



UOHSX005ZPY5

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R239/2013/VZ-21984/2014 /323/JHr

Brno 17. října 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 19. 8. 2013, který Úřad pro ochranu hospodářské soutěže obdržel téhož dne, podaném zadavatelem -

- **Městem Kostelec nad Orlicí**, IČO 00274968, se sídlem Palackého nám. 38, 517 41 Kostelec nad Orlicí, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 31. 1. 2013 JUDr. Miloslavem Tuzarem, advokátem zapsaným v seznamu advokátů ČAK pod ev. č. 3827, se sídlem Palackého 108, 516 01 Rychnov nad Kněžnou, ve věci podání rozkladu pověřena za zadavatele jednat JUDr. Jana Blezzardová, zaměstnankyně zadavatele.

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S67/2013/VZ-14631/2013/521/DRa ze dne 5. 8. 2013 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu s názvem „**Víceúčelová herna Kostelec nad Orlicí**“ zadávané na základě výzvy k podání nabídek ze dne 26. 10. 2011, na základě níž výše uvedený zadavatel dne 25. 11. 2011 uzavřel smlouvu o dílo s vybraným uchazečem Romanem Svatošem, podnikatelem, IČO 18869700, s místem podnikání Michalcova 1370, 517 41 Kostelec nad Orlicí a veřejné zakázky malého rozsahu s názvem „**Stavební úpravy Sportovního klubu v Kostelci nad Orlicí**“ zadávané na základě výzvy k podání nabídek ze dne 24. 1. 2012, na základě níž uzavřel výše uvedený zadavatel dne 24. 2. 2012 smlouvu o dílo rovněž s výše uvedeným vybraným uchazečem, jsem podle ustanovení § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle ustanovení § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S67/2013/VZ-14631/2013/521/Dra ze dne 5. 8. 2013

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m .

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele – Město Kostelec nad Orlicí, IČO 00274968, se sídlem Palackého nám. 38, 514 41 Kostelec nad Orlicí (dále jen „**zadavatel**“) učiněného při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu s názvem „Víceúčelová herna Kostelec nad Orlicí“ (dále jen „**veřejná zakázka 1**“) při němž zadavatel uzavřel dne 25. 11. 2011 smlouvu o dílo s Romanem Svatošem, IČO 18869700, podnikatelem, s místem podnikání Michalcova 1370, 517 41 Kostelec nad Orlicí (dále jen „**vybraný uchazeč**“) a rovněž při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu s názvem „Stavební úpravy Sportovního klubu v Kostelci nad Orlicí“ (dále jen „**veřejná zakázka 2**“), při němž zadavatel uzavřel dne 24. 2. 2012 rovněž smlouvu o dílo se stejným vybraným uchazečem.
2. Na základě podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci k oběma veřejným zakázkám a po jejím prostudování získal pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem. Z tohoto důvodu Úřad zahájil dne 29. 1. 2013 správní řízení z moci úřední. Předmětem veřejné zakázky 1 bylo provedení stavebních a montážních prací, kdy v přízemí objektu sportovního areálu „Stadion Mládeže v Kostelci nad Orlicí“ bude garáž pro autobus, zázemí pro sportovce a návštěvníky a v patře se bude nacházet samotná víceúčelová herna. Výběrové řízení na realizaci veřejné zakázky 1 bylo zahájeno dne 26. 10. 2011 výzvou k podání nabídek. Výběrové řízení na realizaci veřejné zakázky 2 bylo původně zahájeno dne 7. 12. 2011, avšak toto výběrové řízení bylo zadavatelem zrušeno z důvodu technických změn projektu a zadavatel poté zahájil dne 24. 1. 2012 na veřejnou zakázku 2 další výběrové řízení. Předmětem smlouvy na toto řízení bylo rovněž provedení stavebních a montážních prací, kdy bude stavebně řešena úprava stávajícího sportovního klubu, jehož prostory se zvětší o stávající garáž, sociální zařízení bude nově dispozičně řešeno a nově vznikne zázemí pro personál a další provozní prostory (úklidová komora, sklad, přípravná). Doba plnění byla ve smlouvě na veřejnou zakázku 1 stanovena od měsíce listopadu 2011 do 31. 7. 2012 a na

¹ Pokud bude v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení ve smyslu § 26 zákona v návaznosti na § 58 odst. 1 a2 zákona, není-li stanoveno jinak

veřejnou zakázku 2 od měsíce února 2012 rovněž do 31. 7. 2012. Cena díla veřejné zakázky 1 byla sjednána ve výši 5 459 782 Kč bez DPH a veřejné zakázky 2 ve výši 1 163 535 bez DPH.

II. Napadené rozhodnutí

3. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 8. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S67/2013/VZ-14631/2013/521/Dra, (dále jen „**napadené rozhodnutí**“) kterým ve výroku I. rozhodl, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že uzavřením smlouvy o dílo s vybraným uchazečem ze dne 25. 11. 2011, jejímž předmětem je provedení stavebních a montážních prací ve věci veřejné zakázky 1 a smlouvy o dílo s tímtež vybraným uchazečem ze dne 24. 2. 2012, jejímž předmětem je provedení stavebních a montážních prací ve věci veřejné zakázky 2 porušil zákaz stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když předmět veřejné zakázky na stavební práce rozdělil tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod zákonem stanovené finanční limity pro zadávání veřejných zakázek na stavební práce, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený dle § 21 zákona, neboť nezadal veřejnou zakázku v zadávacím řízení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že za spáchání správního deliktu, uvedeného ve výroku I. se zadavateli ukládá pokuta ve výši 200 000 Kč.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že pro posouzení, zda v případě veřejné zakázky 1 a 2, se jedná o jedinou zakázku, či dvě samostatné veřejné zakázky, je rozhodný předmět požadovaných stavebních prací a posouzení existence místní, časové, urbanistické, věcné, technologické a funkční souvislosti plnění. K posouzení existence místní souvislosti plnění Úřad uvedl, že stavební a montážní práce obou veřejných zakázek byly prováděny v jednom objektu – Stadionu Mládeže v Kostelci nad Orlicí. Ačkoliv zadavatel uvedl, že stavební objekty jsou na sobě funkčně a provozně zcela nezávislé, mají oddělené samostatné vstupy a vnitřně nejsou propojeny, s touto argumentací se nelze ztotožnit. Na podporu tohoto stanoviska Úřad uvedl, že dle judikatury Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) i Krajského soudu v Brně, kterou Úřad v odůvodnění cituje, může být místní souvislost plnění dána i v některých situacích, kdy je místem plnění celé území České republiky, případně kraje. V předmětném případě se jednalo nejen o objekt, stojící ve stejném místě, ale dokonce o jednu budovu, ač je dle zadavatele rozdělena samostatnými vstupy na dvě jednotky. V návaznosti na výše uvedené, je tedy podmínky místní souvislosti plnění v šetřeném případě dle Úřadu splněna.
5. Z hlediska posouzení časové souvislosti plnění, Úřad zkoumal časové okolnosti zahájení zadávacího (výběrového) řízení, časový okamžik uzavření smluv s vybraným uchazečem a termíny konečné realizace veřejných zakázek. Výběrové řízení na veřejnou zakázku 1 bylo zahájeno dne 26. 10. 2011 odesláním výzvy k podání nabídky a v případě veřejné zakázky 2 došlo k zahájení řízení odesláním výzvy k podání nabídky dne 7. 12. 2011. Posledně uvedené výběrové řízení bylo sice následně zrušeno, avšak nově zahájeno odesláním další výzvy k podání nabídky ze dne 24. 1. 2012. Mezi odesláním výzev k podáním nabídky v těchto veřejných zakázkách, tedy neuběhly ani dva kalendářní měsíce a je zřejmé, že výzvy byly učiněny v jednom kalendářním roce. Ačkoliv výběrové řízení ve věci veřejné zakázky 2 bylo

opětovně zahájeno až v následujícím kalendářním roce, nemůže mít tato skutečnost zásadní vliv na posouzení časové souvislosti plnění obou veřejných zakázek v tom smyslu, že časová souvislost plnění zakázek není dána. Vzhledem k původnímu termínu zahájení výběrového řízení v prosinci 2011 je totiž evidentní, že úmyslem zadavatele bylo výběrové řízení realizovat již necelé dva měsíce po původním výběrovém řízení. Zadavatel měl tedy finanční prostředky na realizaci veřejné zakázky 2 zajištěny již v měsíci prosinci 2011. Tuto skutečnost dokládá i fakt, že důvodem zrušení výběrového řízení na veřejnou zakázku 2 nebyl nedostatek financí, ale dle vyjádření samotného zadavatele technické změny projektu vedoucí ke snížení finančních nákladů akce. K posouzení časových okolností plnění smluv o dílo, uzavřených s vybraným uchazečem Úřad konstatoval, že obě veřejné zakázky měly být dokončeny ve stejném termínu, tedy do 31. 7. 2012, což je vzhledem k nižší předpokládané hodnotě veřejné zakázky 2 (tedy i k menšímu objemu prací, které lze provést v kratší době), i při zahájení této veřejné zakázky o 3 měsíce později pochopitelné.

6. K námitce zadavatele, že byla zpracována jedna projektová dokumentace na obě zakázky, avšak v době vyhotovení projektové dokumentace nemohl zadavatel předpokládat, zda veřejná zakázka 2 bude skutečně realizována, neboť neměl zajištěny finanční prostředky Úřad poukázal na rozsudek NSS č.j. 2 Afs 198/2006-69 ze dne 27. 6. 2007, kde NSS judikoval, že je možné zadat veřejnou zakázku předem formou obchodní veřejné soutěže, přičemž zadavatel mohl vyloučit možnost dílčího plnění veřejné zakázky s tím, že by si problematiku získání finančních prostředků „ošetřil“ stanovením vhodných obchodních podmínek ve smlouvě s vybraným uchazečem. Zadavatel tedy nemůže argumentovat tím, že dopředu neví, zda bude mít na plnění veřejné zakázky dostatek financí. Problém dostatku finančních prostředků lze řešit zadáním zadávacího řízení veřejné zakázky s výhradou možnosti zrušení její dílčí části, na kterou nebudou v době zahájení zadávacího řízení zajištěny volné finanční prostředky. Ostatně zpracování jedné projektové dokumentace vede k závěru, že obě veřejné zakázky byly časově, věcně i funkčně natolik svázány, že nemohly být rozděleny a zadány jako dvě veřejné zakázky a jednalo se tedy o veřejnou zakázku jedinou. Na základě skutečností, že na obě veřejné zakázky byla vypracována jediná projektová dokumentace, obě výběrová řízení byla zahájena v krátkém časovém období necelých dvou měsíců a s přihlédnutím ke shodným koncovým termínům plnění obou veřejných zakázek, dospěl Úřad k závěru, že v předmětném případě je časová souvislost naplněna. Úřad dále rozhodl, že z realizace výstavby předmětu veřejných zakázek 1 a 2 v jednom místě a čase vyplývá, že se jednalo taktéž o jeden urbanistický celek. Podmínka urbanistické souvislosti je tedy rovněž naplněna.
7. Dále Úřad v napadeném rozhodnutí uvedl, že se vzhledem ke skutečnosti, že došlo k uzavření dvou smluv o dílo s vybraným uchazečem, zabýval předmětem těchto uzavřených smluv a naplněním podmínky souvislosti plnění veřejné zakázky 1 „Víceúčelová herna Kostelec nad Orlicí“ a veřejné zakázky 2, tedy „Stavební úpravy Sportovního klubu v Kostelci nad Orlicí“ po stránce věcné, technické a funkční. Úřad konstatoval, že při zkoumání výzev odeslaných zadavatelem k podání nabídky v případě obou veřejných zakázek zjistil, že zadavatel vyzýval totožné dodavatele. Z této skutečnosti, tedy z téměř shodného okruhu dodavatelů vyzvaných k podání nabídek, a ze skutečnosti, že veřejná zakázka byla realizována stejným

dodavatelem (tedy vybraným uchazečem), Úřad usoudil na věcnou souvislost obou veřejných zakázek.

8. V případě věcné souvislosti plnění je třeba dle zadavatele zohlednit, zda předmět veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek. Tyto závěry vyplývají z odborné literatury, judikatury NSS a rovněž z rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) – rozhodnutí sp. zn. C-16/98 Komise proti Francii. Z těchto pramenů práva lze usoudit, že ve vztahu k veřejným zakázkám na stavební práce platí, že pro určení, zda byly části jedné stavby uměle rozděleny, je třeba posoudit ekonomickou a technologickou funkci existence stavby a z uvedených hledisek musí být posouzen i výsledek stavebních prací. V daném případě plnění veřejné zakázky 2 v sobě zahrnovalo stavební a montážní práce, které byly rovněž součástí předmětu plnění veřejné zakázky 1. Druhy těchto prací, které byly z pohledu jejich věcného charakteru příbuzné, Úřad v rozhodnutí vyjmenoval. Z této skutečnosti lze usoudit, že plnění obou veřejných zakázek mohla být prováděna současně. Z výše uvedeného vyplývá, že v případě obou veřejných zakázek se jednalo i o jeden funkční celek. Úřad má tedy za to, že souvislost věcná, technologická a funkční byla prokázána.
9. Úřad zaujal rovněž stanovisko k námitce zadavatele ohledně rozdílného charakteru prací z důvodu použití jiných pracovních a technických postupů. K tomuto Úřad konstatoval, že po posouzení nabídek podaných vybraným uchazečem v rámci veřejných zakázek je zřejmé, že použité pracovní a technické postupy jsou většinou zcela shodné a nevyžadují tedy odlišnou kvalifikaci pracovníků a jiné pracovní a technologické postupy, nehledě k tomu, že byla vypracována pouze jediná projektová dokumentace.
10. Dále Úřad v napadeném rozhodnutí provedl součet ceny díla za obě veřejné zakázky podle uzavřených smluv o dílo a dospěl k závěru, že předpokládaná celková hodnota veřejné zakázky po součtu cen za dílo u obou smluv o dílo dosáhla takové výše, že se jedná o veřejnou zakázku podlimitní, nikoliv o veřejnou zakázku malého rozsahu podle § 12 odst. 3 zákona, jak uvádí zadavatel. Jako takovou byl zadavatel povinen tuto veřejnou zakázku zadat v příslušném zadávacím řízení, což však neučinil. Zadavatel tedy nepostupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem, což je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, neboť tím omezil soutěžní prostředí. Nelze totiž vyloučit, že v případě zákonného postupu by nabídky podali i další uchazeči, jejichž nabídky by byly pro zadavatele výhodnější. Z těchto důvodů měl Úřad za prokázané, že postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Uvedené porušení zákona se vzhledem ke své závažnosti projevilo ve výši sankce, která byla zadavateli za spáchání správního deliktu uložena.

III. Námitky rozkladu

11. Dne 19. 8. 2013, tedy v zákonné lhůtě, podal zadavatel proti napadenému rozhodnutí Úřadu rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne. Vzhledem k tomu, že rozklad byl za zadavatele podepsán digitálně zaměstnankyní zadavatele JUDr. Janou Blezzardovou a nebylo prokázáno oprávnění uvedené pracovnice jednat ve věci podání rozkladu jménem zadavatele, vydal Úřad dne 29. 9. 2014 usnesení č.j. ÚOHS-R239/2013/VZ-20028/2014/323/JHr, jímž zadavatele vyzval k prokázání oprávnění jmenované pracovnice, která rozklad podepsala,

jednat jménem zadavatele v předmětném správním řízení. Požadované oprávnění bylo Úřadu zasláno písemně dne 30. 9. 2014 a zadavatel tedy povinnost prokázat potřebné oprávnění JUDr. Blezzardové splnil. V rozkladu zadavatel namítá, že postupoval v souladu se zákonem a správního deliktu se nedopustil. Dle zadavatele byla výstavba víceúčelové hery na stolní tenis od počátku samostatnou stavbou financovanou zčásti z prostředků zadavateli darovaných a zčásti z rozpočtu města. V průběhu zpracování projektové dokumentace však došlo ze strany zpracovatele projektu k jeho doplnění o případné budoucí stavební úpravy Sportovního klubu. Tuto nabídku zpracovatele projektu zadavatel přijal a projekt tedy obsahoval obě uvedené akce. Dále zadavatel uvedl, že po dodání projektové dokumentace na obě akce mohl přistoupit k výběru zhotovitele veřejné zakázky 1, tedy „Víceúčelová herna Kostelec nad Orlicí“, když z průvodní zprávy projektové dokumentace zjistil, že předpokládané náklady byly celkem 5 980 000 Kč bez DPH. Zadavatel tedy namítl, že se nemohl dopustit nezákonného rozdělení veřejné zakázky, když celková předpokládaná cena stavebních prací na obě akce nedosahovala finančního limitu stanoveného zákonem.

12. Zadavatel dále namítl, že Úřad nehodnotil správně skutkový stav, když z původní výzvy na podání nabídek na veřejnou zakázku 2 ze dne 7. 12. 2011 dovodil, že zadavatel měl zajištěny finanční prostředky na tuto veřejnou zakázku. Zadavatel k tomu dále uvedl, že výzva k podání nabídek byla zrušena proto, že zajištění financí na veřejnou zakázku 2 bylo nejisté a výzva byla tedy dle zadavatele předčasná, ačkoliv jako jediný důvod zrušení výzvy k podání nabídek v případě veřejné zakázky 2 bylo přepracování projektu. Dle zadavatele se v jeho rozpočtu na rok 2011 nevytvořily volné finanční prostředky, které by se mohly rozpočtovou změnou přesunout na financování veřejné zakázky 2. Následně po schválení rozpočtu na rok 2012 bylo již vyhlášeno výběrové řízení na realizaci veřejné zakázky 2. Zadavatel rovněž uvedl, že skutečnost, že se zřejmě mělo v případě výzvy k podání nabídek na veřejnou zakázku 1 přistoupit k postupu v režimu zákona, mohl objektivně zjistit až před samotným opětovným vyhlášením výzvy k podání nabídek na veřejnou zakázku 2.
13. V další rozkladové námitce zadavatel uvedl, že pokud by připustil, že se odchýlil od postupu stanoveného zákonem, pak musí být brány do úvahy příčiny, jež k tomu vedly, a zároveň namítá, že Úřad se měl zabývat také tím, zda tento postup zadavatele ovlivnil, nebo mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Dle názoru zadavatele není v odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřadu uvedena žádná argumentace na podporu domněnky, že způsob zadání, zvolený zadavatelem, mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, kromě konstatování Úřadu, že nelze vyloučit, že by zadavatel v případě transparentně uskutečněného zadávacího řízení, obdržel i jiné, pro něj výhodnější nabídky. Uvedené konstatování Úřadu však není ničím podloženo a vyplývá z něj, že Úřad se tím nijak nezabýval. Úřad rovněž nijak nezdůvodnil, v čem spočívá rozdíl mezi ovlivněním a možností podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky a neuvedl ani žádné důkazy, na základě nichž dospěl k závěru, že postup zadavatele v tomto případě mohl výběr nejvhodnější nabídky ovlivnit podstatným způsobem. Z tohoto důvodu považuje zadavatel napadené rozhodnutí Úřadu za nepřezkoumatelné.
14. Ačkoliv se Úřad obsáhle zabýval souvislostí plnění předmětných zakázek, nebyla podle názoru zadavatele z jeho pohledu souvislost plnění zakázek objektivně předvídatelná, a to

zejména v oblasti časové, funkční a souvislosti věcné. Z těchto důvodů zadavatel rovněž považuje výši sankce, která mu byla ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložena za nepřiměřenou, neboť se domnívá, že správní delikt nespáchal.

Závěr rozkladu

15. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodnutí napadené rozkladem zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

Postup správního orgánu I. stupně

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

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl, s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise, k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S67/213/VZ-14631/2013/521/DRa ze dne 5. 8. 2013 ve výroku I. rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že uzavřením smlouvy o dílo s vybraným uchazečem ze dne 25. 11. 2011, jejímž předmětem je provedení stavebních a montážních prací ve věci plnění veřejné zakázky 1 a smlouvy o dílo ze dne 24. 2. 2012, jejímž předmětem je provedení stavebních a montážních prací ve věci plnění veřejné zakázky 2 porušil zákaz stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když předmět veřejné zakázky na stavební práce rozdělil tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod zákonem stanovené finanční limity pro zadání veřejných zakázek na stavební práce, v důsledku čehož nedodržel postup stanovený dle § 21 zákona, neboť nezadal veřejnou zakázku v zadávacím řízení, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Správný a souladný se zákonem jsem shledal i postup Úřadu, když ve výroku II. rozhodl, že za spáchání správního deliktu, uvedeného ve výroku I. se zadavateli ukládá pokuta ve výši 200 000 Kč. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Zadavatel v úvodu rozkladu uvádí, že výstavba víceúčelové herny Kostelec nad Orlicí, tedy veřejná zakázka 1, měla být od počátku realizována jako samostatná stavba a úmyslem zadavatele bylo zadat výstavbu herny jako stavbu jedinou. Až posléze, v průběhu zpracování projektové dokumentace došlo na základě návrhu projektanta k doplnění projektové dokumentace o případné budoucí stavební úpravy Sportovního klubu v Kostelci nad Orlicí,

tedy zakázky 2. Zadavatel namítá, že tyto stavební úpravy k návrhu projektanta přijal, avšak bez jakéhokoliv bližšího plánovaného určení, kdy a jestli vůbec, k takovým plánovaným úpravám dojde. Ve vztahu k této námitce zadavatele uvádím, že pokud již zadavatel věděl, že na základě iniciativy projektanta došlo k doplnění původního projektu, a on takto rozšířenou projektovou dokumentaci přijal, pak měl rovněž logicky předpokládat, že následně dojde, resp. může dojít také k následné realizaci nově vyprojektovaných stavebních prací, tedy úprav Sportovního klubu v Kostelci nad Orlicí, které byly předmětem doplnění projektové dokumentace a přímo tedy navazovaly na práce provedené dle veřejné zakázky 1, tedy výstavbu víceúčelové hery. Výše uvedená námitka zadavatele tedy nemůže být úspěšná, neboť za této situace neměl zadavatel stavební práce, které byly doplněny do projektové dokumentace s jeho souhlasem, zadávat jako veřejnou zakázku 2, ale měl počítat s tím, že tyto stavební práce budou, nebo by v budoucnu mohly být realizovány v rámci veřejné zakázky na stavbu víceúčelové hery. Ani otázka zajištění finančních prostředků na celou veřejnou zakázku není ve vztahu k uvedené námitce podstatná, neboť mohla být případně řešena posléze způsobem popsáním v bodě 7 napadeného rozhodnutí. Vzhledem k výše uvedenému se nemohu s touto námitkou zadavatele ztotožnit. Takto formulovaná námitka zadavatele směřuje k tomu, že doplněním projektu o budoucí úpravy Sportovního klubu dojde k navýšení prací, které by měly být provedeny a tedy i k navýšení potřeby finančních prostředků. Ve vztahu k této námitce zadavatele odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 198/2006-69 ze dne 27. 6. 2007, kterým Úřad argumentoval již v odůvodnění napadeného rozhodnutí a z něhož lze dovodit, že zadavatel nemůže argumentovat tím, že předem neví, zda bude mít na plnění veřejné zakázky dostatek volných prostředků. Problematika řešení nedostatku finančních prostředků na dokončení veřejné zakázky, k níž zaujal stanovisko NSS v předmětném rozsudku, je již popsána v napadeném rozhodnutí Úřadu i v tomto rozhodnutí, a proto na možné způsoby jejího řešení opět poukazuji. Rovněž vzhledem k výše uvedenému nelze tuto námitku akceptovat.

20. V další námitce rozkladu zadavatel uvedl, že k výběru zhotovitele na realizaci veřejné zakázky 1 přistoupil po dodání průvodní zprávy k dokumentaci pro stavební povolení, která obsahovala projekt na obě uvedené stavební zakázky, tedy na akci „Víceúčelová herna Kostelec nad Orlicí“ a „Stavební úpravy Sportovního klubu v Kostelci nad Orlicí“. Z průvodní zprávy přitom zadavatel zjistil, že předpokládané náklady činí cca 5 980 000 Kč bez DPH. Na základě tohoto údaje tedy zadavatel dovodil, že se nedopustil rozdělení veřejné zakázky, které je mu kladeno za vinu, když předpokládaná cena stavebních prací na obě akce nedosahovala finančního limitu stanoveného zákonem. Ani s touto námitkou zadavatele nemohu souhlasit. Zadavatel předložil dokumentaci pro stavební povolení jako přílohu k rozkladu. Z průvodní zprávy – část 1 – nevyplývá, že se jedná o obě veřejné zakázky, neboť citovaná průvodní zpráva obsahuje jednotlivé části, které mají obecný charakter a nelze z ní nepochybným způsobem dovodit, zda výše celkových předpokládaných nákladů, uvedených v bodě 7 zprávy, se skutečně vztahuje k oběma akcím (tedy veřejné zakázce rozdělené dvě části), jak v této námitce tvrdí zadavatel. Proto nelze z předloženého dokumentu jednoznačně prokázat pravdivost zadavatelova tvrzení a nelze tedy ani přijmout jeho námitku.

21. Zadavatel dále v rozkladu namítl, že Úřad nesprávně vyhodnotil skutkový stav, když z první výzvy pro podání nabídek k veřejné zakázce 2 ze dne 7. 12. 2011 dovedil, že zadavatel měl zajištěny finanční prostředky na realizaci veřejné zakázky již v měsíci prosinci 2011. S tímto konstatováním zadavatel nesouhlasí a uvádí, že odeslání výzvy k podání nabídky ze dne 7. 12. 2011 bylo předčasné, neboť zajištění finančních prostředků bylo v té době nejisté. Skutečností, kterou nelze nijak zpochybnit však je, že již v měsíci prosinci 2011, tedy necelé dva měsíce po podání výzvy k podání nabídek na veřejnou zakázku 1, bylo záměrem zadavatele realizovat další výběrové řízení. Ačkoliv otázka zrušení výzvy ze dne 7. 12. 2011 není předmětem tohoto řízení a je tedy nerozhodné, proč bylo zadávací řízení zrušeno, spíše vyvstává pochybnost, zda už při podání této výzvy, postupoval zadavatel podle zákona. Ze skutečnosti podání výzvy však lze postavit najisto, že zadavatel, pokud podal již v prosinci 2011 výzvu, musel vycházet z toho, že má dostatek finančních prostředků na realizaci veřejné zakázky 2, byť tuto skutečnost zpočátku vyhodnotil nesprávně a následně výzvu pro podání nabídek na veřejnou zakázku 2 zrušil. K opětovné výzvě však došlo již dne 24. 1. 2012, tedy ve velmi krátké době a smlouva o dílo na veřejnou zakázku 2 se stejným uchazečem pak byla uzavřena dne 24. 2. 2012. Z uvedených časových údajů tedy vyplývá, že otázka dostatku finančních prostředků na realizaci veřejné zakázky 2 tedy nebyla zásadním problémem, pokud zadavatel již v období bezprostředně navazujícím, tedy dne 24. 1. 2013 podal novou výzvu na podání nabídky v další veřejné zakázce. Skutečnost, že k opětovné výzvě k podání nabídky došlo až v následujícím roce, není v této souvislosti relevantní, neboť v tomto případě šlo pouze o rozpočtové účetní operace. Podstatné je, že zadavatel musel v době podání druhé výzvy vědět, že volné finanční prostředky bude mít dříve nebo později k dispozici, a že bude moci realizovat veřejnou zakázku 2. Skutečnost, že k opětovné výzvě k podání nabídky došlo až v následujícím kalendářním roce, není v této souvislosti relevantní, neboť vůle zadavatele realizovat další výběrové řízení existovala prakticky ve velmi krátkém časovém odstupu po výzvě na podání nabídky ve věci veřejné zakázky 1. Tato skutečnost také svědčí o tom, že časová souvislost obou veřejných zakázek je zřejmá. Z těchto důvodů se s danou námitkou zadavatele nemohu ztotožnit.
22. Dle názoru zadavatele se měl Úřad zabývat také tím, že pokud rozhodl, že se zadavatel odchýlil od postupu upraveného zákonem, měl rovněž stanovit, zda tato skutečnost měla na výběr nejvhodnější nabídky podstatný vliv. Taková argumentace Úřadu dle názoru zadavatele v napadeném rozhodnutí chybí. K uvedené námitce uvádím následující. Již ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad stanovil, že uzavřením předmětných smluv o dílo porušil zadavatel zákaz stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když předmět veřejné zakázky rozdělil tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limity stanovené v zákoně. V důsledku toho zadavatel nedodržel postup dle § 21 zákona, neboť veřejnou zakázku nezadal v zadávacích řízeních. Úřad současně zřetelně stanovil, že tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. K uvedené námitce dále považuji za potřebné doplnit, že podmínka i jen potenciálního podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky je z pohledu aplikace § 120 odst. 1 písm. a) stěžejní. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel pro zadání veřejné zakázky zvolil zadávací řízení odpovídající pro podlimitní veřejné zakázky, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde možnost výběru výhodnější nabídky jiného uchazeče. V návaznosti na výše uvedené poukazuji rovněž na předchozí rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne

12. 2. 2009, kde je k dané problematice uvedeno, že: „...skutková podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je naplněna i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, aniž by k němu nutně došlo.“. Z dikce zákona plyne, že slovo „podstatné“ se vztahuje jak na možnost skutečného ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit). Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo. Na základě výše uvedeného tedy konstatuji, že podmínka možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky byla splněna a Úřad v této souvislosti postupoval v souladu se zákonem. I pokud bychom připustili, že podmínka dostatečného vlivu porušení zákona zadavatelem nebyla v napadeném rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem odůvodněna, tento nedostatek lze zhojit odůvodněním tohoto rozhodnutí. Odůvodnění napadeného rozhodnutí a odůvodnění tohoto rozhodnutí je nutno posuzovat komplexně ve vzájemné širší souvislosti. Rozhodnutí 1. stupně a rozhodnutí 2. stupně na sebe vzájemně navazují a tvoří celek. Nedostatky jednoho rozhodnutí mohou být tedy zhojeny argumentací druhého. Nicméně zdůrazňuji, že napadené rozhodnutí netrpí v tomto směru takovými nedostatky, které by mohly způsobit jeho nepřezkoumatelnost.

23. Úřad k výše uvedené otázce, a z odůvodnění napadeného rozhodnutí to jednoznačně vyplývá, vzal v úvahu zejména závažnost spáchání správního deliktu. Úřad konstatoval, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších dodavatelů v zadávacím řízení a došlo tak k narušení soutěžního prostředí. Smlouvy o dílo byly uzavřeny s vybraným uchazečem bez řádného předchozího zadávacího řízení provedeného podle § 21 zákona. Úřad uvedl, že pokud zadavatelé nepostupují při zadání veřejné zakázky podle zákona, jak tomu bylo v tomto případě, jde o závažné porušení zákona, neboť je tím omezeno nebo vyloučeno soutěžní prostředí. Jedná se tedy o správní delikt, který patří dle svého charakteru k nezávažnějším. Na druhé straně Úřad zhodnotil jako příznivou tu skutečnost, že zadavatel provedl alespoň výběrová řízení pro veřejné zakázky malého rozsahu, i když takové výběrové řízení nemůže rovnocenným způsobem nahradit zadávací řízení učiněné podle zákona. Úřad se tedy dostatečně podrobně věnoval vyhodnocení toho, do jaké míry nesprávný postup zadavatel ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. K uvedenému je třeba doplnit, že Úřad nemá povinnost prokazovat přímý negativní vliv na výběr nejvhodnější nabídky v daném případě. Pokud tedy Úřad uvedl, že nelze vyloučit, že by v rámci transparentně uskutečněného zadávacího řízení zadavatel obdržel i jiné výhodnější nabídky, pak toto odůvodnění považuji za zcela dostačující.
24. Zadavatel rovněž uvádí, že Úřad se obsáhle zabýval souvislostí veřejných zakázek ze všech relevantních hledisek, avšak přesto pouze velmi stručně namítá, že souvislost zakázek zejména v oblasti časové, funkční a věcné nebyla objektivně předvídatelná. S touto námitkou nelze souhlasit. K nepředvídatelnosti souvislosti zakázek z hlediska časového zadavatel jednak uvedl, že původně nebyla veřejná zakázka 2 vůbec v plánu a jednak poukázal na nezajištění této zakázky finančními prostředky. K této námitce si dovoluji odkázat na bod 21 tohoto rozhodnutí, kde jsou oba namítané důvody údajné nepředvídatelnosti časové souvislosti zakázek již vypořádány.
25. K námitce zadavatele ohledně nepředvídatelnosti funkční, případně věcné souvislosti veřejných zakázek uvádím následující. Pokud už v době zpracování projektu byly do

projektové dokumentace zakomponovány oba projekty, tedy jak výstavba víceúčelové herny, tak i stavební úpravy Sportovního klubu, měl zadavatel postupovat podle zákona a měl předvídat, že bude obě veřejné zakázky realizovat. Sám zadavatel v bodě IV. rozkladu říká, že v době zpracování projektové dokumentace došlo k návrhu na její doplnění o případné budoucí stavební úpravy Sportovního klubu. Pokud tedy zadavatel tyto úpravy přijal, je zřejmé, že měl v úmyslu tyto práce realizovat a tuto skutečnost tedy předvídat. K předvídatelnosti věcné souvislosti zakázek rovněž dodávám, že při jejím zkoumání se zohledňuje skutečnost, zda předmět plnění veřejné zakázky tvoří jeden funkční celek. Tento fakt akceptuje také zadavatel a odvolává se přitom na judikaturu SDEU (konkrétně na rozhodnutí sp. zn. C-16/98 Komise proti Francii). S tímto výkladem se Úřad ztotožnil. Navíc Úřad poukázal na vzájemnou souvislost předmětu plnění obou veřejných zakázek a vyjmenoval druhy stavebních a montážních prací předmětných veřejných zakázek, které spolu z hlediska věcného a funkčního úzce souvisí a mohou být vykonávány současně. Z těchto skutečností vyplývá, že v případě obou veřejných zakázek se jednalo o jeden funkční celek a jejich věcná a funkční souvislost byla dána. Z uvedeného je zřejmé, že námitka zadavatele o možné nepředvídatelnosti věcné (případně funkční) souvislosti veřejných zakázek je lichá a nelze ji akceptovat.

26. Zadavatel v závěru rozkladu rovněž namítl, že uloženou pokutu považuje za nepřiměřenou. K této námitce uvádím, že ve správním řízení bylo spáchání správního deliktu jednoznačně prokázáno a potvrzeno tímto rozhodnutím. Sankce za spáchání správního deliktu byla tedy uložena oprávněně. K problematice výše pokuty pak uvádím, že podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání, jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Ke všem těmto zákonným faktorům Úřad také skutečně přihlédl a výši uložené pokuty tedy řádně posoudil. Úřad však musel zohlednit rovněž tu skutečnost, že svým postupem zadavatel znemožnil účast dalších dodavatelů ve výběrovém řízení, když veřejnou zakázku nezadal některým ze způsobů zadávacího řízení, upravených zákonem. Tím byla oslabena efektivita soutěžního prostředí. Skutečnost, že zadavatel provedl za účelem zvýšení kvality výběru dodavatele výběrová řízení a vyzval tak alespoň omezený okruh uchazečů k podání nabídek je polehčující okolností, nicméně takové výběrové řízení nemůže nahradit zadávací řízení učiněné podle zákona, které mělo být uskutečněno.
27. Úřad rovněž přihlédl i k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje a vzal v úvahu rozpočet zadavatele schválený na rok 2012, z něhož zjistil, že příjmy zadavatele se pohybují v řádu desítek milionů Kč.
28. Závěrem shrnuji, že jsem přezkoumal postup Úřadu v dané věci a nezjistil jsem žádné pochybení, kterého by se Úřad dopustil. Úřad dostatečně zjistil skutkový stav věci a mohl tedy posoudit, zda došlo ke spáchání správního deliktu uvedeného v napadeném rozhodnutí. Všechny podklady, z nichž Úřad při rozhodování vycházel, řádně označil a vyhodnotil v souladu se zákonem. Nelze tedy přisvědčit shora uvedenému tvrzení zadavatele, že Úřad nesprávně posoudil skutkový stav. Taktéž výše sankce byla stanovena přiměřeně povaze správního deliktu dle okolností případu.

VI. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
30. Vzhledem k uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak 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
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. JUDr. Miloslav Tuzar, advokát, Palackého 108, 516 01 Rychnov nad Kněžnou
2. Město Kostelec nad Orlicí, Palackého nám. 38, 514 41 Kostelec na Orlicí

Vypraveno dne

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