



UOHSX005E9DR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S495/2013/VZ-12054/2014/523/OPi

Brno 6. června 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 z moci úřední dne 16. 9. 2013, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Žatec, IČO 00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 24. 9. 2013 JUDr. Tomášem Těmínem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09996, Advokátní kancelář Těmín, s. r. o., IČO 24854590, se sídlem Karlovo náměstí 559/28, 120 00 Praha 2,

ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při uzavření dodatku č. 2 ze dne 28. 2. 2011 a dodatku č. 3 ze dne 28. 2. 2011 ke smlouvě o dílo ze dne 30. 11. 2010, která byla uzavřena na základě otevřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Otevřené letní koupaliště v Žatci“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 4. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod ev. č. 60044109, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 5. 2010 a dne 4. 6. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod ev. č. 2010/S 81-121011, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 5. 2010 pod ev. č. 2010/S 87-129449 a opravy uveřejněné dne 8. 6. 2010 pod ev. č. 2010/S 109-164382,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Žatec, IČO 00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že podle § 82 odst. 2 citovaného zákona neuzavřel smlouvu na

plnění veřejné zakázky zadané v otevřeném zadávacím řízení „Otevřené letní koupaliště v Žatci“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 4. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod ev. č. 60044109, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 5. 2010 a dne 4. 6. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod ev. č. 2010/S 81-121011, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 5. 2010 pod ev. č. 2010/S 87-129449 a opravy uveřejněné dne 8. 6. 2010 pod ev. č. 2010/S 109-164382, v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem – METALL QUATRO spol. s r. o., IČO 61538213, se sídlem Na Vrátku 1245/25, 434 01 Most – uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2, jímž změnil dodací lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky.

II.

Zadavatel – město Žatec, IČO 00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že podle § 82 odst. 2 citovaného zákona neuzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky zadané v otevřeném zadávacím řízení „Otevřené letní koupaliště v Žatci“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 4. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod ev. č. 60044109, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 5. 2010 a dne 4. 6. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod ev. č. 2010/S 81-121011, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 5. 2010 pod ev. č. 2010/S 87-129449 a opravy uveřejněné dne 8. 6. 2010 pod ev. č. 2010/S 109-164382, v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem – METALL QUATRO spol. s r. o., IČO 61538213, se sídlem Na Vrátku 1245/25, 434 01 Most – uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Žatec, IČO 00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec – ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 150 000 Kč (sto padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“)¹ obdržel 19. 5. 2011 podnět k přezkoumání postupu zadavatele – město Žatec, IČO

¹ Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

00265781, se sídlem náměstí Svobody 1, 438 24 Žatec, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 24. 9. 2013 JUDr. Tomášem Těmínem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09996, Advokátní kancelář Těmín, s. r. o., IČO 24854590, se sídlem Karlovo náměstí 559/28, 120 00 Praha 2 (dále jen „zadavatel“) – při uzavírání dodatků ke smlouvě o dílo uzavřené na základě zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Otevřené letní koupaliště v Žatci“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 4. 2010 a uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 23. 4. 2010 pod ev. č. 60044109, ve znění oprav uveřejněných dne 3. 5. 2010 a dne 4. 6. 2010, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod ev. č. 2010/S 81-121011, ve znění opravy uveřejněné dne 5. 5. 2010 pod ev. č. 2010/S 87-129449 a opravy uveřejněné dne 8. 6. 2010 pod ev. č. 2010/S 109-164382 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.
3. Odesláním oznámení o zahájení otevřeného řízení do informačního systému o veřejných zakázkách zadavatel zahájil dne 20. 4. 2010 zadávací řízení pro zadání veřejné zakázky.
4. Zadavatel se ve smyslu ust. § 151 zákona nechal při výkonu práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením zastoupit společností GORDION, s.r.o., IČO 26147921, se sídlem Kolmá 6/682, 190 00 Praha 9.
5. Předmětem plnění veřejné zakázky jsou podle oznámení o zakázce „*stavební práce a související dodávky v rozsahu stanoveném v zadávacích podmínkách*“. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena na 153 620 495,- Kč bez DPH.
6. Dne 30. 11. 2010 zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s dodavatelem – METALL QUATRO spol. s r. o., IČO 61538213, se sídlem Na Vrátku 1245/25, 434 01 Most (dále jen „vybraný uchazeč“).
7. Zadavatel a vybraný uchazeč uzavřeli k předmětné smlouvě dne 30. 11. 2010 dodatek č. 1, dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2 a téhož dne dodatek č. 3.
8. V dodatku č. 2 si strany sjednaly, že termín zahájení plnění této smlouvy je 1. 5. 2011 (dle čl. 5.1 smlouvy o dílo byl tento termín stanoven na květen 2010) a „*v souvislosti s rozšířením předmětu díla o opční právo se termín úplného dokončení díla stanovuje na 274 kalendářních dnů (tzn. 174 dnů na realizaci plnění díla bez opčního práva a 100 kalendářních dnů na realizaci plnění díla odpovídající opčnímu právu) ode dne zahájení plnění v souladu s harmonogramem prováděných stavebních prací, který byl upraven o předmět plnění odpovídající opčnímu právu. Termín dokončení plnění této smlouvy se stanovuje na 15. 5. 2012.*“
9. V dodatku č. 3 si strany sjednaly změny rozsahu prací na díle o „méněpráce“ v celkové hodnotě 22 215 466,- Kč bez DPH. Uvedeným dodatkem například došlo ke zrušení podzemní části objektu (kromě betonových nádrží pro akumulární jímku), zrušení druhého nadzemního podlaží, zrušení objektu trafostanice, úprav na dusičnany a dalších.
10. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, když uzavřel výše uvedené dodatky č. 2 a 3 ze dne

28. 2. 2011 ke smlouvě o dílo, kterými podstatně změnil lhůtu pro plnění a rozsah předmětu šetřené veřejné zakázky. Z výše uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

11. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-15339/2013/523/Krk ze dne 11. 9. 2013, v němž zadavatele seznámil se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-16530/2013/523/Krk ze dne 11. 9. 2013 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
13. Dne 16. 9. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správních deliktů.
14. Dne 17. 9. 2013 doručil zadavatel Úřadu podání, jehož obsahem byla žádost o objasnění lhůty uvedené v usnesení č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-16530/2013/523/Krk ze dne 11. 9. 2013.
15. Usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-17926/2013/523/Krk ze dne 18. 9. 2013 byla zadavateli z důvodu zřejmé písařské nesprávnosti určena nová lhůta, ve které mohl navrhopat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
16. Dne 24. 9. 2013 doručil zadavatel Úřadu žádost o prodloužení lhůty určené usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-17926/2013/523/Krk ze dne 18. 9. 2013.
17. Usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-18430/2013/523/Krk ze dne 26. 9. 2013 byla zadavateli lhůta stanovená usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-17926/2013/523/Krk ze dne 18. 9. 2013 prodloužena a tímto usnesením byla zadavateli také určena lhůta k provedení úkonu – předložení originálu nebo úředně ověřené kopie plné moci zmocňující advokáta k zastupování zadavatele v předmětném správním řízení.
18. Dne 1. 10. 2013 byla Úřadu doručena úředně ověřená kopie plné moci advokáta.
19. Usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-3977/2014/523/OPi ze dne 26. 2. 2014 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – doručení podání, v němž uvede, které „méněpráce“ sjednané v rámci dodatku č. 3 ze dne 28. 2. 2011 ke smlouvě o dílo ze dne 30. 11. 2010 uzavřené s vybraným uchazečem spadají do „ČÁST 1A“, „ČÁST 1B“, „ČÁST 2“, „LIBOČANSKÁ CESTA“ nebo „DEMOLICE OBJEKTU V AREÁLU“², a v němž rovněž uvede, které položky výkazu výměr obsaženého v nabídce vybraného uchazeče byly dodatkem č. 3 prostřednictvím „méněprací“ zrušeny či poníženy, a v jaké výši. Proti uvedenému usnesení podal zadavatel rozklad vedený pod sp. zn. R77/2014/VZ.
20. Dne 12. 3. 2014 doručil zadavatel na základě usnesení ÚOHS-S495/2013/VZ-3977/2014/523/OPi ze dne 26. 2. 2014 požadované vyjádření.
21. Usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-6555/2014/523/OPi ze dne 27. 3. 2014 byla zadavateli stanovena lhůta k vyjádření k podkladům rozhodnutí. Proti uvedenému usnesení podal zadavatel rozklad vedený pod sp. zn. R102/2014/VZ.

² Pozn. Úřadu: Jedná se o části položkového rozpočtu.

22. Dne 2. 4. 2014 doručil zadavatel Úřadu žádost o prodloužení lhůty k vyjádření k podkladům rozhodnutí stanovené usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-6555/2014/523/OPi ze dne 27. 3. 2014 o 25 dní. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S495/2013/VZ-7231/2014/523/OPi ze dne 3. 4. 2014 lhůtu prodloužil do 14. 4. 2014, tedy o 12 dní, neboť tuto lhůtu považoval s ohledem na okolnosti šetřeného případu za dostatečnou.
23. Dne 8. 10. 2013 a dne 9. 4. 2014 zadavatel (Mgr. Sandra Martinková na základě substituční plné moci ze dne 4. 10. 2013 a Bc. Stefan Stefanov na základě substituční plné moci ze dne 8. 4. 2014) nahlédl do spisu předmětného správního řízení; protokoly o nahlížení jsou součástí správního spisu.

Vyjádření zadavatele ze dne 13. 10. 2013

24. Dne 15. 10. 2013 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele ze dne 13. 10. 2013, v němž uvádí, že dodatkem č. 3 ke smlouvě o dílo byl termín zahájení plnění stanoven na 1. 5. 2011, a proto nelze hovořit o změně podmínek, za nichž měla být zahájena realizace projektu. Dle zadavatele je třeba rovněž přihlédnout k tomu, že dodatkem č. 3 bylo mezi smluvními stranami sjednáno, že stavební práce mohou započít i dříve, a to na základě žádosti zadavatele. Zadavatel tedy tímto dodatkem zajistil, že okamžik zahájení plnění veřejné zakázky nebude odsouván.
25. Zadavatel dále uvádí, že pakliže byl uzavřením dodatku č. 2 stanoven termín dokončení projektu na den 15. 5. 2012 s tím, že termín dokončení se stanovil na 274 dní, pak k tomuto prodloužení došlo na základě využití opčního práva dle § 99 zákona. K původní době plnění dle smlouvy o dílo, tj. 174 dní, bylo připočteno další 100 dní, přičemž těchto 100 dní se vztahovalo pouze na práce vykonané dle opčního práva, původní vysoutěžená doba 174 dnů tak byla zachována a zadavatel tak, dle svého vyjádření, splnil podmínku, která byla obsažena v zadání veřejné zakázky.
26. Zadavatel pak doplňuje, že i kdyby hypoteticky přistoupil na skutečnost, že prodloužením termínu dokončení díla o práce v režimu opčního práva došlo ke změně původních vysoutěžených podmínek, pak ani v takovém případě by nemohlo být toto prodloužení považováno za podstatné, zvláště s přihlédnutím k technickým důvodům, které ovlivnily plnění veřejné zakázky, a díky kterým se zadavatel rozhodl omezit předmět veřejné zakázky o tzv. méněpráce. Rovněž je, dle zadavatele, třeba přihlédnout k tomu, že termín dokončení projektu byl hodnocen pouze váhou 30 %. Proto prodloužení termínu dokončení projektu o 100 dnů nemohlo v žádném případě ovlivnit výsledky hodnocení nabídek.
27. K tvrzení Úřadu, že dodatkem č. 3 došlo podstatným způsobem ke změně předmětu veřejné zakázky, neboť jeho uzavřením smluvní strany sjednaly méněpráce v rozsahu 22 215 466,- Kč, zadavatel uvádí, že při uzavírání tohoto dodatku dodržoval původně uzavřenou smlouvu o dílo, protože v ustanovení čl. 8 bod 2 smlouvy o dílo je výslovně stanoveno, že zadavatel si vyhrazuje právo omezit rozsah plnění dle této smlouvy, tj. méněpráce. V čl. 8 bod 3 smlouvy o dílo bylo zároveň sjednáno, že hodnota případných méněprací nesnižuje celkovou cenu za účelem výpočtu limitu pro postup dle § 23 zákona. Navíc je, dle zadavatele, třeba přihlédnout k tomu, že zadavatel se rozhodl omezit část plnění o méněpráce za současného využití sjednaného opčního práva, které bylo realizováno v souladu s § 23 odst. 7 písm. b) zákona a § 34 zákona.

28. V této souvislosti zadavatel také odkazuje na § 23 odst. 7 písm. a) zákona a uvádí, že toto ustanovení se vztahuje na případ víceprací, které se nutně musí promítnout do ceny plnění. Pakliže se však vícepráce nepromítnou do ceny plnění, jde o pouhou změnu části plnění za jiné a takovou změnu lze sjednat v plném souladu se zákonem formou dodatků smlouvy o dílo, tedy přesně tak, jak učinil zadavatel. Z uvedeného ustanovení zákona, dle zadavatele, vyplývá, že jednacím řízením bez uveřejnění je nutné využít pouze v případě, že dojde k navýšení ceny plnění, a to maximálně v rozsahu o 20 %. Za předpokladu, že k navýšení ceny nedojde, nemůže být, dle zadavatele, taková změna předmětu plnění interpretována jako veřejná zakázka, protože z § 7 odst. 1 zákona vyplývá, že předmětem veřejné zakázky musí být úplatné poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací, když při nenavýšení ceny plnění je úplatnost pojmově vyloučena.
29. Zadavatel k této otázce pak uzavírá, že pakliže byly v dodatku č. 3 zároveň sjednány vícepráce v podobě zvětšení plochy parkoviště, které bylo nutné pro umožnění otáčení autobusů, pak tyto vícepráce byly sjednány v souladu s výše uvedeným ustanovením, neboť tyto práce byly zadány stejnému dodavateli, vícepráce nemohly být technicky ani ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky a cena těchto víceprací ani zdaleka nemohla překročit limit 20 % ceny původní veřejné zakázky.
30. Zadavatel ve svém vyjádření rovněž nesouhlasí s aplikací rozsudku ESD C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund) a další, ze dne 19. 6. 2008, a to z důvodu, že tento rozsudek se vztahuje na veřejnou zakázku na poskytnutí služeb, nikoliv na veřejnou zakázku na stavební práce, a protože jsou v tomto rozsudku formulovány pouze obecné zásady a postuláty bez bližší vazby na konkrétní skutkové okolnosti. Z uvedeného důvodu je tedy dle zadavatele tento rozsudek až příliš abstraktní a lze ho tedy aplikovat prakticky na jakýkoliv skutkový stav a jeho závěry nepřiléhají na různé varianty skutkových okolností a mohou plnit pouze doplňující či korigující funkci.
31. K tomu zadavatel doplňuje, že i kdyby aplikoval obecné postuláty uvedeného rozsudku, nelze dojít k závěru, že zadavatel naplnil skutkovou podstatu správního deliktu, jelikož v rozsudku se dovozuje, 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.“* Zadavatel však, dle svého vyjádření, uzavřením dodatků č. 2 a č. 3 nezměnil předmět veřejné zakázky natolik významným způsobem, že v případě jejich existence v původním zadávacím řízení by jejich existence umožnila zadání veřejné zakázky jinému dodavateli, popřípadě že by jejich existence umožnila přijmout nabídku jinou než tu, která byla původně přijata. Změny provedené zadavatelem v dodatcích č. 2 a č. 3 byly pouze marginální a reagující na aktuální překážky při plnění veřejné zakázky, a byly prováděny pouze za účelem hospodárného a transparentního využití veřejných prostředků.
32. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad zastavil předmětné správní řízení s tím, že se zadavatel nedopustil spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Vyjádření zadavatele ze dne 14. 4. 2014

33. Dne 14. 4. 2014 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel uvádí, že v dosavadním průběhu správního řízení prokázal, že uzavřením dodatku č. 2 a dodatku č. 3 smlouvy o dílo ze dne 30. 11. 2010 se nemohl dopustit spáchání správního deliktu „dle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona“ [pozn. Úřadu: myšleno zřejmě dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona], protože svým jednáním nemohl naplnit skutkovou podstatu výše uvedeného správního deliktu. Zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a zejména v souladu se základními zásadami platícími pro oblast práva veřejných zakázek, tj. v souladu se zásadou transparentnosti a nediskriminace.
34. Zadavatel je názoru, že údajné prodloužení doby plnění smlouvy o dílo, tj. prodloužení termínu, ve kterém měl být projekt dokončen, nezakládá odpovědnost zadavatele za spáchání správního deliktu. V žádném případě dle zadavatele nelze hovořit o změně podmínek, za nichž měla být zahájena realizace projektu. Dodatkem č. 3 bylo mezi smluvními stranami sjednáno, že stavební práce mohou započít i dříve, a to na základě žádosti zadavatele. Zadavatel tedy tímto dodatkem zajistil, že okamžik zahájení plnění veřejné zakázky nebude odsouván.
35. Zadavatel dodává, že uzavřením dodatku č. 2 byl stanoven termín dokončení projektu na den 15. 5. 2012 s tím, že dílo mělo být realizováno v rozsahu 274 dní. Tento postup považuje zadavatel za v souladu se zákonem, když k tomuto prodloužení termínu provedení díla došlo na základě využití opčního práva dle ustanovení § 99 zákona. K původní době plnění dle smlouvy o dílo 174 dní bylo připočteno dalších 100 dní, přičemž těchto 100 dní se vztahovalo pouze na práce vykonávané dle opčního práva. Původní doba plnění 174 dnů tak byla dle zadavatele zachována a zadavatel tak splnil podmínku, která byla obsažena v zadání veřejné zakázky.
36. Zadavatel považuje za nutné zdůraznit, že nejenže shora uvedený postup byl v souladu se zákonem, ale rovněž je pro účely hodnocení tohoto postupu a případně pro určení závažnosti takového jednání nutné přihlídnout k tomu, že termín dokončení projektu byl hodnocen pro účely výběru nejvhodnější nabídky pouze vahou 30 %, když největší důraz byl kladen na cenu veřejné zakázky. Prodloužení termínu dokončení projektu o 100 dnů nemohlo v žádném případě ovlivnit výsledky hodnocení nabídek, protože cena veřejné zakázky by případné ovlivnění doby plnění díla zcela eliminovala.
37. K uzavření dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo zadavatel uvádí, že uzavřením tohoto dodatku nemohlo dojít ke spáchání správního deliktu, protože z okolností případu je spáchání správního deliktu pojmově vyloučeno. Zadavatel totiž při uzavírání dodatku č. 3 dodržoval uzavřenou smlouvu o dílo, neboť v ustanovení článku 8 bod 3 smlouvy o dílo je výslovně stanoveno, že zadavatel si vyhrazuje právo omezit rozsah plnění dle této smlouvy, tj. méněpráce. V článku 8 bodu 3 smlouvy o dílo bylo zároveň sjednáno, že hodnota případných méněprací nesnižuje celkovou cenu za účelem výpočtu limitu pro postup dle § 23 zákona.
38. Zadavatel opětovně zdůrazňuje, že zákon upravuje výhradně problematiku víceprací, a to v ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Pokud však nedojde k navýšení ceny zakázky, jedná se o méněpráce, které zákon vůbec neupravuje. Za tohoto předpokladu nemůže být dle zadavatele taková změna předmětu plnění interpretována jako veřejná zakázka, protože

z ustanovení § 7 odst. 1 zákona zřetelně vyplývá, že předmětem veřejné zakázky musí být poskytnutí dodávek či služeb nebo úplatné provedení stavebních prací, když při nenavýšení ceny plnění je úplatnost pojmově vyloučena. Pokud tedy byly v dodatku č. 3 zároveň sjednány vícepráce v podobě zvětšení plochy parkoviště, které bylo nutné pro umožnění otáčení autobusů, pak sjednání těchto víceprací bylo sjednáno v souladu s výše uvedeným ustanovením, neboť tyto práce byly zadány stejnému dodavateli, vícepráce nemohly být technicky ani ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky a cena těchto víceprací ani zdaleka nemohla překročit limit 20 % ceny původní veřejné zakázky.

39. Zadavatel uzavírá, že v dostatečném rozsahu vysvětlil důvody, které ho vedly k uzavření předmětných dodatků smlouvy o dílo, a zároveň dostatečně vyargumentoval, že uzavřením těchto dodatků nedošlo k porušení zákona, neboť právě naopak zadavatel uzavřením těchto dodatků sledoval cíle a zásady zákona, tj. hospodárné a transparentní nakládání s veřejnými prostředky.
40. Poškození ostatních soutěžitelů v rámci této veřejné zakázky je dle zadavatele rovněž vyloučeno, protože nabídková cena byla zcela rozhodujícím faktorem pro výběr nejvhodnějšího uchazeče a vybraný uchazeč předložil nabídku s jednoznačně nejnižší nabídkovou cenou, proto ostatní skutečnosti hodnocené v rámci posouzení nabídek všech soutěžitelů, nemohly za žádných okolností zvrátit výběr vybraného uchazeče jako nejvhodnějšího uchazeče s nejnižší nabídkovou cenou.
41. Zadavatel navrhuje, aby Úřad rozhodl tak, že se zadavatel nedopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

42. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, jednotlivých vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že
 - podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2, jímž změnil dodací lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a tím, že
 - podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
43. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující.

44. Podle § 82 odst. 2 zákona pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námitky podle § 110 odst. 4 zákona, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.
45. Úřad uvádí, že zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces s minimem prostoru pro smluvní volnost, přičemž uvedené je také promítnuto do znění § 82 odst. 2 věty druhé zákona, který zadavateli ukládá povinnost uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, jelikož návrh smlouvy na plnění veřejné zakázky je závazný jak pro uchazeče, tak i pro zadavatele, který není oprávněn s uchazečem před uzavřením smlouvy vyjednávat o změně návrhu smlouvy obsaženého v nabídce. Lze však připustit tzv. změny nepodstatné, např. změny formálního charakteru jako jsou změny kontaktních údajů (např. jména kontaktních osob, telefonní spojení), zpřesnění použitých formulací (bez vlivu na obsah smlouvy) apod.
46. V souvislosti s otázkou tzv. podstatných či nepodstatných změn smluvních ujednání Úřad odkazuje na rozsudek Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“) sp. zn. C-454/06, ze dne 19. 6. 2008, ve věci *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund)* a další³ (dále jen „rozsudek Pressetext“), ve kterém ESD mimo jiné judikoval, že „(...) *relevantním kritériem pro určení, zda sjednání nového ustanovení (...) představuje nové zadání zakázky, je, zda musí být toto ustanovení považováno za podstatnou změnu původní smlouvy (...)*“, přičemž ESD zároveň uvedl případy, kdy lze považovat změnu smlouvy za podstatnou: „*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. Změna původní veřejné zakázky může být rovněž považována za podstatnou, pokud značnou měrou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány. Změna může být rovněž považována za podstatnou, jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.*“ ESD dále konstatoval, že „*cena představuje důležitou podmínku veřejné zakázky. Změna takové podmínky během doby platnosti zakázky při neexistenci výslovného zmocnění v tomto smyslu, obsaženého v původní veřejné zakázce, by znamenala riziko porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení s uchazeči.*“
47. Z daného rozsudku je zřejmé, v jakých případech soud shledává změnu smlouvy jako podstatnou (a tedy nepřipustnou), v důsledku níž by sjednání nového ustanovení představovalo nové zadání zakázky, přičemž negativním výkladem lze tedy dovodit i změny nepodstatné (a tedy přípustné).
48. Nepřipustné jsou tedy s odkazem na výše uvedené závěry ESD takové změny, které
- a) by zavedly 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,

³ Dostupné na <http://curia.europa.eu>

b) značnou měrou zakázku rozšiřují o služby (dodávky nebo stavební práce), které původně nebyly předpokládány,

c) mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu ve smlouvě ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.

49. Úřad připouští, že tento rozsudek ESD byl vydán v souvislosti s šetřením veřejné zakázky na služby, nikoliv na stavební práce, ale Úřad je toho názoru, že jeho obecné závěry lze aplikovat i na veřejné zakázky na stavební práce, jakož i na veřejné zakázky na dodávky, právě proto, že obsahuje obecná konstatování ohledně podstatných změn uzavřených smluv.
50. Problematika tzv. podstatných a nepodstatných změn smluvních ujednání se rovněž váže k ustanovení § 82 odst. 2 věty druhé zákona, přičemž obecně nejsou přípustné takové změny smluvních ujednání, které podstatným způsobem mění podmínky původního zadání a nabídku vybraného uchazeče. Za podstatné změny je přitom nutné považovat takové změny, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku nebo průběh zadávacího řízení (zejména hodnocení nabídek). Ve smlouvě na plnění veřejné zakázky nelze podstatným způsobem měnit zejména předmět plnění, rozsah předmětu plnění, ani smluvní ujednání, která byla zároveň hodnotícími kritérii pro zadání veřejné zakázky, přičemž typicky se jedná o nabídkovou cenu či lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky (změnu těchto smluvních ujednání lze připustit pouze z objektivních důvodů, např. je-li nutné prodloužit lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky z důvodu živelné pohromy, která ve svém důsledku znemožnila po určité období pokračovat v provádění realizace díla). V důsledku takovýchto dodatečných podstatných změn dochází ke změně původních zadávacích podmínek, příp. obsahu nabídky vybraného uchazeče a tím také k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, jelikož původní zadávací podmínky jsou určující pro rozhodování o účasti dodavatelů v zadávacím řízení a obsah jejich nabídek, které jsou hodnoceny v rámci zadávacího řízení dle zadavatelem předem stanovených hodnotících kritérií.
51. Co se týče změn smluvních ujednání, která jsou předmětem hodnocení v zadávacím řízení před uzavřením smlouvy (např. nabídková cena, dodací lhůty atd.), je nutno konstatovat, že takové změny nelze připustit v případě, že by se v jejich důsledku v již realizovaném zadávacím řízení umístil jako první uchazeč v pořadí jiný dodavatel nežli zadavatelem vybraný uchazeč. Pokud by tedy zadavatel zopakoval hodnocení původních nabídek s tím, že by v případě vybraného uchazeče vycházel z hodnot, které mají být se zadavatelem smluvně sjednány (a tedy nikoli z hodnot, které byly uvedeny v nabídce vybraného uchazeče), a na základě výsledného pořadí by se jako první neumístila nabídka vybraného uchazeče, jednalo by se o nepřípustná smluvní ujednání.
52. Úřad současně zdůrazňuje, že uvedené závěry je nutné aplikovat pro účely zákona o veřejných zakázkách rovněž na případné dodatky ke smlouvě na plnění veřejné zakázky, která byla uzavřena na základě zadávacího řízení, neboť jiný výklad by představoval obcházení ust. § 82 odst. 2 věty druhé zákona, podle něhož je zadavatel povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče (popřípadě upraveným podle § 32 zákona). V případě, že by tedy byla prostřednictvím dodatku změněna smlouva, kterou zadavatel uzavřel na základě zadávacího řízení, a současně by se jednalo o změnu podstatou (viz judikatura ESD výše) bylo by nutno na

takový postup zadavatele nahlížet jako na nezákonný, učiněný v rozporu s ust. § 82 odst. 2 věty druhé zákona, neboť výsledný smluvní vztah by již v podstatných aspektech (ve smyslu rozsudku Priesetext) neodpovídal návrhu smlouvy obsaženého v nabídce vybraného uchazeče.

K otázce změny lhůty pro plnění předmětu veřejné zakázky

53. V čl. 7 „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky stanovil zadavatel základním hodnotícím kritériem ekonomickou výhodnost nabídky, přičemž dílčí hodnotící kritéria byla stanovena následovně:

- nabídková cena (váha 60 %),
- dodací lhůta (váha 30 %),
- smluvní pokuta za prodlení s termínem dokončení veřejné zakázky (váha 10 %).

54. Ze zprávy o novém posouzení a hodnocení nabídek ze dne 8. 10. 2010 vyplývá, že nabídky uchazečů byly hodnoceny následovně:

HODNOCENÍ NABÍDEK					
Uchazeč	Cena	Dodací lhůta	Smluvní pokuta	Body CELKEM	Pořadí
č.1	124 966 658,00	168	100 000	83,15	2
č.4	122 982 751,98	235	100 000	75,44	5
Vybraný uchazeč	122 379 505,00	174	1 200 000	92,38	1
č.6	108 955 970,06	297	40 000	77,30	4
č.7	125 619 020,48	240	50 000	73,46	6
č.8	118 885 554,00	265	1 000 000	82,34	3
č.9	121 798 926,72	292	31 000	71,19	7

55. V čl. 5.1 návrhu smlouvy o dílo, jenž je součástí nabídky vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010 (dále jen „návrh smlouvy o dílo“), je uvedeno „*Předpokládaný termín zahájení plnění dle této smlouvy je Květen 2010. (...)*“ a současně v čl. 5.2 návrhu smlouvy o dílo je dále uvedeno „*Zhotovitel je povinen provést dílo řádně a včas do 174 kalendářních dnů od zahájení plnění, (...)*.“

56. Znění čl. 3.5, 5.1 a 5.2 návrhu smlouvy o dílo, předloženého v nabídce vybraným uchazečem, je totožné se zněním těchto článků ve smlouvě o dílo uzavřené dne 30. 11. 2010 mezi zadavatelem a vybraným uchazečem (dále jen „smlouva o dílo“).

57. Ke smlouvě o dílo uzavřel zadavatel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2, v němž je mimo jiné uvedeno, že tímto dodatkem se mění čl. 5.1 a čl. 5.2 smlouvy o dílo následovně:

„5.1 Termín zahájení plnění dle této smlouvy je 1. května 2011. Zhotovitel je povinen zahájit zhotovení díla ve výše uvedeném termínu na základě výzvy objednatele.

5.2 V souvislosti s rozšířením předmětu díla o opční právo se termín úplného dokončení díla stanovuje na 274 kalendářních dnů (tzn. 174 dnů na realizaci plnění díla bez opčního práva a 100 kalendářních dnů na realizaci plnění díla odpovídající opčnímu právu) ode dne zahájení plnění v souladu s harmonogramem provádění stavebních prací, který byl upraven o předmět

plnění odpovídající opčnímu právu. Termín dokončení plnění dle této smlouvy se stanovuje na 15. 5. 2012.“

58. Jak je uvedeno výše, dodací lhůta (která byla v daném zadávacím řízení rovněž jedním z hodnotících kritérií) činila dle čl. 5.2 návrhu smlouvy o dílo předloženého v nabídce vybraného uchazeče 174 kalendářních dní. Dodatkem č. 2 přitom došlo k posunutí termínu zahájení plnění na 1. 5. 2011. Současně bylo tímto dodatkem sjednáno, že termín úplného dokončení díla se stanovuje na 274 kalendářních dnů, po odpočtu opční části tedy v délce 174 dní. Ve stejném bodu dodatku ke smlouvě však byl současně sjednán termín dokončení plnění podle smlouvy a to na pevné kalendářní datum 15. 5. 2012.
59. Je tedy zřejmé, že obsah dodatku č. 2 ke smlouvě obsahoval dva rozporné údaje spočívající v určení dodací lhůty plnění, když bylo stanoveno, že plnění má být dokončeno ve 274 dnech, a naproti tomu bylo vymezeno, že termín dokončení díla je dne 15. 5. 2012, tj. 380 dnů po dni zahájení plnění (1. 5. 2011). Obsah dodatku č. 2 ke smlouvě tak poskytuje smluvním stranám možnost volby mezi danými termíny dokončení plnění, když z daného dodatku není zřejmé, jakou dodací lhůtu si smluvní strany sjednaly. Současně je nutno zdůraznit, že jedna z těchto lhůt (která je stanovena pevným datem 15. 5. 2012) je o 106 dní delší nežli dodací lhůta, která byla uvedena v návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče (174 dní). Smluvní strany tak mohly na základě smlouvy vycházet z jakéhokoli ze dvou termínů dokončení plnění, přičemž znění dodatku č. 2 jim poskytovalo (a zejména vybranému uchazeči poskytujícímu dané plnění) možnost vycházet při poskytnutí plnění z termínu dokončení delšího. V případě, že by tedy vybraný uchazeč plnění nedodal ve lhůtě 274 dní, mohl by argumentovat termínem dokončení plnění 15. 5. 2012 dle znění bodu 5.2 smlouvy ve znění dodatku č. 2. Tím, že zadavatel v rámci dodatku č. 2 umožnil rovněž termín dokončení díla až do 15. 5. 2012, tedy prodloužil původně vysoutěženou dodací lhůtu (174 kalendářních dní) na 280 kalendářních dní (při nezapočítání 100 kalendářních dnů připadajících na realizaci plnění díla odpovídající opčnímu právu).
60. Uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo došlo jednoznačně k podstatné změně (a tedy změně nepřípustné) smluvního ujednání týkajícího se lhůty pro plnění díla, které bylo současně hodnotícím kritériem v rámci předmětného zadávacího řízení, přičemž pokud by bylo provedeno hodnocení nabídek, včetně nabídky vybraného uchazeče s dodací lhůtou 280 kalendářních dní umožněnou sjednáním dodatku č. 2, byla by vyhodnocena jako nevhodnější nabídka jiného uchazeče než vybraného. Nabídka vybraného uchazeče by se přitom umístila až jako třetí v pořadí (jak dokládá níže uvedená tabulka). Úřad s ohledem na uvedené tak shledává jako liché tvrzení zadavatele, že postup zadavatele nemohl ovlivnit výsledky hodnocení nabídek. Tím, že by uvedená změna smluvních ujednání umožnila výběr jiného dodavatele než vybraného uchazeče, je naplněna definice podstatné, a tedy nepřípustné změny smluvního ujednání vycházející mj. z rozsudku Pressetext.

HODNOCENÍ NABÍDEK, POKUD BY VYBRANÝ UCHAZEČ NABÍDL DODACÍ LHŮTU 280 DNÍ					
Uchazeč	Cena	Dodací lhůta	Smluvní pokuta	Body CELKEM	Pořadí
č. 1	124 966 658,00	168	100 000	83,15	1
č. 4	122 982 751,98	235	100 000	75,44	5
Vybraný uchazeč	122 379 505,00	280	1 200 000	81,42	3

č. 6	108 955 970,06	297	40 000	77,3	4
č. 7	125 619 020,48	240	50 000	73,46	6
č. 8	118 885 554,00	265	1 000 000	82,34	2
č. 9	121 798 926,72	292	31 000	71,19	7

61. Úřad konstatuje, že v rámci šetřené veřejné zakázky došlo uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo k uzavření smlouvy v rozporu s návrhem smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče, a tedy v rozporu s § 82 odst. 2 zákona, jelikož ten nabídl v rámci své nabídky dodací lhůtu pro plnění veřejné zakázky 174 kalendářních dní (čl. 5.2 návrhu smlouvy o dílo). Dodatkem č. 2 však byla umožněna změna nabídnuté lhůty na 280 kalendářních dní.
62. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2, jímž změnil dodací lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejhodnější nabídky. Úřad tedy rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K otázce změny rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky

63. Ohledně otázky změny rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky Úřad připouští, že zákon výslovně neřeší problematiku tzv. „méněprací“, avšak s ohledem na již výše citovaný rozsudek Pressetext Úřad v obecné rovině k otázce změny rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky prostřednictvím „méněprací“, tedy k „zúžení“ rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, uvádí, že v případech, kdy by „méněpráce“ byly sjednány takovým způsobem, že by zavedly takové podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, *připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata*⁴, je nutné takovou změnu předmětu plnění veřejné zakázky považovat za změnu podstatnou (a tedy nepřipustnou) a postup zadavatele označit za postup, který je v rozporu s § 82 odst. 2 zákona.
64. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil předpokládanou hodnotu předmětné veřejné zakázky na 153 620 495,- Kč bez DPH, přičemž dále uvedl v čl. 2 zadávací dokumentace, že *„Předpokládaná hodnota plnění veřejné zakázky je stanovena včetně opčního práva (výše opčního práva činí 23 627 589,- Kč bez DPH).“*
65. V čl. 3.5 návrhu smlouvy o dílo je uvedeno: *„Na provedení činnosti: části 1B (Architektonické a stavebně technické řešení, zařízení pro vytápění staveb, zařízení vzduchotechniky, zařízení zdravotně technických instalací, zařízení silnoproudé elektrotechniky + hromosvody, zařízení slaboproudé elektrotechniky) a části 2 (Architektonické a stavebně technické řešení, zařízení pro vytápění staveb, zařízení vzduchotechniky, zařízení pro měření a regulaci (SO 01 Zázemí bazénu, SO 07 Občerstvení), zařízení zdravotně technických instalací, zařízení silnoproudé elektrotechniky + hromosvody, zařízení slaboproudé elektrotechniky, venkovní plošné úpravy) projektové dokumentace a výkazu výměr sjednává objednatel opční právo v souladu s § 99*

⁴ rozsudek Pressetext

ZVZ. Činnosti, které jsou předmětem opčního práva, budou plněny přiměřeně v souladu s touto smlouvou a na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. b) ZVZ.“

66. V čl. 4 zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „Nabídková cena bude rozpracována v rámci položkového rozpočtu (...)“ a podle čl. 9 zadávací dokumentace zakázky byli uchazeči povinni jako součást své nabídky předložit mj. podepsaný návrh smlouvy o dílo, přičemž přílohou č. 3 návrhu smlouvy o dílo byl oceněný výkaz výměr. Zadavatel tedy vymezil soupis stavebních prací a materiálů, jenž pokládal pro řádnou realizaci veřejné zakázky za nezbytný. Uchazečům o předmětnou veřejnou zakázku tak byl dán návod, které stavební práce a materiály mají ocenit, přičemž zadavatel stanovil též orientační bod v podobě předpokládané hodnoty veřejné zakázky.
67. V šetřeném případě zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 30. 11. 2010 smlouvu o dílo za nabídkovou cenu 122 379 505,- Kč bez DPH (bez opce). Dodatkem č. 2 ze dne 28. 2. 2011 byla mimo jiné navýšena cena díla na 144 995 585,- Kč bez DPH (původní cena + opce). Dodatkem č. 3 ze dne 28. 2. 2011 pak byla následně cena díla ponížena o „méněpráce“ ve výši 22 215 466,- Kč bez DPH a navýšena o vícepráce ve výši 1 719 881,- Kč bez DPH, přičemž celková cena za zhotovení díla tak byla sjednána ve výši 124 500 000,- Kč bez DPH.
68. Dodatkem č. 3 byl smluvními stranami sjednán následující rozsah „méněprací“.

Méněpráce		Agregovaná cena
1	zrušení podzemní části objektu-suterén, kromě betonových nádrží pro akumulární jímku	3 866 000
2	zrušení II. NP objektu	
3	dispoziční změny, přesun šaten do části 2 - sauna	
4	změna tvaru střechy	250 000
5	redukce vytápění objektu	250 000
6	redukce VZT vzhledem ke zmenšení objemu budovy	270 000
7	redukce ZTI v objektu	300 000
8	redukce rozvodů silnoproudu a slaboproudu v objektu	260 000
9	redukce bazénové technologie	981 000
10	zrušení úpravny na dusičnany	1 550 314
11	zrušení objektu trafostanice SO 06	1 244 118
12	plošná redukce bazénu (4 dráhy) změna tvaru zážitkového bazénu atd.	6 112 000
13	plošná redukce zpevněných ploch v areálu (cca 1000m ²)	659 000
14	snížení počtu a modifikace kabin	2 125 218
15	změna technického řešení opěrné zdi	300 000
16	veřejný vodovod - změna materiálu potrubí na plast	150 000
17	venkovní splašková kanalizace	290 000
18	přemístění a modifikace občerstvení SO 07 do SO 01	3 317 816
19	komunikace před objektem SO 01 (pouze ve štěrku cca 90bm)	350 000
20	zúžení části komunikace na 6m (LIB.CESTA)	190 000
	CELKEM	22 215 466

69. Sjednané „méněpráce“ pak fakticky představují ponížení či úplné vyčlenění následujících položek rozpočtu (dle podání zadavatele ze dne 12. 3. 2014) obsažených v nabídce vybraného uchazeče (jakožto i ve smlouvě o dílo uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem).

Nabídka vybraného uchazeče		Dodatek č. 3		
		Celkem bez DPH	méněpráce	Celkem bez DPH
ČÁST 1A				
F.1.1.1 Architektonické a stavebně technické řešení - šatnová část	SO01 Šatny	18 885 364 Kč	3 249 000 Kč	15 636 364 Kč
	SO01 kabiny	2 810 218 Kč	2 125 218 Kč	685 000 Kč
F.1.1.1 Konstrukce bazénu	tělo bazénu - technologie a atrakce atd.	36 262 000 Kč	6 112 000 Kč	30 150 000 Kč
	základy bazénu	3 785 713 Kč		3 785 713 Kč
F.1.1.4a Zařízení pro vytápění staveb	Vytápění	1 620 148 Kč	125 000 Kč	1 495 148 Kč
F.1.1.4c Zařízení vzduchotechniky	VZT	1 809 546 Kč	175 000 Kč	1 634 546 Kč
F.1.1.4e Zařízení zdravotně technických zařízení	ZTI vnitřky	1 607 738 Kč	300 000 Kč	1 307 738 Kč
	kanalizační přípojka	716 071 Kč		716 071 Kč
	vodovodní přípojka	254 736 Kč		254 736 Kč
F.1.1.4g Zařízení silnoproudé elektrotechniky + hromosvody	elektroinstalace silnoproud	1 650 699 Kč	186 000 Kč	1 464 699 Kč
	elektroinstalace uzemnění	107 312 Kč		107 312 Kč
F.1.1.4h Zařízení slaboproudé elektrotechniky	slaboproud	733 215 Kč	74 000 Kč	659 215 Kč
F.1.1.4i Bazénová technologie	bazénová technologie	10 000 000 Kč	981 000 Kč	9 019 000 Kč
F.2.8 Venkovní plošné úpravy	Venkovní plošné úpravy	8 855 125 Kč	659 000 Kč	8 196 125 Kč
F.2.11 Veřejný vodovod	vodovod	3 250 053 Kč	150 000 Kč	3 100 053 Kč
F.2.13 Splašková kanalizace	kanalizace	8 345 126 Kč	290 000 Kč	8 055 126 Kč
F.2.14 Úpravna dusičnanů	úpravna dusičnanů	1 550 314 Kč	1 550 314 Kč	0 Kč
ČÁST 1B				
F.1.1.1 Architektonické a stavebně technické řešení - vstupní část	stavební část	4 086 617 Kč	337 500 Kč	3 749 117 Kč
F.1.1.4a Zařízení pro vytápění staveb	vytápění	149 874 Kč	41 500 Kč	108 374 Kč
F.1.1.4c Zařízení vzduchotechniky	VZT	41 052 Kč	5 000 Kč	36 052 Kč
ČÁST 2				
F.1.1.1 Architektonické a stavebně technické řešení -sauna, občerstvení	stavební část - zázemí bazénu - sauna	6 181 603 Kč	529 500 Kč	5 652 103 Kč
	stavební část - občerstvení	3 622 380 Kč	3 317 816 Kč	304 564 Kč
F.1.1.4a Zařízení pro vytápění staveb	vytápění	197 856 Kč	83 500 Kč	114 356 Kč
F.1.1.4c Zařízení vzduchotechniky	VZT	845 545 Kč	90 000 Kč	755 545 Kč
F.2.8 Venkovní plošné úpravy	Venkovní plošné úpravy	4 498 322 Kč	350 000 Kč	4 148 322 Kč
LIBOČANSKÁ CESTA				
F.2.9 Komunikace - Libočanská cesta	Komunikace	5 613 433 Kč	490 000 Kč	5 123 433 Kč
TRAFOSTANICE SO06				
		1 244 118 Kč	1 244 118 Kč	0 Kč

70. Úřad v návaznosti na výše uvedené v souvislosti s výpočtem míry provedených cenových změn smlouvy opakuje, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo za nabídkovou cenu 122 379 505 Kč bez DPH (bez opce). Dodatkem č. 2 ze dne 28. 2. 2011 byla mimo jiné navýšena cena díla o cenu opce (v hodnotě 22 616 080 Kč bez DPH) na částku 144 995 585 Kč bez DPH (původní cena + opce). Dodatkem č. 3 ze dne 28. 2. 2011 pak byla následně cena díla navýšena o vícepráce ve výši 1 719 881 Kč bez DPH. Tímtož dodatkem byla současně cena díla ponížena o „méněpráce“ ve výši 22 215 466 Kč bez DPH, z nichž

částka ve výši 17 710 650 Kč bez DPH se týká plnění veřejné zakázky sjednané smlouvou ze dne 30. 11. 2010 a částka ve výši 4 754 816 Kč bez DPH se týká hodnoty opce. Celková cena díla (včetně opce) po uzavření dodatku č. 3 tak činila 124 500 000 Kč bez DPH. Z uvedených údajů současně vyplývá, že cena plnění (bez opce) byla po uzavření dodatku č. 3 snížena o částku ve výši 17 710 650 Kč bez DPH, tj. o 14, 47 % (Pozn.: V případě propočtu ceny díla včetně opce v hodnotě 144 995 585 Kč, došlo ke snížení ceny o částku 22 215 466 Kč bez DPH, tj. o 15,32 %, přičemž se jedná o propočet bez připočtení sjednaných víceprací.). Jedná se tudíž o snížení ceny nikterak zanedbatelné, když se jedná o téměř patnáctiprocentní cenovou změnu v ceně díla (bez opce).

71. Současně je nutno podotknout, že z výše uvedených tabulek také vyplývá, že v rámci dodatku č. 3 bylo sjednáno smluvními stranami mimo jiné i úplné zrušení např. úpravny dusičnanů v hodnotě 1 550 314 Kč bez DPH (viz položka F.2.14 Úpravna dusičnanů) nebo stavebního objektu trafostanice v hodnotě 1 224 118 Kč bez DPH (viz položka TRAFOSTANICE SO06). Rovněž tímto dodatkem byly poníženy např. stavební práce v hodnotě 6 112 000 Kč bez DPH týkající se konstrukce těla bazénu (viz položka F.1.1.1 Konstrukce bazénu - tělo bazénu - technologie a atrakce atd.) nebo položka F.1.1.1 Architektonické a stavebně technické řešení - šatnová část, SO01 kabiny v hodnotě 2 125 218 Kč apod. Z uvedeného je tedy zcela zřejmé, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky, když zadavatel zcela upustil od požadavku na provedení některých částí sjednaného předmětu plnění (např. zrušení úpravny dusičnanů nebo zrušení objektu trafostanice, zrušení podzemní části objektu – suterénu, kromě betonových nádrží pro akumulární jímku, zrušení II. NP objektu) či některé části významně modifikoval, např. změna tvaru střechy, změna tvaru zážitkového bazénu, snížení počtu a modifikace kabin apod. Nejednalo se přitom tedy o žádné marginální úpravy spočívající například v nevýznamných změnách použitých materiálů z důvodů, které nemohly být zadavateli dříve známy (nevýznamnost lze přitom obecně spatřovat jak v peněžní hodnotě změny, tak např. v běžné dostupnosti, obvyklosti použitých technologií aj.), nýbrž o významné změny spočívající kromě jiného ve zrušení celých objektů zahrnutých v položkovém rozpočtu jako součást plnění veřejné zakázky, či jejich částí (viz výše).
72. Jak již bylo výše řečeno, zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces s minimem prostoru pro smluvní volnost, což je promítnuto i do znění § 82 odst. 2 věty druhé zákona, přičemž zadavatel má povinnost uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku na takový předmět plnění a současně za takovou nabídkovou cenu, jež byla uvedena již v návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče. Smyslem tohoto ustanovení zákona je mimo jiné zajištění toho, aby nenastala situace, kdy po uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky dojde následně uzavřením smluvního dodatku k modifikaci předmětu veřejné zakázky, příp. nabídkové ceny.
73. V šetřeném případě však uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo došlo k podstatné změně rozsahu předmětu plnění veřejné zakázky vyčleněním (např. zrušení úpravny dusičnanů nebo zrušení objektu trafostanice, zrušení podzemní části objektu – suterénu, kromě betonových nádrží pro akumulární jímku, zrušení II. NP objektu) nebo ponížením některých původně předpokládaných prací (např. změna tvaru střechy, změna tvaru zážitkového bazénu, snížení počtu a modifikace kabin apod.), jež tvořily předmět veřejné zakázky (jak dokládají výše uvedené tabulky), a které byly vybraným uchazečem oceněny v rámci položkového rozpočtu,

jenž je součástí návrhu smlouvy o dílo obsaženého v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010. Nelze přitom vyloučit, že pokud by byl předmět původní veřejné zakázky vymezen v rozsahu dodatku č. 3, zúčastnili by se takového zadávacího řízení i jiní dodavatelé, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění (blíže viz odstavec 75 tohoto rozhodnutí). Nejednalo se tudíž v šetřeném případě o nepodstatné změny, které by bylo možno v návaznosti na rozsudek Pressetext akceptovat, jelikož byly provedeny podstatné změny rozsahu předmětu vysoutěženého plnění. Úřad dodává, že obecně nelze vyloučit sjednání „méněprací“ formou dodatku, avšak v každém případě je nutno zkoumat, zda se jedná o změnu podstatnou ve smyslu rozsudku Pressetext, či jinou změnu, kterou lze považovat v kontextu uvedeného rozsudku za nepodstatnou, a tedy přípustnou. V šetřeném případě však dospěl Úřad k závěru, že podstatné změny sjednáním „méněprací“ dodatkem č. 3 ke smlouvě byly zadavatelem provedeny, a tedy zadavatel při jejich sjednání (resp. při uzavření příslušného dodatku ke smlouvě) postupoval v rozporu se zákonem.

74. V této souvislosti Úřad uvádí, že hlavním smyslem zákona je snaha o efektivní alokaci veřejných prostředků. Jedním z předpokladů nezbytných k tomu, aby v praxi k žádoucí efektivní alokaci veřejných prostředků reálně docházelo, je obdržení co nejvyššího počtu vzájemně si konkurujících nabídek. Právě řečené znamená, že latentní účel zákona spočívá ve vytvoření co možná nejširšího soutěžního prostředí. Úřad podotýká, že bez zajištění prostoru pro soutěž dodavatelů o popotávanou veřejnou zakázku ze strany zadavatele nelze o efektivním vynakládání veřejných prostředků vůbec reálně uvažovat. Jedním z projevů existence soutěžního prostředí je fakt, že všichni uchazeči, kteří podají nabídku do zadávacího řízení, mají alespoň v prvotní fázi, tedy než dojde k jejich případnému vyloučení ze zákonem předvídaných důvodů, stejnou šanci popotávanou veřejnou zakázku vysoutěžit.
75. V daném případě nelze vyloučit, že pokud by zadavatel stanovil objem stavebních prací a materiálů v takovém znění, na které byl uzavřen dodatek č. 3, mohl obdržet pro něj výhodnější nabídku i od jiných uchazečů, než těch, kteří se zúčastnili zadávacího řízení (například od uchazečů, kteří s ohledem na rozsah či skladbu stavebních prací v původní zadávací dokumentaci neměli o realizaci dané veřejné zakázky zájem). Pokud by totiž byl objem stavebních prací menší nežli v původní zadávací dokumentaci, mohli se v důsledku do takového zadávacího řízení přihlásit i dodavatelé, kteří nebyli schopni realizovat předmět plnění původní veřejné zakázky (např. z kapacitních důvodů) a do původního zadávacího řízení tak nepodali nabídku. Nelze současně vyloučit, že tito dodavatelé by nabídli zadavateli pro něj výhodnější podmínky plnění.
76. K otázce využití opčního práva dle § 99 zákona, jež si zadavatel vyhradil v čl. 2 zadávací dokumentace na činnosti uvedené v čl. 3 bodě 3.5 smlouvy o dílo (část 1B a část 2), Úřad uvádí, že je sice pravdou, že část „méněprací“ sjednaných v rámci dodatku č. 3 byla sjednána i v částech veřejné zakázky, na něž si zadavatel vyhradil v zadávací dokumentaci opční právo, konkrétně se jedná o „méněpráce“ ve výši 4 754 816 Kč bez DPH (část 1B + část 2), avšak tato skutečnost nic nemění na závěrech uvedených výše.
77. Podle § 99 odst. 1 zákona se opčním právem rozumí právo zadavatele na poskytnutí dalších dodávek, služeb či stavebních prací, jejichž zadání si zadavatel vyhradil v zadávacích podmínkách. Opční právo je zadavatel oprávněn využít pouze ve vztahu k dodavateli, kterému zadal veřejnou zakázku.

78. Z citovaného ustanovení zákona je tedy zřejmé, že využití opčního práva představuje možnost, jež zákon dává zadavateli, nikoliv jeho povinnost, avšak je třeba vzít v úvahu i skutečnost, že pokud si zadavatel stanoví v zadávací dokumentaci možnost využití opčního práva, musí s touto eventualitou kalkulovat i potenciální dodavatelé, kteří zvažují svojí případnou účast v zadávacím řízení, a to např. z důvodu, zda by byli schopni kapacitně plnit předmět veřejné zakázky a posléze i předmět plnění, jež je předmětem zadavatelem vyhrazeného opčního práva.
79. V šetřeném případě tedy zadavatel uzavřením dodatku č. 3 ke smlouvě o dílo podstatným způsobem modifikoval kromě předmětu plnění veřejné zakázky i část veřejné zakázky, na niž si vyhradil opční právo. V daném případě nelze vyloučit, že pokud by zadavatel stanovil při zahájení šetřeného zadávacího řízení objem stavebních prací a materiálů (jak v rámci původní veřejné zakázky, tak i v části plnění veřejné zakázky, na niž si vyhradil opční právo) v takovém znění, na které byl uzavřen dodatek č. 3, mohl obdržet pro něj výhodnější nabídku od některého z ostatních uchazečů, jež se zadávacího řízení zúčastnili, nebo i od jiných uchazečů. Nelze totiž vyloučit, že kdyby byl objem stavebních prací menší (jak v rámci původní veřejné zakázky, tak i v části plnění veřejné zakázky, na niž si zadavatel vyhradil opční právo), přihlásili by se do takového zadávacího řízení i dodavatelé, kteří se nezúčastnili původního zadávacího řízení, a ti mohli nabídnout zadavateli pro něj výhodnější podmínky plnění.
80. Úřad dodává, že tím, že zadavatel dodatkem č. 3 podstatně změnil rozsah předmětu veřejné zakázky oproti návrhu smlouvy o dílo obsaženého v nabídce vybraného uchazeče a tím zavedl takové podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, *připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni*⁵, je rovněž mimo jiné naplněna definice podstatné, a tedy nepřípustné změny smluvního ujednání vycházející mj. z rozsudku Pressetext.
81. Úřad již pouze pro úplnost k tvrzení zadavatele, že *při uzavírání dodatku č. 3 dodržoval původně uzavřenou smlouvu o dílo, protože v ustanovení článku 8 bod 2 smlouvy o dílo, je výslovně stanoveno, že Zadavatel si vyhrazuje právo omezit rozsah plnění dle této smlouvy, tj. méněpráce*, uvádí, že nerozporuje možnost zadavatele si takovéto smluvní ujednání zakomponovat do smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, avšak jak již Úřad uvedl výše, případné „méněpráce“ nesmí být sjednány takovým způsobem, že by zavedly takové podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, *připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla původně přijata*⁶. Taková situace však v šetřeném případě nastala (viz výše).
82. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit

⁵ rozsudek Pressetext

⁶ rozsudek Pressetext

výběr nejvhodnější nabídky. Úřad tedy rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Uložení pokuty

83. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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.
84. Z obsahu tohoto rozhodnutí vyplývá, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že
- podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 2, jímž změnil dodací lhůtu pro plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, a tím, že
 - podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
85. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
86. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. Úřad se o spáchání správních deliktů dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 19. 5. 2011. Ke spáchání správních deliktů došlo dne 28. 2. 2011 uzavřením dodatku č. 2 a 3 ke smlouvě o dílo. Správní řízení Úřad zahájil dne 16. 9. 2013. Z uvedeného vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
87. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroci 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 (přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů týměž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně

hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

88. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.
89. V souladu s již 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).
90. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona 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) citovaného ustanovení.
91. Cena veřejné zakázky po uzavření dodatku č. 2 ze dne 28. 2. 2011 ke smlouvě o dílo ze dne 30. 11. 2010, za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činila 173 994 702 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5% z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 8 699 735,10 Kč.
92. Cena veřejné zakázky po uzavření dodatku č. 3 ze dne 28. 2. 2011 ke smlouvě o dílo ze dne 30. 11. 2010, za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činila 149 400 000 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5% z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 7 470 000 Kč.
93. S ohledem na uvedené je zřejmé, že vyšší pokutu lze uložit za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Úřad tedy přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a ke správnímu deliktu uvedenému ve výroku II. tohoto rozhodnutí tedy s ohledem na použití zásady absorpce přihlédl v rámci přitěžujících okolností.
94. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
95. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Tím, že zadavatel dne 28. 2. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 30. 11. 2010, kterým změnil původně vysoutěženou dodací lhůtu předmětu plnění veřejné zakázky, došlo de facto k popření, resp. znehodnocení původně konkurenčního prostředí v rámci původního zadávacího řízení. Soutěžní prostředí je přitom základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zásady zákazu diskriminace a zásady transparentnosti. Podle výkladové

praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postupem zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť uvedený postup vylučuje soutěžní prostředí. V posuzovaném případě však zadavatel alespoň provedl na počátku zadávání veřejné zakázky otevřené zadávací řízení, a tedy soutěžní prostředí zcela nevyloučil (oproti situaci, kdy by veřejnou zakázku nezadával v zadávacím řízení vůbec), a nejedná se tedy o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Jelikož však svým postupem zadavatel provedené zadávací řízení znehodnotil, když podstatným způsobem změnil již uzavřenou smlouvu s vybraným uchazečem, dopustil se správního deliktu závažného charakteru, neboť došlo k závažnému zásahu do soutěžního prostředí v předmětné veřejné zakázce.

96. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům a způsobu spáchání správního deliktu. V daném případě spáchaný správní delikt způsobil situaci, kdy vybraný uchazeč při uzavření uvedeného dodatku nebyl vystaven žádné konkurenci. Rovněž postupem zadavatele bylo „znehodnoceno“ původní zadávací řízení, jelikož dodací lhůta byla jedním z hodnotících kritérií původního zadávacího řízení, které mělo z hlediska celkového hodnocení významnou váhu 30%. Následkem zadavatelova nezákonného postupu, kdy změnil toto smluvní ujednání, které bylo zároveň jedním z hodnotících kritérií, je pak změna celkového pořadí v rámci hodnocení nabídek (vybraný uchazeč by se umístil až jako třetí v pořadí hodnocení nabídek). Tímto ve svém důsledku byla újma v podobě znemožnění realizovat zisk z této veřejné zakázky jinému uchazeči, než který byl zadavatelem vybrán.
97. Jako přitěžující okolnost vzal Úřad v úvahu rovněž skutečnost, že se zadavatel dopustil i správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 82 odst. 2 zákona neuzavřel smlouvu na plnění předmětné veřejné zakázky v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče ze dne 11. 6. 2010, když ke smlouvě uzavřené dne 30. 11. 2010 s vybraným uchazečem uzavřel dne 28. 2. 2011 dodatek č. 3, jímž podstatným způsobem změnil rozsah předmětu veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Jedná se přitom o delikt rovněž závažného charakteru, neboť uzavřením dodatku č. 3 zavedl takové podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním zadávacím řízení, *připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni*⁷. V případě, že by zadavatel změnu provedenou dodatkem č. 3 zakomponoval již v původní zadávací dokumentaci při zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení, nelze vyloučit, že by se do zadávacího řízení přihlásili další uchazeči, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění veřejné zakázky.
98. Po posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech Úřad neshledal polehčující okolnost při stanovení výše pokuty.
99. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Z rozpočtu zadavatele na rok 2014⁸ vyplývá, že rozpočtový výhled na rok 2014 v oblasti příjmů činí 264 237 000 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje,

⁷ rozsudek Pressetext

⁸ http://www.mesto-zatec.cz/e_download.php?file=data/ editor/120cs_15.pdf&original=ROZPO%C4%8CET+2014.pdf

že stanovenou výši pokuty, která je hluboko v dolní polovině maximální zákonné výše, nelze považovat za likvidační.

100. 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. Je tedy třeba mít na paměti, 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. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.
101. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši 150 000 Kč uvedenou ve výroku III. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu již nelze dosáhnout s ohledem na skutečnost, že smlouva na realizaci veřejné zakázky byla již uzavřena.
102. Pokuta uložená ve výroku III. tohoto rozhodnutí je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

JUDr. Tomáš Těmín, Ph.D., advokát, Advokátní kancelář Těmín, s. r. o., Karlovo náměstí 559/28,
120 00 Praha 2

Vypraveno dne

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