



UOHSX008LJOC

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R418/2015/VZ-35719/2016/321/MMI

Brno 29. srpna 2016

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 3. 12. 2015, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 10. 12. 2015, podaném zadavatelem –

- městem **Krnov**, IČO 00296139, se sídlem Hlavní náměstí 96/1, 794 01 Krnov, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 3. 11. 2015 Mgr. Josefem Tobiáškem, advokátem, ev. č. ČAK 4655, se sídlem Hlavní náměstí 1a, 794 01 Krnov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0712/2015/VZ-40671/2015/523/ASo ze dne 24. listopadu 2015, ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona výše specifikovaným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce mostu ev. č. M6 přes řeku Opavu na ul. Opavská v Krnově**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 27. 5. 2014, na kterou byla dne 20. 8. 2014 s vybraným uchazečem SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČO 48035599, se sídlem Jahodová 60, 620 00 Brno, uzavřena smlouva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0712/2015/VZ-40671/2015/523/ASo ze dne 24. listopadu 2015

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 19. 10. 2015 správní řízení z moci úřední 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 – městem Krnov, IČO 00296139, se sídlem Hlavní náměstí 96/1, 794 01 Krnov, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 3. 11. 2015 Mgr. Josefem Tobiáškem, advokátem, ev. č. ČAK 4655, se sídlem Hlavní náměstí 1a, 794 01 Krnov (dále jen „**zadavatel**“) při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce mostu ev.č. M6 přes řeku Opavu na ul. Opavská v Krnově“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 27. 5. 2014, na kterou byla dne 20. 8. 2014 s vybraným uchazečem SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČO 48035599, se sídlem Jahodová 60, 620 00 Brno, uzavřena smlouva (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Úřad přezkoumal případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 24. listopadu 2015 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0712/2015/VZ-40671/2015/523/ASo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl výrokem I. tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když dne 20. 8. 2014 uzavřel smlouvu s uchazečem SWIETELSKY stavební s.r.o. odštěpný závod Dopravní stavby MORAVA, IČO 48035599, se sídlem Jahodová 60, 620 00 Brno (dále jen „**vybraný uchazeč**“), který se umístil jako druhý v pořadí, v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce tohoto uchazeče, neboť dle čl. 5.2 smlouvy byl coby termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky, sjednán den 1. 9. 2014, ačkoli v návrhu smlouvy, jenž byl součástí nabídky uchazeče, byl uveden coby předpokládaný termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky den 1. 7. 2014, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel nedodržel postup stanovený

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

v § 82 odst. 7 písm. b) zákona, když uzavřením dodatku č. 2 ze dne 8. 12. 2014 umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, přičemž tato změna spočívající v přerušení plnění předmětu veřejné zakázky ode dne uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě, tj. 8. 12. 2014, do dne 1. 4. 2015, a následném prodloužení termínu ukončení předmětu plnění do 30. 6. 2015, když původní termín ukončení předmětu plnění byl sjednán dle čl. 5.2 smlouvy do 100 dnů (tj. do 10. 12. 2014) od data zahájení (tj. 1. 9. 2014), by za použití v původním zadávacím řízení mohla umožnit účast jiných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil pokutu ve výši 40 000 Kč.

3. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že v šetřeném případě je řešena otázka, zda došlo či nedošlo k uzavření smlouvy v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Přes veškeré argumenty zadavatele, že jím stanovený termín zahájení plnění měl toliko charakter termínu předpokládaného, je třeba poukázat na skutečnost, že takovýto předpoklad může být součástí zadávacích podmínek, kde slouží pouze jako „orientační“ údaj a tvoří jakýsi rámeček, v němž bude později veřejná zakázka realizována. Naproti tomu stojí smlouva, která stanoví nikoli předpoklady či domněnky, ale konkrétní, vymahatelná práva a povinnosti smluvních stran. Úřad konstatoval, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu, která se od návrhu smlouvy o dílo, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče, podstatně lišila, a to konkrétně v termínu zahájení plnění veřejné zakázky. Takovýto postup zásadním způsobem narušuje transparentní průběh zadávacího řízení.
4. V odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad uzavřel, že podstatná změna práv a povinností spočívající v prodloužení doby plnění veřejné zakázky by za použití v původním zadávacím řízení mohla zapříčinit rozšíření okruhu dodavatelů ochotných se dle takto nastavených podmínek zúčastnit zadávacího řízení a mohla tedy mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

III. Námitky rozkladu

5. Dne 10. 12. 2015 obdržel Úřad od zadavatele rozklad ze dne 3. 12. 2015, jímž bylo rozhodnutí Úřadu napadeno v plném rozsahu. Napadené rozhodnutí zadavatel převzal dne 25. 11. 2015. Rozklad byl tedy doručen v zákonné lhůtě.
6. Zadavatel ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí namítá, že v průběhu lhůty pro zpracování nabídek neuplatnil žádný z dodavatelů dotaz k obsahu zadávacích podmínek. Zadavatel nerozporuje, že je zadavatel povinen uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem zcela v souladu s návrhem smlouvy vybraného uchazeče, ale ve vztahu k předmětné veřejné zakázce nelze podle zadavatele takový závěr v žádném případě uplatnit. Zadavatel má za to, že neporušil žádnou ze zásad vymezených v § 6 zákona, neboť zadávací podmínky veškeré náležitosti stanovené zákonem splňovaly, neobsahovaly žádné závazné termíny, ale součástí zadávacích podmínek byly pouze předpokládané termíny zahájení.
7. Zadavatel ve vztahu k výroku II. napadeného rozhodnutí namítá, že uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo nemohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Zadavatel uvádí, že shodný postup, který zvolil v případě smluvního vztahu s vybraným uchazečem, by zvolil v případě výběru kteréhokoli jiného uchazeče. Zadavatel má za to,

že nutnost stavebních prací byla dána objektivními skutečnostmi, které byly zjištěny až v průběhu provádění samotného díla. Zadavatel opětovně konstatuje, že nebyly neuplatněny v průběhu lhůty pro zpracování nabídek žádné dotazy. V dalších částech rozkladu pak zadavatel shrnuje pracovní a technologický postup na stavbě a širší souvislosti celé věci.

Závěr rozkladu

8. S ohledem na výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

9. Úřad neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

10. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
11. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0712/2015/VZ-40671/2015/523/ASo ze dne 24. listopadu 2015 rozhodl tak jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

12. Zadavatel má za to, že neporušil žádnou ze zásad vymezených v § 6 zákona, neboť zadávací podmínky veškeré náležitosti stanovené zákonem splňovaly, neobsahovaly žádné závazné termíny, ale součástí zadávacích podmínek byly pouze předpokládané termíny zahájení.
13. V článku 5.2 návrhu smlouvy o dílo, jenž tvořil přílohu č. 6 zadávací dokumentace, zadavatel uvedl, že plnění veřejné zakázky bude zahájeno „*nejpozději od 1. 7. 2014 (předpoklad)*“, přičemž ukončení doby plnění bylo stanoveno „*nejpozději do 100 kalendářních dní*“. V článku 5.1 smlouvy o dílo je stanoveno, že „*[z]hotovitel je povinen převzít staveniště od objednatele 5 dnů od podpisu smlouvy a zahájit provedení díla do 5 dnů ode dne předání staveniště*“. Zadavatel dne 20. 8. 2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky, přičemž termín zahájení plnění byl nově sjednán na den 1. 9.2014.
14. 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. Zadavatel je podle tohoto ustanovení zákona povinen uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem zcela v souladu návrhem smlouvy vybraného uchazeče. Tímto zákon eliminuje možnost jednání o změně návrhu smlouvy, jež je součástí nabídky. Smluvní strany, tj. zadavatel a vybraný uchazeč, jsou tímto návrhem smlouvy vázány a přípustné jsou pouze změny výhradně formálního a okrajového charakteru, jako např. doplnění kontaktních údajů, kontaktní osoby, opravy zjevných chyb a prepisů atd. Zcela nepřípustné jsou např. změny odpovědnosti, povinností smluvních stran apod. Podle § 82 odst. 2 zákona není tedy zadavatel oprávněn s vybraným uchazečem před uzavřením smlouvy vyjednávat o změně návrhu smlouvy obsaženého v nabídce, jelikož takový návrh je závazný jak pro uchazeče, tak i pro zadavatele.

15. V rozsudku sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 6. 10. 2011 Krajský soud v Brně konstatoval, že *„Podle § 82 odst. 2 věty druhé zákona č. 137/2006 Sb. uzavře zadavatel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsažené v nabídce vybraného uchazeče. I kdyby se zdejší soud přiklonil k výkladu, že dílčí změny ve smlouvě oproti jejímu návrhu obsaženému v nabídce připustit lze, jistě by takové změny nebylo možné připustit pro případ podmínek, které by fakticky nerespektovaly výsledek zadávacího řízení, neboť by zasahovaly do pravidel, za nichž se nabídka uchazeče, s níž je smlouva uzavírána, stala vítěznou. Již s ohledem na smysl zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, smysl stanovení hodnotících kritérií a smysl hodnocení nabídek je třeba za nepřípustnou, a tedy odporující § 82 odst. 2 větě druhé citovaného zákona, považovat jakoukoli změnu ujednání, jež byla zadavatelem vymíněna v zadávacích podmínkách (a byla tak součástí pravidel, za nichž podávali jednotliví uchazeči své nabídky) nebo jež byla předmětem hodnocení (a byla tak součástí pravidel nabídnutých vybraným uchazečem při respektování pravidel stanovených zadavatelem v zadávacích podmínkách).“*
16. Z výše uvedeného je tedy zřejmé, že smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky byla uzavřena v rozporu s původním návrhem smlouvy, když byl změněn termín zahájení plnění, což je zásadní údaj pro uchazeče při zpracovávání nabídky, respektive při rozhodování se o účasti v zadávacím řízení.
17. K námitce zadavatele, že zadávací podmínky neobsahovaly žádné závazné termíny, ale součástí zadávacích podmínek byly pouze předpokládané termíny zahájení, uvádím, že zadavatel v článku 5.2 návrhu smlouvy o dílo, jenž tvořil přílohu č. 6 zadávací dokumentace, uvedl, že plnění veřejné zakázky bude zahájeno *„nejpozději od 1. 7. 2014 (předpoklad)“*. Pokud tedy zadavatel neuvedl jiný než tento „předpokládaný“ a zároveň nejzazší termín zahájení realizace a ani nestanovil způsob, jak označit den, kdy bude zahájeno plnění smlouvy, pak dodavatelé neměli jinou možnost než ve smlouvě uvést právě tento termín. Pokud by se dodavatelé sami rozhodli uvést pozdější termín zahájení realizace (třeba právě s ohledem na to, že by jim bylo zřejmé, že tento termín je zadavatelem nastaven velmi „optimisticky“), pak by zadavatel s vysokou pravděpodobností obdržel nabídky s různými daty zahájení realizace, navíc nesplňující zadávací podmínky. Pokud dodavatelé neměli k dispozici v zadávacích podmínkách jiný (než jen předpokládaný) termín, který by do smlouvy mohli uvést, pak neměli na výběr a museli uvést právě termín 1. 7. 2014, byť jej zadavatel označil jako předpokládaný. Současně zadavatel v návrhu smlouvy položky,

kteřé byly pro uchazeče „upravitelné“ tyto jasně označil. Pokud jde o termín zahájení realizace, pak u této položky uchazečům taková možnost dána nebyla. Na tomto místě zdůrazňuji, že se do této situace zadavatel dostal vlastním přičiněním, neboť nastavil pevný, byť pouze předpokládaný termín (a nevyužil možnosti navázat zahájení prací např. na určitou budoucí skutečnost), a tento předpokládaný termín nastavil takovým způsobem, že neočekával jiný než naprosto hladký průběh zadávacího řízení bez sebemenších komplikací. Zadavatel tedy nepočítal s žádnou časovou rezervou například pro případ, že by byla podána nabídka s mimořádně nízkou nabídkovou cenou nebo pro případ potřeby vysvětlení nabídky. Za naprosto ideálních podmínek průběhu zadávacího řízení by podle výpočtů zadavatele bylo možno uzavřít smlouvu nejdříve 1. 7. 2014 (30. 6. 2014 by uplynula lhůta pro podání námitek), avšak zadavatel dle článku 5.1 smlouvy o dílo připouštěl, aby k zahájení realizace došlo až po 10 dnech od uzavření smlouvy. Z dokumentace o veřejné zakázce pak vyplývá, že i kdyby zadavateli poskytl součinnost uchazeč, který se umístil jako první v pořadí, pak by bylo možné smlouvu uzavřít nejdříve dne 18. 7. 2014 (podrobně viz bod 26 napadeného rozhodnutí), přičemž opět připomínám, že smlouva o dílo připouští zahájení realizace až o 10 dnů později. Z uvedeného lze tedy učinit jednoznačný závěr, že zadavatel si již v návrhu smlouvy stanovil datum zahájení, které bylo téměř nemožné dodržet, přičemž pokud bylo v návrhu smlouvy takto stanoveno, muselo být pak uvedeno rovněž ve smlouvě. Pokud tedy smlouva byla uzavřena s datem odlišným (1. 9. 2014), pak byla smlouva uzavřena v rozporu s návrhem smlouvy a zadavatel porušil § 82 odst. 2 zákona. Pro úplnost uvádím, že jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu, jak jej učinil v bodě 29 napadeného rozhodnutí, že odmítnutí poskytnutí součinnosti prvním uchazečem v pořadí bylo sice určitou komplikací pro zadavatele, nicméně termín zahájení plnění předmětu veřejné zakázky lze shledat nastaveným nerealisticky již od samého počátku zadávacího řízení, jak bylo rozvedeno výše.

18. Zadavatel dále namítá, že v průběhu lhůty pro zpracování nabídek neuplatnil žádný z dodavatelů dotaz k obsahu zadávacích podmínek. K této námitce uvádím, že je nedůvodná, neboť podání či nepodání žádosti o dodatečné informace není nikterak určující pro posouzení, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem či nikoli.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

19. Podle § 82 odst. 7 zákona nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by
- a) rozšířila předmět veřejné zakázky; tím není dotčeno ustanovení § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 zákona,
 - b) za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů,
 - c) za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, nebo
 - d) měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče.
20. Změny návrhu smlouvy obsaženého v nabídce nejsou přípustné, jak bylo uvedeno výše (§ 82 odst. 2 zákona) a stejně tak nejsou přípustné podstatné změny smlouvy ani po jejím uzavření. Povinnost zakotvená v § 82 odst. 7 zákona dopadá na všechny následně uzavírané dodatky k předmětné smlouvě.

21. Dne 8. 12. 2014 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo. V článku 2 tohoto dodatku zadavatel mj. uvedl, že „[t]ermín provedení předmětu smlouvy se tak z důvodu neležících na straně zhotovitele přesouvá do zimních měsíců, v nichž není možné z technologických důvodů dílo ukončit ve sjednané lhůtě... Z těchto výše uvedených důvodů a vzhledem k současnému datu, poloze mostu (nad vodním tokem) a za předpokladu zhoršování klimatických podmínek je nezbytně nutné práce přerušit z důvodů dodržení technologické přestávky. Za předpokladu příznivých klimatických podmínek budou práce po technologické přestávce zahájeny 1. 4. 2015.“ V článku 3 předmětného dodatku je uvedeno, že „[s] ohledem na skutečnosti uvedené v článku 2 tohoto dodatku se smluvní strany dohodly na změně termínu dokončení předmětu smlouvy takto:
- Ukončení doby plnění: 30. 6. 2015.“*
22. Úřad v napadeném rozhodnutí správně uvedl, že z dodatku č. 2 vyplývá, že od doby počátku plnění (1. 9. 2014) ke dni uzavření dodatku č. 2 (8. 12. 2014) uplynulo celkem 98 dní. Následně byly práce přerušeny do 1. 4. 2015 (tj. de facto od 9. 12. 2014 do 31. 3. 2015), tedy na 112 dní. Plnění pak mělo pokračovat od 1. 4. 2015 do 30. 6. 2015, tj. 90 dnů. Doba plnění bez technologické přestávky tedy činila 188 dnů, celková doba včetně přerušování činila 300 dnů, což je přesně trojnásobek doby původně sjednané.
23. V článku 12 smlouvy o dílo jsou upraveny smluvní pokuty, přičemž v bodě 12.1.1 je uvedeno, že „Smluvní pokuta pro případ prodlení zhotovitele oproti termínům uvedeným v bodě 5.2 v návaznosti na bod 8.5.1 této smlouvy činí 10.000 Kč za každý i jen započatý den prodlení s termínem ukončení a to až do data skutečného řádného ukončení díla podle této smlouvy.“ Přičemž bod 5.2 smlouvy upravuje termín zahájení a dokončení díla a bod 8.5.1 upravuje předání staveniště včetně dokumentace. Pro úplnost konstatuji, že jak v rozkladu sám zadavatel uvedl, sankce za nedokončení díla v termínu byly počítány až ode dne 17. 7. 2015 do dne 31. 7. 2015.
24. Z provedeného dokazování tedy vyplývá, že uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo došlo ke změně smlouvy v otázce určení lhůty pro plnění díla. V případě dodací doby, již se změna smluvního ujednání týkala lze z její podstaty hovořit jako o podstatné změně, resp. nepřijatelné změně ve smyslu jak zákona, tak rozsudku Priesetext či výše citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010-104 ze dne 6. 10. 2011, neboť jak již bylo uvedeno, jde o změnu, která může být při rozhodování uchazečů, zda podat nabídku určující, což naplňuje podmínku uvedenou v § 82 odst. 2 písm. b) zákona a mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, což naplňuje podmínku uvedenou v § 82 odst. 2 písm. c) zákona.
25. Nelze totiž vyloučit možnost, jak správně Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že pokud by v daném případě byly nastaveny již zadávací podmínky tak, že v případě nepříznivých klimatických podmínek bude možno práce přerušit, aniž by se tato doba započítávala do termínu plnění, a uchazeči tak nebude hrozit sankce za porušení smluvních povinností, že by tato změna v případě jejího použití v původním zadávacím řízení vedla k účasti i jiných potenciálních uchazečů v předmětném zadávacím řízení (§ 82 odst. 2 písm. b) zákona) a současně nelze vyloučit, že mohla být vybrána výhodnější nabídka než nabídka vybraného uchazeče (§ 82 odst. 2 písm. c) zákona).

26. Zadavatel namítá, že uzavřením dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo nemohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. K tomu uvádím, že podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky nemusí být přímo dovozen, nýbrž ke konstatování spáchání správního deliktu postačí pouhá možnost takového vlivu jednání zadavatele, to znamená, že není relevantní, zda konkrétní jednání skutečně vliv na výběr nejvhodnější nabídky mělo, ale postačí, že mohlo mít. Znaky skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona spáchaného zadavatelem jsou naplněny tehdy, nedodržel-li zadavatel zákonem stanovený postup pro zadání veřejné zakázky, takové jednání bylo způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky a byla uzavřena na plnění veřejné zakázky smlouva. V tomto kontextu je pak třeba poukázat na formulaci § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle níž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V souvislosti s výše uvedeným poukazuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že *„je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož 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. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“*. V daném případě možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo, kterým byla podstatně změněna smlouva na plnění veřejné zakázky, neboť došlo k zásadní změně termínu dokončení realizace díla. Pokud by uchazeči již v době zahájení zadávacího řízení slovy zadavatele věděli, že shodný postup, který zvolil v případě smluvního vztahu s vybraným uchazečem, by zvolil v případě výběru kteréhokoli jiného uchazeče, jinými slovy pokud by v zadávacích podmínkách nebylo zakomponováno, že maximální celková délka provedení prací činí 100 kalendářních dní, případně, že by dodavatelé věděli, že se do této doby nepočítá technologická přestávka z důvodu nepříznivých klimatických podmínek, pak by se mohli do takového zadávacího řízení přihlásit i jiní dodavatelé, kteří by mohli zadavateli předložit výhodnější nabídky. V důsledku čehož mohlo dojít k tomu, že potenciální uchazeči ani nepodali své nabídky, neboť nebyli schopni realizovat předmět plnění původní veřejné zakázky (např. z personálních či technických důvodů). Z uvedeného tedy vyplývá, že mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť zadavatel mohl svým postupem zúžit spektrum předložených nabídek. K tomuto okruhu rozkladových námitek uzavírám, že námítka zadavatele považuji za nedůvodné.

27. Zadavatel opětovně konstatuje, že nebyly neuplatněny v průběhu lhůty pro zpracování nabídek žádné dotazy. K této námitce odkazuji na bod 18 tohoto rozhodnutí, kde již byla tato námitka vypořádána.

K výroku III. napadeného rozhodnutí

28. V souladu s judikaturou Nejvyššího správního soudu platí, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí, tvoří jeden celek (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275). Úvahy obsažené v napadeném a tomto rozhodnutí je tedy nutno posuzovat

komplexně. Na tomto místě tedy doplňuji chybějící úvahy Úřadu ve vztahu k absorpční zásadě. Úřad správně přistoupil na základě v napadeném rozhodnutí obsažené judikatury k aplikaci zásady absorpce, avšak neuvedl, proč přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí. Nejvyšší správní soud k absorpční zásadě v rozsudku sp. zn. 6 As 57/2004 ze dne 22. 9. 2005 uvedl, že *„Její podstata tkví v absorpci sazeb (tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Sbíhající se delikty jsou tak postiženy pouze trestem stanoveným pro nejtěžší z nich, což při stejných sazbách pokut znamená, že správní orgán posoudí závažnost deliktu a úhrnný trest uloží podle sazby za nejzávažnější z těchto deliktů (závažnost pak nutno posuzovat především s ohledem na charakter individuálního objektu deliktu, tedy, zájem, proti kterému delikt směřuje a k jehož ochraně je příslušné ustanovení především určeno).“* Úřad správně posoudil, že pro oba předmětné správní delikty je stanovena stejná horní hranice sazby. Podle právě uvedeného rozsudku, je tedy potřeba posoudit, který z těchto správních deliktů je závažnější. Ztotožnil jsem se s právním posouzením Úřadu, dle kterého je pokuta ukládána za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, přičemž jsem jej posoudil jako závažnější než správní delikt uvedený ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Oba správní delikty jsou svou povahou obdobné, neboť v obou případech došlo ke změnám termínu zahájení a dokončení díla s čímž byla spojena změna návrhu smlouvy a později změna již uzavřené smlouvy a zároveň mají oba správní delikty původ v nevhodném nastavení termínů v zadávací dokumentaci, respektive v nastavení zadávacích podmínek, avšak mám za to, že správní delikt vymezený ve výroku I. napadeného rozhodnutí dopadl na zadávací řízení šířeji, neboť termín zahájení realizace díla je zásadní informací, podle které se uchazeči rozhodují o účasti v zadávacím řízení (s ohledem na své kapacitní, časové a další možnosti) proto mám za to, že jde o závažnější správní delikt než správní delikt vymezený ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Účelem zadávacího řízení je uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, a to s dodavatelem, který předložil nejvhodnější nabídku v otevřené soutěži, čímž dojde k efektivnímu vynakládání veřejných prostředků. Pokud tedy zadavatel pochybil již na počátku zadávacího řízení a dodavatelé se o účasti v zadávacím řízení rozhodovali podle termínů stanovených v zadávací dokumentaci, kdy k zahájení stavebních prací mělo dojít 1. 7. 2014 a fakticky k ní došlo až dne 1. 9. 2014, pak zde existuje pochybnost, zda zadavatel vybral nejvhodnější nabídku.

29. Vzhledem k tomu, že zadavatel v podaném rozkladu nevznášel žádné námitky proti výši nebo způsobu uložení pokuty, přezkoumal jsem výrok III. napadeného rozhodnutí ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu z hlediska jeho zákonnosti a z hlediska zákonnosti postupu Úřadu, který jeho vydání předcházelo. Po přezkoumání tohoto výroku mám za to, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí správně vymezil horní hranici pro uložení pokuty v souladu s ust. § 120 odst. 2 zákona a současně při určení výše pokuty přihlédl ke všemu, k čemu ve smyslu ust. § 121 odst. 2 zákona přihlédnout měl, když posoudil jak závažnost a následky správního deliktu, způsob jeho spáchání, tak i okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, přičemž své úvahy srozumitelně odůvodnil. Současně se Úřad přezkoumatelným způsobem vypořádal i s tím, že uložená pokuta není v daném případě likvidační. Mám tak za to, že Úřad stanovil výši pokuty v souladu se zákonem a své rozhodnutí přezkoumatelným způsobem odůvodnil. Úřad při stanovení výše pokuty správně aplikoval zásadu absorpce, kdy pokutu ukládal za správní delikt vymezený ve výroku I. napadeného

rozhodnutí, přičemž ke správnímu deliktu vymezenému ve výroku II. napadeného rozhodnutí přihlédl jako k přitěžující okolnosti.

30. Ve smyslu ust. § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrocích a jeho věcnou správnost v rozsahu vnesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se v daném případě zadavatel dopustil porušení zákona a zda toto porušení bylo způsobilé ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení sankce, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Mgr. Josef Tobiášek, advokát, Hlavní náměstí 1a, 794 01 Krnov

Vypraveno dne:

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