



UOHSX004XUAP

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R166/2012/VZ-6499/2013/310/PSe

Brno 12. dubna 2013

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 8. 6. 2012 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zadavatelem –

- městem **Karlovy Vary**, IČ 00254657, sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary, zastoupeným JUDr. Robertem Pelikánem, Ph.D., advokátem, sídlem Lazarská 8, 120 00 Praha 2,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé ze dne 29. 5. 2012 ve věci spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, 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) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, 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) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč – společnosti

- **SYNER, s.r.o.**, IČ 48292516, sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec,

- **BAU-STAV a.s.**, IČ 14705877, sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary, a
- **Metrostav a.s.**, IČ 00014915, sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, zastoupená advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČ 26454807, sídlem Týn 1048/3, 110 00 Praha 1,

které dne 18. 4. 2006 uzavřely Smlouvu o sdružení č. B-sdr 006/06,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé ze dne 29. 5. 2012

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – města Karlovy Vary, IČ 00254657, sídlem Moskevská 2035/21, 361 20 Karlovy Vary (dále jen „**zadavatel**“), zastoupeného v tomto správním řízení JUDr. Robertem Pelikánem, Ph.D., advokátem, IČ 1465863, sídlem Lazarská 8, 120 00 Praha 2, na základě plné moci ze dne 6. 6. 2012, a to při uzavírání dodatků ke Smlouvě o dílo č. H 034/06/19002 ze dne 20. 12. 2006 (dále jen „**původní smlouva**“) uzavřené za účelem plnění předmětu veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ (dále jen „**původní zakázka**“) s vybraným uchazečem – společnostmi SYNER, s.r.o., IČ 48292516, sídlem Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec, BAU-STAV a.s., IČ 14705877, sídlem Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary, a Metrostav a.s., IČ 00014915, sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, které dne 18. 4. 2006 uzavřely Smlouvu o sdružení č. B-sdr 006/06 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Na základě tohoto podnětu si Úřad vyžádal veškerou dokumentaci související s uzavřením dodatků k původní smlouvě. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení obdržené dokumentace získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem

č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, když dodatečné stavební práce zadal uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění, zahájil z moci úřední dne 4. 3. 2011 doručením oznámení o zahájení správního řízení prvnímú z účastníků správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

3. Dne 29. 3. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž uvedl, že nebylo jakýmkoliv způsobem doposud meritorně rozhodnuto o neplatnosti původní smlouvy, a proto Úřad nemůže 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. Původní smlouva, 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. Ve vztahu k postupu při zadávání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary - změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena s.r.o.“ zadavatel uvedl, že postupoval podle ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona.
4. Dne 22. 4. 2011 obdržel Úřad doplnění vyjádření zadavatele z téhož dne, 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 jednacímú řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Z tohoto vyjádření zadavatele 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.
5. Vzhledem k tomu, že Úřad v průběhu správního řízení zjistil, že konečný počet dodatků původní smlouvy je vyšší než 28, vyžádal si od zadavatele vyjádření, jaký je celkový počet takto uzavřených dodatků, podle jakého druhu zadávacímú řízení byly zadávány a zaslání dokumentace vztahující se k těmto dodatkům.
6. Dne 23. 5. 2011 obdržel Úřad další vyjádření zadavatele ze dne 19. 5. 2011, v němž uvedl, že konečný počet smluvních dodatků původní smlouvy 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.
7. Usnesením č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-9459/2011/540/PVé ze dne 15. 6. 2011 si Úřad od zadavatele vyžádal jeho vyjádření s určením, které změnové listy souvisely s pracemi vyplývajícími z původní smlouvy, které souvisely s pracemi vyplývajícími z uzavření dodatku č. 2 původní smlouvy a které souvisely s pracemi vyplývajícími z uzavření dodatku č. 32 k původní smlouvě.

---

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacímú řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

8. Dne 30. 6. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 28. 6. 2011, v němž se vyjádřil k charakteru dodatků č. 2 a č. 32 k původní smlouvě. Zadavatel v něm uvedl, že dodatkem č. 2 byly v rámci dodatečných stavebních prací provedeny stavební úpravy označené jako „úprava pro kino“, a to za účelem vytvoření podmínek pro budoucí funkční využití tohoto objektu. Zadavatel uvedl, 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.
9. V tomtéž vyjádření zadavatel uvedl, že 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.
10. 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.
11. Dne 10. 8. 2011 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, 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.
12. Ve vztahu k veřejné zakázce „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary - změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“, zadavatel uvedl, že ve svých předchozích vyjádřeních dostatečně zdůvodnil technickou nemožnost plnění prací, které byly předmětem této veřejné zakázky jiným dodavatelem nejen z důvodu závažných a těžko řešitelných provozních problémů, které by případná změna dodavatele přinesla, nýbrž i z důvodů bezpečnostních a zdravotních rizik vyplývajících z případného stavebně technického a technologického propojení zařízení případného nového dodavatele se zařízeními, která již byla použita před zahájením zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

## II. Napadené rozhodnutí

13. Dne 29. 5. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S57/2011/VZ-11329/2011/540/PVé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když nedodržel postup stanovený § 21 odst. 2 zákona a veřejnou zakázku s názvem „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ zadal na základě jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky jeho použití, a dále tím, když zadavatel nedodržel postup stanovený § 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 § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky jeho použití, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek.
14. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o zjištění, že nebyly nenaplněny kumulativní podmínky § 23 odst. 7 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – úprava pro kino“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož potřeba dodatečných stavebních prací zadavateli nevznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebyly nezbytné pro provedení původních stavebních prací.
15. Úřad prokázal, že zadavatel dodatkem č. 2 k původní smlouvě dodatečně změnil předmět plnění původní zakázky v rozsahu 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, s navýšením ceny původní veřejné zakázky o 15 244 715 Kč.
16. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad dále opřel o zjištění, že nebyly naplněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) zákona pro zadání veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum Karlovy Vary – změny stavby dle požadavků společnosti KV Arena, s.r.o.“ v jednacím řízení bez uveřejnění, jelikož právně-technické prostředí původní smlouvy uzavřené zadavatelem za účelem plnění předmětu původní zakázky nenaplnilo znaky technických či uměleckých důvodů, důvodu ochrany výhradních práv vybraného uchazeče nebo důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu.
17. Úřad prokázal, že omezení plynoucí z právně-technického prostředí původní smlouvy zadavatel vytvořil sám a současně, že zadavatel dodatkem č. 32 k původní smlouvě dodatečně změnil předmět plnění původní zakázky v rozsahu zhotovení (provedení) stavebních úprav/změn stavby za účelem splnění požadavků budoucího provozovatele, společnosti KV Arena, s.r.o., které dodatečně 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, s navýšením ceny původní veřejné zakázky o 77 930 571 Kč.
18. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 500 000 Kč.

### III. Námitky rozkladu

19. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel rozklad, který Úřad obdržel dne 8. 6. 2012. Zadavatel v rozkladu v první řadě uvádí námitku, že výrok I. napadeného rozhodnutí je mylný, jelikož Úřad přehlédl, že podmínkou naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je to, že je na základě vadného postupu uzavřena smlouva na veřejnou zakázku. Tato podmínka ovšem v posuzovaném případě nebyla splněna a splněna být nemohla.
20. Zadavatel k tomu v rozkladu dále namítá, že Úřad sám ve správním řízení konstatoval, že smlouva na hlavní plnění, jež měla být oběma spornými zakázkami modifikována, byla neplatná. Důvodem bylo pochybení zadavatele již v prvotním výběrovém řízení, jež Úřad shledal v řízení vedeném pod spisovou značkou S169/07. Zadavatel k této námitce dodává, že podle konstantní judikatury Nejvyššího soudu ČR ovšem nelze uzavřít platný dodatek k neplatné smlouvě. Jakkoliv se tedy zadavatel skutečně pokusil obě zakázky zadat, nemohlo se mu to podařit, neboť oba dodatky byly neplatné a smlouva na tyto dvě zakázky tedy uzavřena nebyla.
21. V rozkladu zadavatel dále uvádí, že na právě uvedeném pak nemůže nic změnit ani fakt, že v obou případech skutečně nebyly naplněny podmínky § 23 odst. 4 písm. a) resp. § 23 odst. 7 písm. a) zákona a jednací řízení bez uveřejnění tak nebylo možno použít.
22. Z těchto důvodů zadavatel v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu změnil napadané rozhodnutí tak, že se řízení zastavuje.
23. V další části rozkladu zadavatel namítá, že i kdyby se rozkladový orgán neztotožnil s právě uvedeným a shledal, že k naplnění předmětné skutkové podstaty může dojít i uzavřením neplatné smlouvy, domnívá se zadavatel, že při stanovení výše sankce nebyly dostatečně vzaty v úvahu všechny skutkové okolnosti.
24. Zadavatel k tomu v rozkladu dále namítá, že sankce má splnit „především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k chování, které je se zákonem v souladu“. Podle zadavatele ovšem Úřad nevzal v potaz mimořádné úsilí, jež zadavatel v posledních letech vynakládá nejen na to, aby nadále postupoval v souladu se zákonem, ale dokonce i na to, aby napravil negativní účinky, jež měl dřívější protizákonný postup předcházejícího vedení zadavatele. K tomu zadavatel dále uvádí, že současná rada města Karlovy Vary se razantně distancuje od vedení, které město dříve zastupovalo a které stálo za realizací původní veřejné zakázky „Výstavní, sportovně kulturní a kongresové centrum“ a s tím souvisejících zakázek „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.“.
25. Zadavatel k této námitce rozkladu uvádí, že město Karlovy Vary v rámci nápravných opatření podalo proti všem třem vybraným uchazečům žalobu na zaplacení 1 063 294 537,73 Kč vedenou u Okresního soudu v Karlových Varech pod spisovou značkou 16 C 44/2012, jelikož jak vyplývá z výše uvedeného, uzavřená smlouva o dílo č. H 034/06/19002 je absolutně neplatná a město Karlovy Vary tak není vlastníkem „KV Arény“, ačkoli uhradilo veškeré náklady na její vybudování.

26. Zadavatel k této námitce dále uvádí, že vedení města Karlovy Vary zároveň schválilo nová pravidla pro zadávání veřejných zakázek, která jdou co do transparentnosti zadávání veřejných zakázek a rovného přístupu uchazečů k nim podstatně nad požadavky současné právní úpravy a nepochybně pro příště jakémukoliv protiprávnímu jednání zamezí.
27. V závěru rozkladu zadavatel namítá, že je přesvědčen, že svým chováním dostatečně prokazuje, že k jeho nápravě již došlo a udělovat mu sankce směřující k takové nápravě je tak nadbytečné. Navrhuje proto, aby Úřad, pokud by potvrdil první výrok napadeného rozhodnutí, jeho druhý výrok změnil tak, že se ukládá pokuta toliko v symbolické výši 1 Kč.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

28. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí v rámci autoremedury podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

#### **V. Stanovisko předsedy Úřadu**

29. 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.
30. Úřad tím, že výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když nedodržel postup stanovený § 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 § 23 odst. 7 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití, a dále tím, když zadavatel nedodržel postup stanovený § 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 § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnějších nabídek, postupoval správně a v souladu se zákonem.
31. Úřad tím, že výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavateli za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. napadeného rozhodnutí ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokuta ve výši 500 000 Kč, postupoval správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **VI. K námitkám rozkladu**

32. Podle § 89 odst. 2 věty druhé správního řádu přezkoumává odvolací správní orgán správnost napadeného rozhodnutí jen v rozsahu námitek uvedených v odvolání, jinak jen tehdy, vyžaduje-li to veřejný zájem.

33. Námitky rozkladu zadavatele svým rozsahem nenapadají správnost napadeného rozhodnutí ohledně skutkových zjištění a závěrů Úřadu týkající se nenaplnění podmínek pro postup zadavatele v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) ani podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

*K naplnění skutkové podstaty správního deliktu*

34. K námitce rozkladu, že výrok I. napadeného rozhodnutí je mylný, jelikož Úřad přehlédl, že uzavření smlouvy jakožto podmínka naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona (dále jen „**správní delikt**“) nebyla splněna a splněna být nemohla, uvádím následující.
35. Zadavatel v rozkladu namítá, že nelze uzavřít platný dodatek k neplatné smlouvě. Tvzení o neplatnosti původní smlouvy zadavatel blíže nespecifikuje, doplňuje jej toliko tvrzením, že Úřad sám ve správním řízení konstatoval, že smlouva na hlavní plnění, jež měla být oběma spornými zakázkami modifikována, byla neplatná, a že důvodem této neplatnosti bylo pochybení zadavatele v prvotním výběrovém řízení, jež Úřad shledal v řízení vedeném pod spisovou značkou S169/07.
36. K tvrzením podírajícím tuto námitku rozkladu uvádím, že Úřad ať už v tomto správním řízení ve věci vedené pod sp. zn. S57/2011/VZ, nebo ve správním řízení ve věci vedené pod sp. zn. S169/2007/VZ nekonstatoval ničeho ohledně platnosti či neplatnosti původní smlouvy uzavřené v zadávacím řízení původní zakázky, o to méně výroky obou rozhodnutí v daných věcech.
37. Výrokem I. rozhodnutí č. j. ÚOHS-S169/2007-16992/2007/540-AS ze dne 26. 9. 2007 ve věci vedené pod sp. zn. S169/2007/VZ (dále jen „**dřívější rozhodnutí**“) Úřad rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon č. 40/2004 Sb.**“), tím, že v původní veřejné zakázce uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, aniž by dodržel postup stanovený v § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., protože neprovedl transparentním způsobem omezení počtu zájemců pro účast v užším řízení. Výrokem II. dřívějšího rozhodnutí uložil Úřad zadavateli pokutu a výrokem III. uložil Úřad zadavateli uhradit náklady řízení.
38. Podobně žádným výrokem napadeného rozhodnutí Úřad nekonstatoval ničeho ohledně platnosti či neplatnosti původní smlouvy uzavřené v zadávacím řízení původní zakázky. Úřad naopak v bodě 5. odůvodnění napadeného rozhodnutí opírá výrok I. napadeného rozhodnutí o stanovisko samotného zadavatele ze dne 29. 3. 2011 vyjádřené v tomto správním řízení, a to že „*smlouva o dílo č. H 034/06/19002, která byla s vybraným uchazečem uzavřena dne 20. 12. 2006, je platná a není tedy důvod pochybovat o platnosti dodatků uzavřených k této smlouvě*“.
39. Ve stanovisku ze dne 29. 3. 2011 se k tomu zadavatel blíže vyjádřil tak, že „*Úřad tehdy nevyužil práva vyplývajícího z tehdy platné dikce § 101 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb., tj. za pochybení zadavatele nevyslovil zákaz plnění smlouvy*“. Dále se zde zadavatel na podporu výše uvedené argumentace vyjádřil, že „*kromě toho však ani tehdy platná dikce § 90 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb. neměla žádný právní dopad na platnost uzavřených smluv vzešlých ze zadávacího řízení, v rámci něhož zadavatel svým úkonem porušil zákon tím, že tyto úkony jak z hlediska obsahu a účelu odporovaly tomuto předpisu, nebo tyto úkony*



*tento předpis obcházely či byly v rozporu s dobrými mravy*". Toto vyjádření zadavatele během správního řízení bylo zcela souladné s úvahami Úřadu o platnosti původní smlouvy, jimiž se Úřad při vydání napadeného rozhodnutí řídil. Toto východisko Úřadu považuji z pohledu výše uvedené námitky rozkladu za správné a souladné se zákonem i se zákonem č. 40/2004 Sb.

40. Další nebo bližší důvody opodstatňující tvrzení zadavatele o neplatnosti původní smlouvy v této námitce rozkladu zadavatel nepřipojuje, pouze dodává další tvrzení, že jakkoliv se zadavatel skutečně pokusil obě zakázky zadat, nemohlo se mu to podařit, neboť oba dodatky byly neplatné a smlouva na tyto dvě zakázky tedy uzavřena nebyla.
41. K podanému rozkladu zadavatel naopak jako přílohu připojil text Žaloby na zaplacení částky 1 063 294 537,73 Kč s příslušenstvím a určení vlastnického práva k nemovitosti (dále jen „**žaloba**“). V textu článku II. žaloby zadavatel uvádí, že *„je zřejmé, že původní smlouva byla uzavřena v rozporu s tehdy účinným zákonem o veřejných zakázkách a je tedy ve smyslu § 90 odst. 1 tehdejšího zákona o veřejných zakázkách neplatná“*. Zadavatel v textu článku II. žaloby dále pokračuje, že *„tato otázka, jež je v tomto řízení otázkou prejudiciální, byla pravomocně vyřešena k tomu příslušným správním orgánem a soud je tímto rozhodnutím vázán“*. Vzhledem k tomu, že text žaloby byl zadavatelem podán jako příloha rozkladu a že právě jeho obsah zachycuje bližší zadavatelem namítané důvody opodstatňující jeho tvrzení o neplatnosti původní smlouvy, provedl jsem vypořádání výše uvedené námitky i s ohledem na tento text, resp. možný rozsah námitky.
42. Namítanou neplatnost původní smlouvy, a tedy i nesprávnost výroku I. napadeného rozhodnutí, zadavatel v žalobě odvozuje od dřívějšího rozhodnutí. Jak jsem však již citoval výše, výrok I. dřívějšího rozhodnutí toliko konstatoval spáchání správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. zadavatelem. Dlužno podotknout, že se tak tehdy stalo bez vyslovení zákazu plnění z uzavřené smlouvy podle § 101 odst. 2 zákona č. 40/2004 Sb. Dřívější rozhodnutí se tak žádným způsobem nevyslovovalo o tom, zda původní smlouva platná je, či není. Dřívější rozhodnutí o neplatnosti původní smlouvy nijak nerozhodovalo, tím spíše ne ve smyslu § 135 odst. 1 zákona č. 99/1963 Sb., Občanský soudní řád, ve znění pozdějších předpisů. Rozhodnutí o spáchání deliktu výrokem I. dřívějšího rozhodnutí bylo a je zcela irelevantním vůči platnosti původní smlouvy. Vzhledem k výše uvedenému považuji za liché i namítané tvrzení zadavatele, že oba dodatky byly neplatné a smlouva na tyto dvě zakázky tedy uzavřena nebyla.
43. Jelikož zadavatel prvotní námitkou rozkladu namítá, že Úřad vydáním napadeného rozhodnutí postupoval nezákonným způsobem, když přehlédl, že nebyla splněna podmínka uzavření smlouvy jakožto naplnění skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, uvádím v rámci přezkumu zákonnosti následující.
44. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82.
45. Podle § 82 odst. 1 zákona nesmí zadavatel před uplynutím lhůty pro podání námitek proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky podle § 110 odst. 4 uzavřít smlouvu s uchazečem, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější (dále jen „**vybraný uchazeč**“).

46. Hypotéza § 120 odst. 1 písm. a) zákona (dále jen „**hypotéza deliktu**“) předpokládá zcela určité, přesně vymezené, jednání zadavatele. Součástí hypotézy deliktu je jednání zadavatele, jímž uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona. S takto definovaným jednáním zadavatele pak § 120 odst. 1 písm. a) spojuje dispozici ve formě spáchání správního deliktu.
47. Vymezení hypotézy deliktu zákona není vázáno na uzavření smlouvy platné, či neplatné, toliko na jednání zadavatele, kterým uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82. Naplněním skutkové podstaty deliktního jednání je právě „jednání“ zadavatele, nikoli učinění bezvadného právního úkonu ve smyslu obecné právní úpravy hlavy čtvrté zákona č. 40/1964 Sb., Občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů.
48. V této souvislosti podotýkám, že hypotéza právní normy přesně vymezující určité jednání jakožto skutkový děj je pojmově typická pro jakoukoli trestní odpovědnost včetně odpovědnosti za správní delikty zadavatelů. Otázka platnosti či neplatnosti smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je z hlediska vymezení hypotézy deliktu irelevantní právní skutečností, které nemá na existenci jednání zadavatele spočívajícího v uzavření smlouvy s uchazečem podle § 82 žádný vliv.
49. Závěr Úřadu uvedený v bodech č. 26 a 27 odůvodnění napadeného rozhodnutí i postup, který vydání napadeného rozhodnutí předcházel a jímž Úřad ve správním řízení prokázal, že zadavatel učinil jednání, kterým uzavřel smlouvy s vybraným uchazečem v zadávacích řízeních veřejných zakázek „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.“, považuji za správný a zákonný.

*Ke stanovení výše pokuty*

50. K námitce rozkladu, že Úřad při stanovení výše pokuty nevzal dostatečně v úvahu všechny skutkové okolnosti, uvádím následující. Podle námítky rozkladu zadavatele Úřad nevzal v potaz mimořádné úsilí, jež zadavatel v posledních letech vynakládá nejen na to, aby nadále postupoval v souladu se zákonem, ale dokonce i na to, aby napravil negativní účinky, jež měl dřívější protizákonný postup předcházejícího vedení zadavatele.
51. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Určení výměry pokuty tak bylo zákonem vztaženo pouze k té závažnosti, způsobu spáchání, následkům a okolnostem, které existovaly v době jeho spáchání.
52. Pokud zadavatel namítá, že Úřad nevzal v potaz mimořádné úsilí, jež zadavatel v posledních letech vynakládá dokonce i na to, aby napravil negativní účinky, jež měl dřívější protizákonný postup předcházejícího vedení zadavatele, je nutné konstatovat, že takovéto jednání zadavatele nemůže být při určení výměry pokuty relevantním. Jednání zadavatele v letech následujících po spáchání správního deliktu není způsobilé ovlivnit závažnost, způsob spáchání a okolnosti, které existovaly v době jeho spáchání.
53. Námitka rozkladu může být relevantní pro určení výměry pokuty toliko z pohledu následků spáchání správního deliktu. Úřad se v bodech č. 67 a následujících odůvodnění napadeného rozhodnutí následky spáchání správního deliktu zabýval, když zkoumal jak přitěžující,

tak polehčující okolnosti spáchání správního deliktu. Přitěžujícími a polehčujícími okolnostmi jsou přitom všechny skutečnosti stanovené v § 121 odst. 2 zákona, tj. závažnost, způsob spáchání, následky a další okolnosti spáchání správního deliktu. Úřad se v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí zabýval tím, zda bylo či nebylo možné odvrátit následky spáchání správního deliktu nějakou nápravou.

54. Závěr Úřadu, že nápravy nelze dosáhnout, neboť smlouvy na realizaci předmětných veřejných zakázek již byly uzavřeny, je zcela souladný s výše uvedeným vylíčením hypotézy deliktu, která se vztahuje k „jednání“ zadavatele. Úřad provedeným dokazováním prokázal, že v době spáchání správního deliktu neexistovalo žádné další jednání zadavatele, které by napravilo negativní účinky, jež měl dřívější protizákonný postup předcházejícího vedení zadavatele. Pokud Úřad v bodě 71 odůvodnění napadeného rozhodnutí přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouvy na realizaci předmětných veřejných zakázek již byly uzavřeny a nápravy tedy nelze dosáhnout, postupoval správným a zákonným způsobem.
55. Zadavatel dále uvádí, že současná rada města Karlovy Vary se razantně distancuje od vedení, které město dříve zastupovalo a které stálo za realizací původní veřejné zakázky a s tím souvisejících zakázek „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.“.
56. Tuto námitku rozkladu je na místě vypořádat odkazem na fakt, že právní subjektivita zadavatele není nikdy nijak dotčena změnou personálního složení orgánů zadavatele, kterými jedná, eventuálně kterými vytváří svou vůli. Okolnost distancování se od vedení, které město dříve zastupovalo, není skutečností, která by mohla mít vliv na správnost či zákonnost napadeného rozhodnutí a Úřad nijak nepochybil, když tuto skutečnost odůvodněním napadeného rozhodnutí nezohlednil.
57. Zadavatel k této námitce rozkladu blíže uvádí, že město Karlovy Vary v rámci nápravných opatření podalo proti všem třem vybraným uchazečům žalobu na zaplacení 1 063 294 537,73 Kč vedenou u Okresního soudu v Karlových Varech pod spisovou značkou 16 C 44/2012, jelikož jak vyplývá z výše uvedeného, uzavřená smlouva o dílo č. H 034/06/19002 je absolutně neplatná a město Karlovy Vary tak není vlastníkem „KV Arény“, ačkoli uhradilo veškeré náklady na její vybudování.
58. K významu těchto bližších tvrzení zadavatele z hlediska správnosti a zákonnosti napadeného rozhodnutí jsem se vyjádřil výše při vypořádání námitek rozkladu týkajících se naplnění skutkové podstaty správního deliktu. Zákonné podmínky spáchání správního deliktu zadavatelem byly naplněny bez ohledu na skutečnost, že zadavatel vede soudní spor o určení neplatnosti původní smlouvy, ke které byly uzavřeny předmětné dodatky. Skutečnost, že zadavatel vede soudní spor o určení neplatnosti původní smlouvy, ke které byly uzavřeny předmětné dodatky, není relevantní ani pro určení výměry pokuty.
59. Zadavatel k této námitce dále uvádí, že vedení města Karlovy Vary zároveň schválilo nová pravidla pro zadávání veřejných zakázek, která jdou co do transparentnosti zadávání veřejných zakázek a rovného přístupu uchazečů k nim podstatně nad požadavky současné právní úpravy a nepochybně pro příště jakémukoliv protiprávnímu jednání zamezí.

60. Je jistě chvályhodné, že zadavatel schválil nová pravidla pro zadávání veřejných zakázek a že při jejich respektování patrně lépe předejde nedodržení zákona, nicméně tyto zadavatelovy úkony nijak nedoléhají na jednání zadavatele sankcionované napadeným rozhodnutím, ani na správnost postupu Úřadu při určení výměry pokuty zadavateli.
61. V závěru rozkladu zadavatel namítá, že je přesvědčen, že svým chováním dostatečně prokazuje, že k jeho nápravě již došlo a udělovat mu sankce směřující k takové nápravě je tak nadbytečné. Navrhuje proto, aby Úřad, pokud by potvrdil první výrok napadaného rozhodnutí, jeho druhý výrok změnil tak, že se ukládá pokuta toliko v symbolické výši 1 Kč.
62. K této námitce rozkladu podotýkám, že odpovědnost za delikt je zákonnou regulací působící erga omnes, nestanoví-li zákon jinak např. v podobě liberačních důvodů, nebo právní fikce. Odpovědnost za delikt spáchaný v minulosti tak působí i vůči tomu zadavateli, který svým chováním nadále dostatečně prokazuje, že k jeho nápravě již došlo. Zadavatelem uváděná náprava jeho chování není okolností, která by liberovala jeho odpovědnost za spáchání správního deliktu v minulosti. Zadavatelova náprava následující po naplnění skutkové podstaty správního deliktu může mít vliv toliko na akcentaci preventivní funkce při ukládání pokuty, přičemž tento vliv byl napadeným rozhodnutím již dostatečně respektován.
63. Pokud Úřad při určení výměry uložené pokuty v odůvodnění napadeného rozhodnutí preferoval preventivní charakter uložené sankce před charakterem represivním, a na základě zvážení polehčujících okolností spáchání správního deliktu dospěl k závěru, že jako dostačující uloží pokutu ve výši 500 000 Kč z možné horní hranice pokuty 3 896 528, 55 Kč, postupoval správným a zákonným způsobem.

## **VII. Závěr**

64. 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.
65. 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.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží**

1. JUDr. Robert Pelikán, Ph.D., advokát, Lazarská 8, 120 00 Praha 2
2. SYNER, s.r.o., Dr. Milady Horákové 580/7, 460 01 Liberec
3. BAU-STAV a.s., Loketská 344/12, 360 06 Karlovy Vary
4. 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