



UOHSX005HUV3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S560/2013/VZ-3881/2014/522/ZPr

Brno 20. února 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17.9.2013 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- zadavatel – Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 1, 690 74 Břeclav,

ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele:

- když uzavřel dne 24.4.2008 smlouvu označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb“, k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31.3.2004,
- když uzavřel dne 29.2.2012 smlouvu označenou jako „Dodatek č. 5 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb“ k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31.3.2004,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 1, 690 74 Břeclav – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona účinného ke dni 24.4.2008, když uzavřel dne 24.4.2008 smlouvu označenou jako „Dodatek č. 2 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb“ k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 29.6.2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31.3.2004, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení vyjmenovaných v § 21 odst. 2 uvedeného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Zadavatel – Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 1, 690 74 Břeclav – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona účinného ke dni 29.2.2012, když uzavřel dne 29.2.2012 smlouvu označenou jako „Dodatek č. 5 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb“ k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 29.6.2004, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31.3.2004, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení vyjmenovaných v § 21 odst. 2 uvedeného zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 1, 690 74 Břeclav – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, účinného ke dni 24.4.2008,

pokuta ve výši 100 000,- Kč (sto 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“) jako orgán příslušný podle ust. § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (pozn. Úřadu: Vzhledem k tomu, že pro účely odůvodnění rozhodnutí není v daném případě vždy nezbytné odlišovat jednotlivá znění zákona, bude v textu, kde je to možné, používán jednotný pojem „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu veřejného zadavatele – Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, IČO 00390780, se sídlem U Nemocnice 1, 690 74 Břeclav (dále jen „zadavatel“), ve věci veřejné zakázky „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ formou obchodní veřejné soutěže uveřejněné na centrální adrese dne 31.3.2004 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Na základě obdrženého podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace a dožádaných vyjádření Úřad zjistil tyto skutečnosti.

Průběh zadávacího řízení a uzavírání dodatků ke smlouvě

3. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel uveřejněním na centrální adrese dne 31.3.2004 vyhlásil formou obchodní veřejné soutěže podle zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ (dále také „původní veřejná zakázka“).
4. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o zajištění stravovacích služeb dne 29.6.2004 (dále jen „původní smlouva“) s dobou trvání na dobu neurčitou a s cenou díla stanovenou na základě dohody smluvních stran dle nabídky zhotovitele jako uchazeče v obchodní veřejné soutěži formou dílčích jednotkových cen za jednotlivá jídla. Předmětem uvedené původní smlouvy je zajištění stravování pro zaměstnance a pacienty objednatele formou výroby hotových jídel a nápojů a to za podmínek a způsobem touto smlouvou sjednaných.
5. Z dokumentace o veřejné zakázce dále vyplývá, že zadavatel k původní smlouvě uzavřel celkem následujících šest dodatků:
 - dodatek č. 1 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 29.1.2008,
 - dodatek č. 2 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 24.4.2008,
 - dodatek č. 3 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 22.12.2009,
 - dodatek č. 4 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 22.12.2009,
 - dodatek č. 5 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 29.2.2012,
 - dodatek č. 6 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb ze dne 1.1.2013.
6. Z obsahu uzavřených dodatků č. 1 a č. 5 je patrné, že došlo k úpravě cen stravy o více než 5 % oproti původní smlouvě uzavřené dne 29.6.2004 a to v souvislosti s prokazatelným nárůstem cen surovin a režijních nákladů a rovněž v souvislosti s úpravou snížené sazby DPH u nemocničního stravování. Dodatkem č. 2 došlo k úpravě cen jídel v souvislosti s prokazatelným nárůstem cen surovin a režijních nákladů. Dodatkem č. 3 a č. 4 došlo k úpravě cen v souvislosti s nárůstem zákonné sazby DPH a dodatkem č. 6 k úpravě cen v souvislosti s prokazatelným nárůstem cen surovin a režijních nákladů a rovněž v souvislosti s úpravou zákonné sazby DPH u nemocničního stravování.

Průběh správního řízení

7. Vzhledem k obsahu předložených materiálů doručených Úřadu v rámci výše specifikovaného šetření získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, když uzavřel dne 24.4.2008 dodatek č. 2 a dne 29.2.2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004 v rozporu s právy a povinnostmi vyplývajícími z této původní smlouvy, a proto zahájil správní řízení z moci úřední.

8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je
 - zadavatel.
9. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-17433/2013/522/ZPr ze dne 12.9.2013. Úřad dále účastníku řízení usnesením č. j. ÚOHS-S560/2013/VZ-17439/2013/522/ZPr z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
10. Oznámení o zahájení správního řízení bylo doručeno zadavateli dne 17.9.2013 a tímto dnem bylo správní řízení podle § 113 odst. 1 zákona zahájeno z moci úřední.

Vyjádření zadavatele ze dne 23.9.2013

11. Dne 24.9.2013 obdržel Úřad stanovisko zadavatele, v němž zadavatel odkazuje na své vyjádření ze dne 19.6.2013, které Úřad obdržel dne 20.6.2013, a které je součástí podkladů pro rozhodnutí. Ve vyjádření, na něž se zadavatel odkazuje, bylo uvedeno, že jak v rámci dodatku č. 2, tak i dodatku č. 5, došlo ke zvýšení jednotkových cen z důvodu prokazatelného nárůstu cen surovin, přičemž k navýšení jednotkových cen došlo u tzv. „zaměstnanecké stravy“, která je hrazena z prostředků zaměstnanců, tj. soukromých subjektů a z veřejných prostředků – příspěvku zaměstnavatele a z prostředků fondu kulturních a sociálních potřeb.
12. Zadavatel dále uvádí, že v období od roku 2004 do roku 2008 došlo k prokazatelnému nárůstu inflace, a dále uvádí, že od uzavření dodatku č. 2 se jednalo celkem o 10 % (součet let 2004 až 2007), což vyplývá také z jeho vyjádření ze dne 19.6.2013, ve kterém uvedl tabulku s roční mírou inflace roku 1997 do roku 2012 podle údajů Statistického úřadu.

Rok															
97	98	99	00	01	02	03	04	05	06	07	08	09	10	11	12
8,5	10,7	2,1	3,9	4,7	1,8	0,1	2,8	1,9	2,5	2,8	6,3	1,0	1,5	1,9	3,3

13. Zadavatel dále konstatuje, že při uzavírání dodatku č. 2 a dodatku č. 5 došlo k minimálnímu překročení procentní hranice jednotkových cen potravin, kdy nemocnice musí s ohledem na dodržování zásady efektivnosti, hospodárnosti a účelnosti dodržet léčebný standard v oblasti stravy, a doplňuje, že obecně u všech nemocnic dochází k nárůstu cen v provozní činnosti, ať již v oblasti stravy nebo ostatních služeb. Závěrem zadavatel dodává, že v uvedeném čase a místě se ceny za poskytování služeb stravy pohybují ve stejné finanční relaci, které jsou nyní nastaveny se současným dodavatelem stravy, a logicky tak došlo k odchýlení od původních hodnot nastavených ve veřejné zakázce.

Závěry úřadu

14. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, včetně dodatku č. 2 uzavřeného dne 24.4.2008 a dodatku č. 5 uzavřeného dne 29.2.2012 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004 a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když uzavřel s vybraným uchazečem k předmětné smlouvě uvedené dodatky, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 2 zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

15. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
16. Podle § 7 odst. 1 zákona je veřejnou zakázkou zakázka realizovaná na základě smlouvy mezi zadavatelem a jedním či více dodavateli, jejímž předmětem je úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací. Veřejná zakázka, kterou je zadavatel povinen zadat podle tohoto zákona, musí být realizována na základě písemné smlouvy.
17. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
 - a) otevřené řízení,
 - b) užší řízení,
 - c) jednací řízení s uveřejněním,
 - d) jednací řízení bez uveřejnění,
 - e) soutěžní dialog,
 - f) zjednodušené podlimitní řízení.
18. Jak vyplývá z ustanovení § 21 odst. 2 zákona, zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení, a za podmínek stanovených v ustanovení § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.
19. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel uzavřel na předmět veřejné zakázky „Zajištění stravovacích služeb v nemocnici Břeclav“ s vybraným uchazečem smlouvu o zajištění stravovacích služeb dne 29.6.2004 s dobou trvání na dobu neurčitou a s cenou díla stanovenou na základě dohody smluvních stran dle nabídky zhotovitele jako uchazeče v obchodní veřejné soutěži formou dílčích jednotkových cen za jednotlivá jídla. K této smlouvě uzavřel zadavatel dále 6 dodatků.
20. V bodu 5.4. zadávací dokumentace původní veřejné zakázky je stanoveno, že „celková nabídková cena za stravovací služby (i dílčí jednotkové ceny pro každý z jednotlivých druhů stravy pro zaměstnance a pacienty zadavatele) budou stanoveny v souladu s ustanovením § 40 odstavec (2) zákona jako ceny nejvýše přípustné, které je možné překročit jen za podmínek stanovených zadavatelem při vyhlášení soutěže na tuto veřejnou zakázku.“
21. V zadávací dokumentaci v bodu 13.1. „Podmínky, při jejichž splnění je možno překročit výši nabídkové ceny“ je uvedeno, že výši nabídkové ceny je možno překročit, „pokud v průběhu provádění díla dojde ke změnám sazeb daně z přidané hodnoty“, a dále tak lze učinit dle bodu 13.2. „v případě, že roční inflace v uplynulém kalendářním roce, ve kterém probíhalo plnění podle uzavřené smlouvy, podle údajů Statistického úřadu překročila 8 % oproti stavu při uzavření smlouvy (v druhém a dalším roce plnění k 1.1. uplynulého kalendářního roku), zvýší se cena v následujícím kalendářním roce o inflační vlivy, avšak maximálně o 5 %.“
22. V původní smlouvě je v bodu VI.3. výslovně uvedeno, že „podmínky, při jejichž splnění je možné překročit cenu podle článku VI., odstavce VI.1.1. až VI.1.12. jsou smluvními stranami dohodnuty takto:
 - VI.3.1. Pokud v průběhu provádění díla dojde ke změnám sazeb daně z přidané hodnoty;
 - VI.3.2. V případě, že roční inflace v uplynulém kalendářním roce, ve kterém probíhalo plnění podle uzavřené smlouvy, podle údajů Statistického úřadu překročila 8 % oproti stavu při

uzavření smlouvy (v druhém a dalším roce plnění k 1.1. uplynulého kalendářního roku), zvýší se cena v následujícím kalendářním roce o inflační vlivy, avšak maximálně o 5 %.“

23. V původní smlouvě jsou v bodu VI. „Cena díla a jeho části“ uvedeny jednotkové ceny za stravu určenou pro zaměstnance objednatele, a to tak, že bod VI.1.1. představuje uvedenou cenu za menu číslo 1 – standard, bod VI.1.2 jednotkovou cenu za menu číslo 2 – bezmasá jídla, bod VI.1.4 danou cenu za tzv. výběrové jídlo, bod VI.1.5. jednotkovou cenu za zeleninu a saláty, dále bod VI.1.9. předmětnou jednotkovou cenu za speciální diety, bod VI.1.11. jednotkovou cenu za standardizované dietní postupy – s označením „IV. stadium“ a v bodu VI.1.12 je stanovena jednotková cena za standardizované dietní postupy – redukční postupy.
24. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel dodatkem č. 2 uzavřeným dne 24.4.2008 ke smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004 zvýšil jednotkové ceny položek VI.1.1.; VI.1.2.; VI.1.3.; VI.1.4. a VI.1.5. o více jak 5 %, přestože původní smlouva v článku VI.3.2. umožňuje zvýšení ceny maximálně o 5 % (a to za podmínky, že roční inflace v uplynulém kalendářním roce, ve kterém probíhalo plnění podle uzavřené smlouvy, podle údajů Statistického úřadu překročila 8 % oproti stavu při uzavření smlouvy). V tabulce uvedené níže jsou zachyceny ceny stravy a jejich procentní nárůst na základě dodatku č. 2 uzavřeného dne 24.4.2008.

	Cena bez DPH stanovená ve smlouvě ze dne 29.6.2004	Cena bez DPH stanovená dodatkem č. 1	Cena bez DPH stanovená dodatkem č. 2	Nárůst ceny stravy v Kč bez DPH	Rozdíl vyjádřený v procentech
VI.1.1.	107,75	beze změny	116,37	8,62	8 %
VI.1.2.	101,67	beze změny	109,80	8,13	7,996 %
VI.1.3.	107,75	beze změny	116,37	8,62	8 %
VI.1.4.	120,38	beze změny	130,01	9,63	7,999 %
VI.1.5.	77,74	beze změny	83,96	6,22	8,001 %

25. Z dokumentace o veřejné zakázce Úřad dále zjistil, že k překročení pětiprocentní hranice došlo také při úpravě jednotkových cen za stravu pro pacienty, a to v souvislosti s uzavřením dodatku č. 5 dne 29.2.2012 k původní smlouvě, konkrétně u stravy charakterizované v položkách VI.1.9.; VI.1.11.; VI.1.12. I v tomto případě nebyla naplněna podmínka uvedená v článku VI.3.2. původní smlouvy, neboť ve výše uvedených položkách byly jednotkové ceny zvýšeny o více než 5 %, jak je patrné z tabulky uvedené níže.

	Cena bez DPH stanovená ve smlouvě ze dne 29.6.2004	Cena bez DPH stanovená dodatkem č. 4	Cena bez DPH stanovená dodatkem č. 5	Nárůst ceny stravy v Kč bez DPH mezi dodatky č. 4 a č. 5	Rozdíl vyjádřený v procentech
VI.1.6.	116,30	120,95	126,95	6	do 5 %
VI.1.7.	125,30	130,31	136,31	6	do 5 %
VI.1.8.	134,80	140,19	146,19	6	do 5 %
VI.1.9.	94,80	98,59	104,59	6	6,0858 %
VI.1.10.	129,20	134,37	140,37	6	do 5 %
VI.1.11.	113,10	117,62	123,62	6	5,101 %
VI.1.12.	114,60	119,18	125,18	6	5,034 %

26. Zadavatel ve vyjádření ze dne 19.6.2013, které je podkladem pro rozhodnutí, uvádí, že od uzavření dodatku č. 2 se jednalo celkem o 10% nárůst míry inflace (součet let 2004 až 2007), jak ostatně vyplývá také z tabulky uvedené ve vyjádření ze dne 23.9.2013. V předmětném vyjádření zadavatel dále konstatuje, že k navýšení jednotkových cen došlo u tzv. „zaměstnanecké stravy“, která je hrazena z prostředků zaměstnanců, tj. soukromých subjektů a z veřejných prostředků – příspěvku zaměstnavatele a z prostředků fondu kulturních a sociálních potřeb.
27. Uzavření dodatku č. 5 odůvodňuje zadavatel nárůstem cen surovin, přičemž dodává, že je nutné klást důraz na složení jednotlivých jídel s ohledem na jednotlivé diety, přičemž zadavatel musí dodržovat nutriční hodnoty pokrmů, jejichž cenová hodnota se vlivem prokazatelného nárůstu surovin zvyšuje, a že za celé období účinnosti smlouvy došlo ke změně sazby daně z přidané hodnoty.
28. Vzhledem ke skutečnosti, že jak dodatkem č. 2, tak dodatkem č. 5 došlo ke zvýšení jednotkových cen některých položek o více než 5 %, přičemž bod VI.3.1. smlouvy umožňuje zvýšení pouze v určitých případech, avšak z důvodu zvýšení inflace maximálně o 5 %, řešil Úřad otázku, zda byl zadavatel k tomuto zvýšení oprávněn.
29. Úřad předně uvádí, že se nejprve zabýval tím, zda konstatování zadavatele, že v rámci uzavření dodatku č. 2, kterým došlo ke zvýšení jednotkových cen jídel pro zaměstnance, je tato strava hrazena jak z veřejných prostředků, tak i z prostředků soukromých subjektů a fondu zadavatele, může mít vliv na posouzení předmětné záležitosti.
30. V souvislosti s výše uvedeným Úřad konstatuje, že základními pojmovými znaky veřejné zakázky vyplývajícími z definice uvedené v § 7 zákona jsou předmět a úplatnost. Předmětem veřejné zakázky se rozumí dodávky, služby nebo stavební práce, které slouží k naplnění záměrů zadavatele, avšak nikoli dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytuje zadavatel jiným osobám. A v případě dalšího pojmového znaku veřejné zakázky – úplatnosti – se jedná o úplatu zpravidla hrazenou zadavatelem, avšak nelze vyloučit ani „nepřímou“ úhradu zadavatele, kdy zadavatel rozhodne o způsobu úhrady jinými osobami, jako je tomu v šetřeném případě.
31. V původní smlouvě uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem o zajištění stravovacích služeb ze dne 29.6.2004 je v rámci předmětu plnění stanoveno, že „zhotovitel se touto smlouvou zavazuje zajistit pro Objednatele stravování pro zaměstnance a pacienty Objednatele formou výroby hotových jídel a nápojů a to za podmínek a způsobem touto smlouvou sjednaných a v souladu s příslušnými obecně závaznými a dalšími právními předpisy.“
32. K dané problematice Úřad odkazuje na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j.: S121/2008/VZ-12420/2008/510/Od ze dne 23.6.2008, které bylo potvrzeno druhostupňovým rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. R121/2008/02-20476/2008/310-ZČ ze dne 29.9.2008. V případě šetřeném v rámci uvedených rozhodnutí se jednalo o plnění služeb požadovaných zadavatelem za úplatu, které bylo nutno považovat za veřejnou zakázku, a přestože úplatu na základě rozhodnutí zadavatele hradily třetí osoby zadavateli, jednalo se o finanční prostředky, které fakticky náležely zadavateli a které byly poskytovány z veřejného rozpočtu.

33. Ve vztahu k zodpovězení otázky týkající se zdroje financování poptávaného plnění Úřad dále odkazuje na rozsudek Krajského soudu č. j. 62 Af 42/2010-131 ze dne 12.1.2012, ze kterého vyplývá, že příjmy, které nejsou placeny dodavateli z veřejných prostředků, nejsou ani součástí nabídkové ceny či předpokládané hodnoty, přičemž v předmětném rozsudku je dále uvedeno, že „přestože obecně platí, že výše úhrady za splnění veřejné zakázky (tedy „úplata ve směru od zadavatele k dodavateli“) je zásadně shodná s cenou obsaženou v nabídce vítězného uchazeče, která se zpravidla vyjadřuje v penězích, a že platba ve směru od zadavatele k dodavateli je uskutečňována přímo zadavatelem a k jeho tíži, neznamená to, že je-li úhrada plnění „ve prospěch zadavatele“ podle zadavatelem uzavřené smlouvy uskutečněna na základě jiného mechanismu (buď i fakticky jinými subjekty, plyne-li pro ně povinnost k této úhradě ze zadavatelem uzavřené smlouvy, tedy musí-li tyto subjekty, od zadavatele odlišné, dodavateli úplatu hradit namísto zadavatele), nemělo by takové plnění být veřejnou zakázkou pro nesplnění podmínky „úplaty ze strany zadavatele“, přičemž na výše uvedené navazuje v předmětném rozsudku soud citací z rozsudku č. j. 62Ca 25/2009-159 ze dne 2.2.2011, kde je ve vztahu ke znaku úplatnosti veřejné zakázky uvedeno, že „jedním ze znaků veřejné zakázky je její úplatnost („úplata ze strany zadavatele“), přičemž s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky, povahu a způsob uskutečňování plnění, jež má být pro zadavatele realizováno, nemusí být vždy ze strany zadavatele plněno přímo.“
34. Úřad tedy konstatuje, že zadavatel v daném případě naplnil podmínku úplatnosti stanovenou v § 7 zákona tím, že v rámci plnění představujícího zajištění stravování jak pro pacienty, tak také pro zaměstnance, uzavřel za stanovené jednotkové ceny dne 29.6.2004 smlouvu o zajištění stravovacích služeb a k ní následně dodatek č. 2 a dodatek č. 5 a následně sám hradil cenu realizovaného plnění.
35. Výše uvedený závěr potvrzují i kopie faktur za plnění předmětné veřejné zakázky, tedy za stravu pro zaměstnance a pacienty, které Úřad v rámci šetření podnětu obdržel od zadavatele, a to za období roku 2008 až 2012, kde jako odběratel vystupuje zadavatel a jako dodavatel vybraný uchazeč. Z uvedeného tedy vyplývá, že peněžní tok za úhradu plnění předmětu veřejné zakázky směřoval od zadavatele k vybranému uchazeči.
36. Předmětnou záležitost ohledně úplatnosti dané veřejné zakázky Úřad uzavírá tak, že nelze brát tvrzení zadavatele, že došlo uzavřením dodatku č. 2 ke zvýšení tzv. zaměstnanecké stravy, která je hrazena jak z veřejných prostředků, tak z prostředků soukromých subjektů a fondu zadavatele, jako argument, který by měl vliv na posouzení šetřeného případu. Z výše uvedeného Úřad tedy vyvodil závěr, že se o veřejnou zakázku ve smyslu zákona jedná, a tedy přísluší jeho přezkumu v celém rozsahu.
37. K dodatku č. 2, který byl uzavřen dne 24.4.2008, Úřad konstatuje, že tímto dodatkem došlo k překročení 5% hranice ceny u některých jednotlivých položek, ačkoli bylo předmětné zvýšení v rozporu s původně stanovenými smluvními podmínkami, což ve svém vyjádření ani zadavatel nikterak nevyvrací.
38. Úřad dále uvádí, že ačkoli zadavatel argumentuje, že před uzavřením dodatku č. 2 došlo celkem k 10% nárůstu inflace oproti původní smlouvě, má Úřad za to, že uvedené tvrzení zadavatele nemá k otázce míry zvýšení cen relevanci a nijak zadavatele tato skutečnost neopravňovala ke změně původně nastavených podmínek smlouvy o zajištění stravovacích

služeb uzavřené dne 29.6.2004, ve které zadavatel jednoznačně deklaroval, že cena nesmí být zvýšena o více než 5 % bez ohledu na výši inflace v předchozích letech.

39. Ze zjištění Úřadu také vyplývá, že i uzavřením dodatku č. 5 dne 29.2.2012 došlo k více než 5% zvýšení cen, a to konkrétně u stravy charakterizované v položkách VI.1.9.; VI.1.11.; VI.1.12., přičemž zadavatel uvedené zvýšení odůvodňuje také nárůstem cen surovin. Úřad dodává, že přestože předmětným dodatkem došlo i ke změně sazby daně z přidané hodnoty, kdy v této souvislosti byl zadavatel oprávněn ke zvýšení cen jednotlivých položek, uvedeným dodatkem došlo navíc i k navýšení cen některých jednotlivých položek z důvodu zvýšení míry inflace, avšak u tohoto důvodu byl zadavatel limitován podmínkami stanovenými v článku VI.3.2. původní smlouvy, tedy, že nesmí cenu položky zvýšit o více než 5 %, což však nedodržel. K uvedenému Úřad dodává, že v šetřeném případě při stanovení míry procentuálního překročení limitu navýšení jednotkových cen vycházel při svých výpočtech z jednotkových cen v částkách bez DPH uvedených ve smlouvě uzavřené dne 29.6.2004 a tudíž byl provedený výpočet očištěn o změnu sazby DPH, a proto zvýšení cen u těchto položek nemohlo být ovlivněno změnou sazby DPH.
40. V obecné rovině Úřad konstatuje, že problematika týkající se podstatné změny smlouvy, případně zadávacích podmínek, je již v rozhodovací praxi Úřadu ustálena. Úřad uvádí, že o podstatnou změnu smlouvy, která byla uzavřena v souladu se zadávacími podmínkami dané veřejné zakázky, se jedná zejména v těch případech, pokud v průběhu plnění veřejné zakázky nastane skutečnost, která mění původní znění smlouvy takovým způsobem, že tato změna mohla mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohla zapříčinit rozšíření okruhu dodavatelů ochotných zúčastnit se zadávacího řízení při nově nastavených zadávacích podmínkách. V tomto ohledu Úřad doplňuje, že je proto nezbytné, aby každá změna smluvních podmínek byla doprovázena vždy adekvátním postupem zadavatele pro zajištění principu transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
41. Úřad uvádí, že otázkou, za jakých podmínek mohou být změněny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, se zabýval Soudní dvůr Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci Priesetext Nachrichtenagentur GmbH proti Rakousku, v rozsudku č. j. C-454/06 ze dne 19.6.2008, kde mimo jiné konstatoval, že „změnu veřejné zakázky během doby trvání lze považovat 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 původně přijata.“
42. Z výše uvedených skutečností a závěrů rozsudku SDEU vyplývá, že v šetřeném případě zadavatel předmětnými dodatky umožnil podstatnou změnu původní smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem dne 29.6.2004 na základě veřejné obchodní soutěže, neboť v rozporu s pevně stanovenými podmínkami v uvedené smlouvě zadavatel zvyšoval předmětnými dodatky jednotkovou cenu některých položek nad původně stanovených 5 %. K postupu zadavatele Úřad konstatuje, že stanovení způsobu nepřekročitelnosti ceny je pro dodavatele velmi podstatným aspektem při tvorbě nabídkové ceny, přičemž se může projevit i v rozhodnutí dodavatele o neúčasti v zadávacím řízení. Na základě skutečnosti, že zadavatel změnil smluvní podmínky vztahující se k překročitelnosti nabídkové ceny, tak došlo k situaci uvedené v citovaném rozsudku, a to, že tato změna zavedla podmínky, které mohly umožnit, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění

i jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, resp. mohla umožnit zadavateli přijmout i jiné nabídky než ty, které byly původně přijaty. Z uvedeného důvodu se v daném případě jednalo o změnu podstatnou, která tak mohla mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.

43. V souvislosti s předmětnou problematikou Úřad dále odkazuje například na pravomocné rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22.11.2010, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R211/2010/VZ-7189/2011/310/EKu ze dne 12.5.2011, přičemž v daném rozhodnutí je stanoveno, že „návrh smlouvy o dílo je závazný jak pro uchazeče, tak i pro zadavatele“.
44. Úřad dále uvádí, že pokud v průběhu plnění veřejné zakázky nastane situace, která podstatným způsobem mění pevně stanovené podmínky v uzavřené smlouvě, na základě které plnění probíhá, a tato změna mohla mít vliv na výběr nejhodnější nabídky, s ohledem na skutečnost, že smlouva byla uzavřena v souladu s původně stanovenými zadávacími podmínkami a návrhem smlouvy, jedná se již o zcela novou veřejnou zakázku, kterou je nutno vypsát v souladu s § 21 zákona v některém ze zadávacích řízení, neboť v opačném případě by se zadavatel dopustil omezení soutěžního prostředí a tedy porušení zákona.
45. V návaznosti na výše uvedené Úřad shledal, že se zadavatel uzavřením dodatku č. 2 a uzavřením dodatku č. 5 dopustil podstatné změny původní smlouvy o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004 z důvodu zvýšení cen některých položek způsobeného inflačními vlivy, přičemž toto zvýšení přesahovalo 5 % oproti ceně stanovené v této původní smlouvě, což bylo v rozporu s původně stanovenými smluvními podmínkami.
46. Úřad dodává, že ani sám zadavatel nerozporuje skutečnost, že by se porušení zákona nedopustil, když ve svém vyjádření ze dne 23.9.2013 uvádí, že „při uzavírání dodatků č. 2 a č. 5 došlo k minimálnímu překročení procentní hranice jednotkových cen potravin, kdy nemocnice musí zejména s odkazem na výše uvedené dodržet i léčebný standard v oblasti stravy“ a dále dodává, že „logicky tak došlo k odchýlení od původních hodnot nastavených ve veřejné zakázce.“
47. Na základě uvedeného Úřad dospěl k závěru, že pokud zadavatel podstatným způsobem změnil původní smluvní podmínky stanovené ve smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004 tím, že zvýšil uzavřením předmětných dodatků některé jednotkové ceny, ačkoli to bylo v rozporu s původně stanovenými smluvními podmínkami, měl v daném případě učinit takové kroky, aby k porušení zákona nedošlo. Měl tedy vypsát nové zadávací řízení ve smyslu § 21 odst. 2 zákona tak, aby se do nového zadávacího řízení mohli přihlásit i jiní dodavatelé, neboť jak z povahy věci vyplývá, jednalo se o zcela novou zakázku. To však zadavatel neučinil a tím zapříčinil situaci, že jeho nezákonný postup mohl mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.
48. Z výše uvedených skutečností je tedy zřejmé, že zadavatel před uzavřením předmětných dodatků nepostupoval podle zákona, i když se jednalo o samostatnou veřejnou zakázku ve smyslu § 7 zákona, na kterou mělo být vypsáno řádné zadávací řízení. Výběru dodavatele nepředcházelo žádné transparentně provedené zadávací řízení, které by objektivně dokládalo, že právě vybraný uchazeč nabízí nejlepší smluvní podmínky a zadavatel naopak přistoupil přímo k uzavření předmětných dodatků.

49. Úřad konstatuje, že ačkoli zadavatel dokládá zprávami o činnosti vybraných nemocnic, že dochází k nárůstu cen v provozní činnosti, ať již v oblasti stravy nebo ostatních služeb, nemění to nic na skutečnosti, že zadavatel předmětné dodatky uzavřel v rozporu s původně stanovenými smluvními podmínkami, a ani tyto důkazy a tvrzení neopravňovaly zadavatele ke změně smluvních podmínek, neboť nespadaly do povolené výjimky v rámci uzavřené smlouvy.
50. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad proto konstatuje, že v šetřeném případě zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem ve znění účinném ke dni uzavření těchto dodatků, když uzavřel s vybraným uchazečem dne 24.4.2008 dodatek č. 2 a dne 29.2.2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 2 zákona, neboť předmětnými dodatky podstatným způsobem změnil podmínky vyplývající z uzavřené smlouvy, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, když zadavatel mohl obdržet na poptávaný předmět plnění i jiné, cenově výhodnější nabídky ostatních uchazečů, pokud by uzavřel uvedené dodatky na základě řádného zadávacího řízení. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

51. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona účinného ke dni 24.4.2008 se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82.
52. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona účinného ke dni 29.2.2012 se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
53. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správních deliktů tím, že uzavřel dne 24.4.2008 dodatek č. 2 a dne 29.2.2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004, aniž by tak učinil v zadávacím řízení ve smyslu § 21 zákona, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
54. Jelikož zadavatel při uzavření předmětných dodatků ke smlouvě o dílo s vybraným uchazečem nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky a tím mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel zákonem stanovený postup a předmětné dodatky by zadal v samostatném zadávacím řízení ve smyslu § 21 odst. 2 zákona, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří mohli nabídnout zadavateli výhodnější plnění než uchazeč, se kterým byla jak původní smlouva, tak i uvedené dodatky uzavřeny.
55. Jak dále vyplývá z ustanovení § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let, kdy byl spáchán.
56. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty 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 24.4.2008 a dne 19.2.2012 dodatku č. 5 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004. Úřad zahájil správní řízení z moci úřední dne 17.9.2013 na základě podnětu, který obdržel dne 20.8.2012. Z výše uvedeného je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.

57. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného ke dni 24.4.2008 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).
58. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona účinného ke dni 29.2.2012 se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
59. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější).
60. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, za který delikt je možno v šetřeném případě uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
61. Z předložených dodatků Úřad zjistil, že dodatkem č. 2 uzavřeným dne 24.4.2008 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004 byla zvýšena jednotková cena některých položek. Účinnost dodatku č. 2 je ode dne 1.2.2008. Částka za dobu plnění předmětné veřejné zakázky od účinnosti dodatku č. 2 do účinnosti dodatku č. 3 činí celkem za zaměstnance a pacienty částku ve výši 35 880 949,- Kč včetně DPH. Dále došlo dodatkem č. 5 uzavřeným dne 29.2.2012 ke zvýšení jednotkové ceny některých položek za stravu pro pacienty s účinností tohoto dodatku ode dne 1.3.2012. Do účinnosti dodatku č. 6 ze dne 1.1.2013, tj. do dne 1.1.2013, činila částka za předmětné plnění 16 525 135,- Kč včetně DPH.
62. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, byla s ohledem na uzavření předmětných dodatků v souladu s uplatňováním absorpční zásady Úřadem posouzena a stanovena cena v případě uzavřeného dodatku č. 2 a to ve výši 35 880 949,- Kč včetně DPH, neboť byla shledána z obou předmětných dodatků jako cena nejvyšší. Horní hranice možné pokuty (5 % ceny zakázky) tedy činí částku ve výši 1 794 047,- Kč.
63. Jak vyplývá z 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.
64. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
65. Zadavatel se dopustil správních deliktů tím, že uzavřel dodatek č. 2 dne 24.4.2008 a dne 29.2.2012 dodatek č. 5 k původní smlouvě o zajištění stravovacích služeb uzavřené dne 29.6.2004, aniž by tak učinil v některém z druhů zadávacích řízení uvedených v § 21 odst. 2 zákona, neboť předmětnými dodatky podstatným způsobem změnil podmínky vyplývající

z uzavřené smlouvy, přičemž se jednalo o novou zakázku a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a vyloučil tak zcela soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl vystaven jakékoliv konkurenci a zadavatel uzavřel předmětné dodatky bez jakékoli veřejné soutěže. Nezákonné omezení, resp. v daném případě vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli nabídnout výhodnější nabídku než uchazeč, se kterým byla uzavřena smlouva, resp. předmětné dodatky.

66. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k významnému omezení základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o cenu v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z ust. § 6 zákona, což je nutné považovat za přitěžující okolnost v postupu zadavatele. Pochybením zadavatele došlo k omezení konkurenčního prostředí, a to vzhledem k tomu, že zadavatel nezadal uvedené dodatky v žádném ze zadávacích řízení, ačkoli měl, v důsledku čehož mohlo v daném případě dojít k ne hospodárnému využití veřejných prostředků. K uvedenému Úřad dále konstatuje, že za přitěžující okolnost Úřad považuje skutečnost, že zadavatel spáchal dva správní delikty téže skutkové podstaty.
67. Při vyměření pokuty Úřad přihlédl ke skutečnosti, že předmětnými uzavřenými dodatky k původní smlouvě došlo pouze k mírnému překročení jednotkových cen oproti smluvním podmínkám stanoveným v původní smlouvě uzavřené dne 29.6.2004. Úřad při vyměření pokuty nepřehlédl, že navýšení jednotkových cen oproti oprávněnému čerpání nebylo natolik markantní.
68. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků má Úřad současně za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad k uvedenému podotýká, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocitována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
69. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu jako dostačující a v odpovídající míře naplňující účel obou uvedených funkcí.
70. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva resp. dodatky na realizaci předmětné veřejné zakázky a zakázky z ní vyplývající již byla uzavřena, a nápravy tedy nelze dosáhnout.

71. Pokuta uložená ve výroku III. tohoto rozhodnutí bude uhrazena na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO 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, tř. Kpt. Jaroše 7, 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

v z. JUDr. Josef Chýle, Ph.D.

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Nemocnice Břeclav, příspěvková organizace, U Nemocnice 1, 690 74 Břeclav

Vypraveno dne:

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