



UOHSX008VRNB

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0620/2016/VZ-39002/2016/512/MHr

Brno: 22. září 2016

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, k výkonu dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěží o návrh, ve věci správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona, jehož se dopustil

- zadavatel – město Rokycany, IČO 00259047, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – Střed,

při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 18. 7. 2016 ke smlouvě o dílo (č. SP01363) z téhož dne s uchazečem BIS, a. s., IČO 40526151, se sídlem Haviřská 1117/5, 301 00 Plzeň na veřejnou zakázku „Zatraktivnění plaveckého bazénu – úpravy objektu krytého bazénu“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 5. 2016 a uveřejněno dne 9. 5. 2016 pod ev. č. 631732 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 091-163042,

vydává podle ustanovení § 150 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, tento

příkaz:

I.

Zadavatel – město Rokycany, IČO 00259047, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – Střed – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 7 písm. c) citovaného zákona, když umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, neboť uzavřel dne 18. 7. 2016 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo

(č. SP01363) uzavřené téhož dne s uchazečem – BIS, a. s., IČO 40526151, se sídlem Havířská 1117/5, 301 00 Plzeň – na veřejnou zakázku „Zatraktivnění plaveckého bazénu – úpravy objektu krytého bazénu“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 5. 2016 a uveřejněno dne 9. 5. 2016 pod ev. č. 631732 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 091-163042, a tímto dodatkem zrušil dosavadní znění článku 4 odst. 1. a 2. smlouvy o dílo ze dne 18. 7. 2016 „Zhotovitel se zavazuje provést práce a dílo předat objednateli nejpozději do 14. 10. 2016. (...) Zhotovitel se zavazuje zahájit stavební práce nejpozději 14 dnů od předání staveniště a stavební práce budou dokončeny nejpozději dne 13. 10. 2016.“, jež svým obsahem odpovídalo článku 1.3 zadávací dokumentace „Doba plnění veřejné zakázky; zahájení 27. 6. 2016 – dokončení 14. 10. 2016“, a nahradil jej textem „Zhotovitel se zavazuje provést práce a dílo předat objednateli nejpozději do 4. 11. 2016. (...) Zhotovitel se zavazuje zahájit stavební práce nejpozději 14 dnů od předání staveniště a stavební práce budou dokončeny nejpozději dne 3. 11. 2016.“, a prodloužil tak termín pro dokončení plnění předmětu veřejné zakázky do 4. 11. 2016, když původní termín realizace celého předmětu uvedené veřejné zakázky byl sjednán do 14. 10. 2016, přičemž tato změna by za použití ve výše zmíněném zadávacím řízení mohla podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel výše citovaný dodatek.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění, zadavateli – město Rokycany, IČO 00259047, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – ukládá

pokuta ve výši 100 000,- Kč (sto tisíc korun českých).

Pokuta je splatná **do jednoho měsíce** od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. K UZAVŘENÍ DODATKU

1. Zadavatel – město Rokycany, IČO 00259047, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – Střed (dále jen „zadavatel“ nebo také „město Rokycany“) zahájil dne 6. 5. 2016 zadávací řízení na veřejnou zakázku „Zatraktivnění plaveckého bazénu – úpravy objektu krytého bazénu“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 5. 2016 a uveřejněno dne 9. 5. 2016 pod ev. č. 631732 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 5. 2016 pod ev. č. 2016/S 091-163042 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky je podle čl. 1.2 zadávací dokumentace „zhotovení stavby, která je výsledkem stavebních a montážních prací, podle projektové dokumentace zpracované SEAP Rokycany s. r. o. v podrobnostech pro provedení stavby.“ Konkrétně bude „na stávající venkovní terase přistavěna přístupová věž k tobogánu a nový venkovní uzavřený tobogán ústící do bazénového tělesa. V bazénové hale bude osazen nerezový Whirpool. Dále bude osazen nový dětský bazének. V 1. PP budou provedeny související rozvody a instalace a bude odstraněna stávající terasa.“

3. Podle článku 1.3 zadávací dokumentace je stanoven termín zahájení plnění předmětné veřejné zakázky na 27. 6. 2016 a termín dokončení na 14. 10. 2016.
4. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky je podle článku 1.5 zadávací dokumentace 17 443 000 Kč bez DPH.
5. Jak plyne z dokumentu Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 14. 6. 2016, rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče VW WACHAL a. s., IČO 25567225, se sídlem Tylova 220/17, 767 01 Kroměříž (dále jen „vybraný uchazeč“).
6. Následně zadavatel dokumentem ze dne 12. 7. 2016 vyzval k poskytnutí řádné součinnosti k uzavření smlouvy uchazeče, který se umístil druhý v pořadí, tj. uchazeče BIS, a. s., IČO 40526151, se sídlem Havířská 1117/5, 301 00 Plzeň (dále jen „uchazeč BIS“).
7. Dne 18. 7. 2016 uzavřel zadavatel s uchazečem BIS smlouvu o dílo (č. SP01363), přičemž téhož dne došlo i k uzavření dodatku č. 1 k citované smlouvě ze dne 18. 7. 2016 (dále jen „dodatek č. 1“), kterým se nahrazuje původní termín dokončení realizace předmětu veřejné zakázky ze dne 14. 10. 2016 na 4. 11. 2016.

Postup Úřadu

8. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel dne 19. 8. 2016 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné.
9. Na základě obsahu podnětu si Úřad opatřil v rámci své úřední činnosti dokumentaci o předmětné veřejné zakázce, přičemž její relevantní část tvoří obsah správního spisu v této věci vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0620/2016/VZ.

II. ZÁVĚRY ÚŘADU

10. Po přezkoumání předložených podkladů Úřad dospěl k závěru, že se zadavatel při uzavírání dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 18. 7. 2016 dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

11. Pro řádné prošetření případu považuje Úřad za rozhodné nejprve určení konkrétní kategorie zadavatele veřejné zakázky, jež naplňuje předepsané zákonné znaky, a která na šetřený případ dopadá, proto uvádí následující skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

12. Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
13. Podle článku 99 zákona č. 1/1993 Sb., Ústavy České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky.

Právní posouzení

14. Úřad se na prvním místě zabýval otázkou, zda město Rokycany naplňuje zákonné znaky veřejného zadavatele.
15. Z ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) zákona plyne, že veřejným zadavatelem je územní samosprávný celek, zejména pak z Ústavy České republiky vyplývá, že obce (tedy i města) jsou územně samosprávné celky.
16. S ohledem na shora uvedené je zřejmé, že město Rokycany je územně samosprávným celkem. Úřad proto konstatuje, že má vzhledem k výše citované skutečnosti za prokázané, že došlo k naplnění podmínky uvedené v ustanovení §2 odst. 2 písm. c) zákona, a pohlíží proto na město Rokycany jako na veřejného zadavatele.
17. Po ověření kategorie zadavatele Úřad přistoupil k prošetření předmětné věci.

K výroku I. tohoto příkazu

18. Úřad konstatuje, že jsou dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání výroku I. příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 správního řádu, lze povinnost v řízení z moci úřední a ve sporném řízení uložit formou písemného příkazu, přičemž příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.

Relevantní ustanovení zákona

19. Podle ustanovení § 82 odst. 4 zákona je vybraný uchazeč povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle odstavce 2. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle odstavce 2 uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.
20. Podle ustanovení § 82 odst. 7 písm. c) zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou se považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
21. Podle ustanovení § 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.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

22. V článku II. 3) „Doba trvání zakázky nebo lhůta pro dokončení“ oznámení o zakázce zadavatel uvedl datum zahájení „27. 6. 2016“ a datum dokončení „14. 10. 2016“. Obdobné údaje uvedl zadavatel i v článku 1.3 zadávací dokumentace (blíže bod 3. odůvodnění tohoto příkazu).

23. V šetřeném případě zadavatel rozhodl dne 14. 6. 2016 o výběru nejvhodnější nabídky. Dokumentem ze dne 22. 6. 2016 zadavatel vyzval vybraného uchazeče k poskytnutí součinnosti pro uzavření smlouvy o dílo, přičemž v téže věci proběhlo v sídle zadavatele jednání zástupců zadavatele a vybraného uchazeče dne 7. 7. 2016.
24. Následně odeslal zadavatel uchazeči BIS dokument ze dne 12. 7. 2016 označený jako „Výzva k uzavření smlouvy“, v němž se mimo jiné uvádí, že *„vzhledem k tomu, že vybraný uchazeč odmítl uzavřít se zadavatelem smlouvu, Vás jako uchazeče, který se umístil druhý v pořadí, (...) vyzývám k poskytnutí řádné součinnosti k uzavření smlouvy...“*
25. Poté zadavatel uzavřel dne 18. 7. 2016 s uchazečem BIS smlouvu o dílo (č. SP01363) na plnění předmětu veřejné zakázky, přičemž tentýž den byl k předmětné smlouvě uzavřen i dodatek č. 1, kterým se původní text článku 4 odst. 1. a 2. smlouvy *„Zhotovitel se zavazuje provést práce a dílo předat objednateli nejpozději do 14. 10. 2016. (...) Zhotovitel se zavazuje zahájit stavební práce nejpozději 14 dnů od předání staveniště a stavební práce budou dokončeny nejpozději dne 13. 10. 2016.“* ruší a nahrazuje textem *„Zhotovitel se zavazuje provést práce a dílo předat objednateli nejpozději do 4. 11. 2016. (...) Zhotovitel se zavazuje zahájit stavební práce nejpozději 14 dnů od předání staveniště a stavební práce budou dokončeny nejpozději dne 3. 11. 2016.“*
26. Jako důvod šetřené změny zadavatel v článku I dodatku č. 1 uvedl následující. *„Tímto dodatkem se mění termín dokončení prací a předání díla, které se posouvají z důvodu nemožnosti zahájení stavby v termínu uvedeném v zadávací dokumentaci. Důvodem nemožnosti zahájení prací v řádném termínu je odmítnutí podpisu smlouvy vítězným uchazečem.“*
27. Dne 1. 8. 2016 podal vybraný uchazeč zadavateli námítky směřující proti jeho postupu při uzavření smlouvy, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 5. 8. 2016 nevyhověl.

Právní posouzení

28. V právě posuzovaném případě se Úřad zabýval otázkou, zda změna termínu splnění celého předmětu veřejné zakázky, kterou vyvolal uzavřený dodatek ke smlouvě o dílo, nezpůsobila podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
29. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že hlavním cílem zákona je zabezpečení efektivní alokace veřejných prostředků, což se promítá nejen do stanovení vysoce formálních pravidel pro zadávání veřejných zakázek, ale také do zákazu podstatně měnit smluvní podmínky v již uzavřené smlouvě, který je vyjádřen v § 82 odst. 7 zákona. Za podstatnou změnu zákonodárce mj. považuje takovou změnu, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad k tomuto dodává, že uvedená právní úprava vychází z judikatury Soudního dvora Evropské unie, který se problematikou limitů přípustnosti změn smluv na realizaci veřejných zakázek zabýval např. v rozhodnutí ze dne 19. 6. 2008, sp. zn. C-454/06 (případ *Presstetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich*), v němž Soudní dvůr Evropské unie stanovil meze pro jednání mezi zadavatelem a vybraným uchazečem o změnách obsahu smlouvy. Citovaný rozsudek v obecné rovině konstatuje, že za nové zadání veřejné zakázky je třeba považovat změny smlouvy, které mají

podstatně odlišnou povahu než původní zakázka a v důsledku toho prokazují vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky takové zakázky.

30. Na výše uvedenou rozhodovací praxi pak reagoval zákonodárce, když v zákoně zakotvil ustanovení § 82 odst. 7. Dle tohoto ustanovení 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. 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. 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.
31. V šetřené věci se zadavatel prostřednictvím uzavřeného dodatku č. 1 ke smlouvě dohodl s uchazečem BIS na prodloužení termínu realizace předmětu plnění veřejné zakázky, a to z původního sjednaného termínu 14. 10. 2016 na 4. 11. 2016. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel uvedl v článku 1.3 zadávací dokumentace a v článku II. 3) oznámení o zakázce uvedl den 14. 10. 2016 jako nejzazší předpokládaný termín pro realizaci veřejné zakázky, je zřejmé, že samotná realizace může probíhat o 3 týdny déle, než jak bylo zadavatelem sjednáno ve smlouvě (a uvedeno v zadávacích podmínkách).
32. S ohledem na skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil konkrétní termín pro realizaci předmětu zkoumané zakázky, Úřad konstatuje, že zadavatel uzavřením dodatku ke smlouvě ze dne 18. 7. 2016 umožnil podstatnou změnu smlouvy. Není totiž vyloučeno, že pokud by zadavatel již v zadávacích podmínkách stanovil termín realizace předmětu zakázky do 4. 11. 2016, mohla být smlouva uzavřena s vybraným uchazečem, nikoli až s uchazečem, který se umístil druhý v pořadí. Úřad při tomto konstatování vychází zejména ze skutečnosti plynoucí z námitek vybraného uchazeče, které zadavatel obdržel dne 1. 8. 2016 a které směřují proti postupu zadavatele při uzavření smlouvy, neboť se v nich mimo jiné uvádí, že vybraný uchazeč žádal zadavatele na společném jednání dne 7. 7. 2016 o možnost prodloužení doby realizace předmětu veřejné zakázky, avšak ten uvedený návrh dle tvrzení v námitkách odmítl. Úřad přitom konstatuje, že je zřejmé, že zadavatel tento návrh vybraného uchazeče odmítl, jelikož s ním dodatek uzavřen nebyl, na rozdíl od uchazeče druhého v pořadí, se kterým dodatek uzavřen byl.
33. V souvislosti s posouzením vlivu na výběr nejvhodnější nabídky Úřad pro úplnost dodává, že zadavatel v právě projednávaném případě fakticky neumožnil soutěž dodavatelů za stejných podmínek, neboť původně stanovené podmínky zadávací dokumentace uzavřením dodatku pozměnil. Zadavatel tak omezil okruh potenciálních dodavatelů, čímž nelze vyloučit, že mohlo dojít jak k omezení počtu podaných nabídek, tak i k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky pro realizaci předmětné veřejné zakázky. Pokud by byla zakázka zadávána již od počátku s pozdějším termínem plnění, mohl zadavatel obdržet i jiné, pro něj výhodnější nabídky, a to např. od dodavatelů, kteří se původního zadávacího řízení neúčastnili z důvodu obav o případné nesplnění lhůty k plnění původně stanovené na 14. 10. 2016. Zadavatel je vždy povinen při zadávání veřejných zakázek zachovat konkurenční

prostředí, tj. postupovat v souladu se zákonem tak, aby nedošlo k zúžení okruhu potenciálních zájemců o zakázku. Nezákonný postup zadavatele byl v daném případě schopen podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Z dikce zákona totiž plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na možnost skutečného ovlivnění (ovlivnil), tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit). Pro konstatování porušení zákona postačuje, že k ovlivnění dojít mohlo; není třeba prokazovat, že pochybením zadavatele skutečně došlo k ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Z hlediska zákonného rámce § 120 odst. 1 písm. a) zákona, resp. i § 82 odst. 7 písm. c) zákona, stačí pouhá možnost (potencialita) tohoto ovlivnění, což je v daném případě splněno, neboť si lze představit okruh potenciálních dodavatelů, kteří by mohli mít o prodloužený termín realizace předmětu zakázky zájem a předložit tak zadavateli svoji nabídku, přičemž původní termín považovali (např. z důvodu vytíženosti svých dodavatelských kapacit) za nesplnitelný.

34. V této souvislosti Úřad může odkázat na ustálenou rozhodovací praxi Úřadu a soudů týkající se problematiky potenciality ovlivnění výběru nejhodnější nabídky při postupu zadavatele podle zákona, kdy např. předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014 uvedl, že zákon nevyžaduje prokázání podstatného vlivu na výběr nejhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky.
35. Dále též Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 konstatoval, že *„[p]ro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou (...) K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat“*. Zadavatel tak svým jednáním naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že *»v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „... nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku“*. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 již předseda konstatoval, že *„[s]kutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky (...) k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění“*. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že *„pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem.*

Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“.

36. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že »z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu (...) již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“«.
37. Se shora uvedeným závěrem Krajského soudu v Brně vyslovil souhlas i Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016-38 ze dne 28. 6. 2016, když konstatoval, že v případě, kdy správní orgán (Úřad) shledá, že „se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem (...), že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ.“ Úřad proto s ohledem na výše uvedené uzavírá, že v projednávaném případě byl naplněn i tento znak skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
38. Úřad dále uvádí, že zadavatel v textu předmětného dodatku jako důvod změny uvedl v článku I. předmětného dodatku „Tímto dodatkem se mění termín dokončení prací a předání díla, které se posouvají z důvodu nemožnosti zahájení stavby v termínu uvedeném v zadávací dokumentaci. Důvodem nemožnosti zahájení prací v řádném termínu je odmítnutí podpisu smlouvy vítězným uchazečem.“ Úřad uvádí, že tento text dodatku, byť představuje jakousi snahu zadavatele o racionalizaci svého jednání, nemůže zhojit jeho protiprávní jednání. Je tomu tak z toho důvodu, že samotný důvod, proč zadavatel dobu plnění prodloužil je v posuzovaném případě ze zjištěných skutkových okolností zcela nepodstatný, podstatný je fakt, že k tomuto prodloužení došlo. Úřad připomíná, že je to právě zadavatel, který nese odpovědnost za obsah zadávací dokumentace a pokud si v ní stanoví datum dokončení předmětu veřejné zakázky na konkrétní den, nemůže následně toto datum měnit na základě okolností, které nejsou v rámci procesu zadávání veřejné zakázky zcela nepředvídatelné. Pokud totiž zadavatel stanovil požadavek na dokončení veřejné zakázky v termínu určeném konkrétním datem, má zcela jistě na realizaci zakázky do tohoto data jistý zájem, jinak by tento postup postrádal logiku a zadavatel by mohl zvolit například formu stanovení termínu realizace veřejné zakázky lhůtou od uzavření smlouvy na veřejnou zakázku. Přičemž Úřad konstatuje, že možnost odmítnutí součinnosti vybraného uchazeče je

okolnost předvídána jak zákonem, tak zcela jistě samotným zadavatelem, jelikož požadoval po uchazečích jako záruku jejich vůle se o zakázku ucházet složením jistoty. Zadavatel musí vždy počítat se situací, kdy dojde k určitému pozdržení uzavření smlouvy, například s ohledem na uplatněné opravné prostředky uchazeči, či právě s ohledem na neposkytnutí součinnosti vybraným uchazečem.

39. Ze shora uvedeného je tak zřejmé, že Úřadem posuzovaný postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, neboť v případě, že by termín realizace předmětu veřejné zakázky byl již v zadávacích podmínkách stanoven do 4. 11. 2016, nelze vyloučit, že by na jednání se zadavatelem dne 7. 7. 2016 došlo k takové situaci, že zadavatel postup vybraného uchazeče na jednání nevyhodnotil jako odmítnutí uzavřít smlouvu. Úřad k tomuto dále dodává, že je dle jeho názoru nepochybné, že posunutí termínu realizace předmětu zakázky o 3 týdny oproti původně (avizované) sjednané době představuje zřetelnou změnu, která mohla výrazně ovlivnit jednání vybraného uchazeče při poskytování součinnosti k uzavření smlouvy.
40. Na základě shora uvedených skutečností Úřad tedy konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 7 písm. c) zákona, když umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, neboť uzavřel dne 18. 7. 2016 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo (č. SP01363) uzavřené téhož dne s uchazečem BIS na předmětnou veřejnou zakázku, a tímto dodatkem zrušil dosavadní znění článku 4 odst. 1. a 2. smlouvy o dílo ze dne 18. 7. 2016 *„Zhotovitel se zavazuje provést práce a dílo předat objednateli nejpozději do 14. 10. 2016. (...) Zhotovitel se zavazuje zahájit stavební práce nejpozději 14 dnů od předání staveniště a stavební práce budou dokončeny nejpozději dne 13. 10. 2016.“*, jež svým obsahem odpovídalo článku 1.3 zadávací dokumentace *„Doba plnění veřejné zakázky; zahájení 27. 6. 2016 – dokončení 14. 10. 2016“* a nahradil jej textem *„Zhotovitel se zavazuje provést práce a dílo předat objednateli nejpozději do 4. 11. 2016. (...) Zhotovitel se zavazuje zahájit stavební práce nejpozději 14 dnů od předání staveniště a stavební práce budou dokončeny nejpozději dne 3. 11. 2016.“*, a prodloužil tak termín pro dokončení plnění předmětu veřejné zakázky do 4. 11. 2016, když původní termín realizace celého předmětu uvedené veřejné zakázky byl sjednán do 14. 10. 2016, přičemž tato změna by za použití v původním zadávacím řízení mohla podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a zadavatel uzavřel s uchazečem BIS výše uvedený dodatek. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno výroku I. tohoto příkazu.
41. K důvodu, pro který zadavatel termín realizace předmětu plnění veřejné zakázky v textu článku I. dodatku následně prodloužil, Úřad pro úplnost dodává, že ten může (resp. musí) být případně zohledněn při stanovení výše pokuty v rámci polehčujících (přitěžujících) okolností, neboť polehčující okolnosti jsou ty skutečnosti, v nichž se promítají motivy jednání zadavatele a jsou důvodem pro uložení mírnější sankce, avšak nemají vliv na samotné konstatování spáchání správního deliktu, příp. na konstatování odpovědnosti zadavatele za jeho spáchání.
42. Úřad považuje ve smyslu ustanovení § 150 odst. 1 správního řádu skutková zjištění za dostatečná a s ohledem na výše uvedené považuje za prokázané, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 7 písm. c) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.

K uložení pokuty

43. Úřad posoudil postup zadavatele a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
44. Podle ustanovení § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
45. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona dozvěděl z podnětu, který obdržel dne 19. 8. 2016. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
46. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
47. V dané věci se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, za něž lze souladu s citovaným ustanovením § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit pokutu do 10 % ceny zakázky. Vzhledem k tomu, že cena veřejné zakázky byla v bodě 1. článku 3. smlouvy o dílo sjednána ve výši 21 704 558,41 Kč včetně DPH (17 937 651,58 Kč bez DPH), činí horní hranice možné pokuty po zaokrouhlení částku ve výši 2 170 456,- Kč.
48. Podle ustanovení § 121 odst. 2 věta první 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.
49. Hlavním kritériem, které je dle výše citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
50. Pokud jde o způsob spáchání správního deliktu, Úřad především uvádí, že v daném případě se zadavatel deliktu dopustil až po skončení zadávacího řízení. Zadavatel tedy neignoroval existenci zákona, když předmět veřejné zakázky zadával postupem podle zákona, nicméně nelze ve vztahu k následkům spáchaného správního deliktu odhlédnout od skutečnosti, že zadavatelem spáchaný delikt mohl do značné míry devalvovat průběh a podmínky původní soutěže o veřejnou zakázku, jak bylo vyloženo výše v bodu 34. odůvodnění tohoto příkazu. V kontextu právě uvedeného Úřad hodnotí delikt zadavatele jako typově závažný.
51. Co se týče okolností, za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad jako polehčující okolnost shledává, že nelze zcela odhlédnout od skutečnosti, že k prodloužení termínu realizace uvedl zadavatel i důvody, které zadavatel považoval za legitimní (blíže bod 26. odůvodnění tohoto

rozhodnutí). Úřad proto tyto důvody posoudil a konstatuje, že nesouhlasí s názorem, že se v právě projednávaném případě jedná o objektivní skutečnosti, na které neměl zadavatel přímý vliv, ale o subjektivní rozhodnutí zadavatele. Je tomu tak proto, že ačkoliv zadavatel uvádí, že termín dokončení a předání díla posunul z důvodu nemožnosti zahájení stavby v termínu uvedeném v zadávací dokumentaci (27. 6. 2016), přičemž tato nemožnost je důsledkem odmítnutí podpisu smlouvy vybraným uchazečem, nebylo v možnostech zadavatele dodržet termín 27. 6. 2016 pro zahájení prací uvedený v článku 1.3 zadávací dokumentace [obdobně též v článku II.3 oznámení o zakázce] ani v případě podpisu smlouvy s vybraným uchazečem, neboť samotné jednání o podpisu smlouvy se konalo (až) dne 7. 7. 2016. Není proto pravdou, že by předmětné prodloužení termínu bylo následkem odmítnutí podpisu smlouvy vybraným uchazečem, ale nadměru optimistickým očekáváním souslednosti úkonů zadavatele v rámci zadávacího řízení po obdržení nabídek. Na uvedeném závěru nemění nic ani skutečnost, kterou uvedl zadavatel v rozhodnutí ze dne 5. 8. 2016 o námitkách vybraného uchazeče, že termín jednání dne 7. 7. 2016 navrhl vybraný uchazeč a že zadavatel požadoval jednání v termínu 30. 6. 2016, neboť i tento zadavatelem navrhovaný termín je 3 dny po plánovaném zahájení plnění předmětné zakázky. Úřad však považuje snahu zadavatele o objektivní vysvětlení (byť jej Úřad co do důvodu takovým neshledal) svého postupu za okolnost polehčující.

52. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. V této souvislosti Úřad přihlédl i k finančním možnostem zadavatele a stanovenou pokutu posoudil vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje. Jak vyplývá z údajů ze schváleného rozpočtu města Rokycany na rok 2016 (dostupný online na <http://mesto.rokycany.cz/>), předpokládá zadavatel, že bude disponovat příjmy převyšujícími částku 250 000 000 Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
53. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, že 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. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
54. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 100 000 Kč (tj. při spodní hranici zákonné sazby) považuje zejména s ohledem na její

absolutní hodnotu a vzhledem k souvislostem případu jako dostačující. S ohledem na tuto skutečnost bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu

55. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno, zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu do 8 dní ode dne jeho doručení podat odpor k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení ve věci pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

město Rokycany, Masarykovo náměstí 1, 337 01 Rokycany – Střed

Vypraveno dne

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