Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary
5. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Týn 1048/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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