

Č. j.: 2R 059/06 – Hr

V Brně dne 8. září 2006

Ve správním řízení o rozkladu, který podalo dne 23.5.2006

- **město Meziboří, zast. starostou Petrem Červenkou, se sídlem náměstí 8. května 341, 435 13 Meziboří**

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 3.5.2006 č. j. S046/2006/08224/2006/510-IF ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **města Meziboří, se sídlem náměstí 8. května 341, 435 13 Meziboří**, učiněných při zadání veřejné zakázky „**Naučná stezka a cyklostezka: Meziboří, vodárna – Litvínov, Loučky**“ formou otevřeného řízení podle § 25 odst. 2 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb., jehož oznámení bylo dne 14.7.2005 uveřejněno na centrální adrese pod ev. č. 50010701, jehož dalším účastníkem je

- YSSEN spol. s r. o., IČ 44566565, se sídlem areál s. p. DHL, P.O.BOX 4, 435 14 Litvínov, zast. jednatelem Ing. Vladimírem Serdulou,

#### **m ě n í m**

podle § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. a na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, napadené rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. S046/2006/08224/2006/510-IF ze dne 3.5.2006 takto:

Zadavatel – město Meziboří – nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 18 odst. 1, 3 v návaznosti na ust. § 21 odst. 1 posledně citovaného zákona, když nedodržel postup pro přidělení veřejné zakázky tím, že dne 14.9.2005 uzavřel smlouvu o plnění veřejné zakázky „**Naučná stezka a cyklostezka: Meziboří, vodárna – Litvínov, Loučky**“ a současně též den dodatek č. 1 k uvedené smlouvě na provedení dalších prací souvisejících s uvedenou veřejnou zakázkou, aniž by tento dodatek uzavřel na základě zadávacího řízení. Tento postup zadavatele však podstatně neovlivnil a ani nemohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

## O d ů v o d n ě n í

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), si na základě podnětu od Policie ČR vyžádal dopisem ze dne 9.2.2006 od města Meziboří, zast. starostou Petrem Červenkou, se sídlem 8. května 341, 435 13 Meziboří (dále jen „zadavatel“), dokumentaci o zadání veřejné zakázky „Naučná stezka a cyklostezka: Meziboří, vodárna – Litvínov, Loučky“, a to zejména ve vztahu k dodatku č. 1 ke smlouvě na plnění veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že po přezkoumání předložené dokumentace získal Úřad pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele učiněných při zadání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a společnost YSSEN s. r. o., IČ 44566565, se sídlem areál s. p. DHL, 434 14 Litvínov, zast. jednatelem Ing. Vladimírem Serdulou (dále jen „YSSEN“), jemuž byla veřejná zakázka přidělena.
2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 3.5.2006 rozhodnutí č. j. S046/2006/08224/2006/510-IF, kterým konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb. a zákona č. 253/2005 Sb. (dále jen „zákon“) tím, že nesplnil povinnost dle § 18 odst. 1, 3 v návaznosti na ustanovení § 21 odst. 1 zákona, když nedodržel postup pro přidělení veřejné zakázky tím, že dne 14.9.2005 uzavřel smlouvu o plnění veřejné zakázky a současně též den dodatek č. 1 k této smlouvě na provedení dalších prací souvisejících s uvedenou veřejnou zakázkou, aniž by tento dodatek uzavřel na základě zadávacího řízení, čímž fakticky předmět plnění veřejné zakázky rozdělil, a tento postup mohl ovlivnit pořadí nabídek. Za spáchání uvedeného správního deliktu udělil Úřad zadavateli pokutu ve výši 15 000,- Kč.
3. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel v zadávacích podmínkách nevymezil veškeré práce a dodávky nezbytné k realizaci veřejné zakázky, přestože prokazatelně předem věděl o nezbytnosti jejich provedení, o čemž svědčí uzavření dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo. Postupem zadavatele došlo fakticky k rozdělení veřejné zakázky. K důvodům, které zadavatele vedly k uzavření dodatku č. 1, Úřad poznamenává, že tyto byly zadavateli vesměs známy ještě před zadáním veřejné zakázky, a proto měl dostatek času na jejich zapracování do zadávacích podmínek. U víceprací, vzniklých v důsledku přívalových dešťů z 29. na 30.7.2005 pak Úřad poznamenává, že tyto mohl zadavatel doplnit do zadávací dokumentace podle § 7 vyhlášky č. 240/2004 Sb., o informačním systému o zadávání veřejných zakázek a metodách hodnocení nabídek podle jejich ekonomické výhodnosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška“), podle kterého je oprávněn měnit uveřejňované informace nejpozději do dne jejich uveřejnění. Postup zadavatele mohl dle názoru Úřadu ovlivnit pořadí nabídek, neboť nelze vyloučit, že při zpracování úplné zadávací dokumentace by zadavatel obdržel výhodnější nabídku na uzavření smlouvy. Při rozhodování o výši sankce přihlédl Úřad k místním podmínkám u zadavatele a rovněž k tomu, že zadavatel dosud nebyl sankcionován a pokutu uložil v částce 15 000,- Kč, když cena veřejné zakázky činí 3 560 100,- Kč a horní hranice možné pokuty tak je 178 005,- Kč.

## II. Námitky rozkladu

4. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal zadavatel dne 23.5.2006 rozklad, ve kterém uvádí, že nutnost provedení rozšíření opěrné zdi a většího rozsahu pročištění odvodňovacího žlabu komunikace, která byla vynucena přívalovými dešti, vznikla až po uveřejnění zadávacích podmínek na centrální adrese, a tedy zadavatel nemohl postupovat podle § 7 vyhlášky. Zrušení veřejné zakázky by pak znamenalo nesplnění dodatečných podmínek a tedy zánik práva na dotaci a s tím spojeného zajištění financování akce. Zadavatel dále uvádí, že při uzavírání dodatku postupoval podle bodu 2.2 zadávacích podmínek, kde jsou stanovena pravidla pro překročení nabídkové ceny včetně způsobu jejího překročení.
5. Zadavatel dále uvádí, že na nutnost ostrahy objektu před instalací nového oplocení jej upozornil až vybraný uchazeč, přičemž tato skutečnost z vyjádření Severočeských vodovodů a kanalizací, a. s., ze 18.8.2004 přímo nevyplývá a zadavatel si ji před započítáním realizace veřejné zakázky neuvědomil. Současně se však zadavatel nedomnívá, že tímto pochybením byla narušena rovnost uchazečů, neboť ocenění těchto prací proběhlo za cenu v místě obvyklou a všichni uchazeči zpracovávali svou nabídku na základě shodného výkazu výměr. Stejně tak u požadavku na instalaci vrat v oplocení nádrže zadavatel uvádí, že byl oceněn s využitím jednotkových cen z nabídky uchazeče a nedošlo k porušení rovnosti uchazečů.
6. K vytýčení polohy kabelů vysokého napětí zadavatel uvádí, že bylo provedeno až po výběru zhotovitele stavby, neboť v opačném případě by zadavatel nebyl schopen zaručit, že vyznačení v terénu zůstane zachováno i při předávání polohy kabelu zhotoviteli díla, a tedy byl zadavatel veden snahou šetřit náklady, nikoliv zvýhodnit některého z uchazečů. Cena díla i po navýšení dodatkem č. 1 nedosahuje dle názoru zadavatele limitů dle zákona, kterými by mohl být nějaký uchazeč zvýhodněn. Při oceňování víceprací zadavatel maximálně využil jednotkové ceny z nabídky vybraného uchazeče a oceňovány byly pouze práce nutné pro dokončení veřejné zakázky.
7. V závěru svého rozkladu zadavatel uvádí, že potvrzení napadeného rozhodnutí ze strany předsedy Úřadu by pro něj nejspíše znamenalo nutnost vrácení dotace do státního rozpočtu a takový finanční výdaj by znemožnil nejen realizaci jakýchkoliv dalších investic, ale také by vážně ohrozil běžný provoz obce. V této souvislosti zadavatel připomíná, že veřejnou zakázku zadal v otevřeném řízení, které umožňuje, aby nabídku podal neomezený počet dodavatelů, uzavírání smlouvy o dílo i jejího dodatku bylo dostatečně transparentní a údajné rozdělení zakázky na dvě části nemohlo vzhledem k objemu a cenám prací ovlivnit pořadí uchazečů.

### Petit rozkladu

8. Zadavatel žádá, aby předseda Úřadu změnil výrok napadeného rozhodnutí tak, že postup zadavatele nemohl ovlivnit pořadí uchazečů a že zadavatel neměl v úmyslu některé uchazeče zvýhodnit.

## III. Řízení o rozkladu

### Vyjádření uchazeče YSSEN

9. K podanému rozkladu se vyjádřil dne 9.6.2006 další účastník správního řízení – společnost YSSEN, který uvádí, že plně podporuje stanovisko zadavatele a rozklad vidí jako oprávněný.

### **Závěr předsedy Úřadu**

10. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu zvláštní komisí a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem napadené rozhodnutí přezkoumal v celém rozsahu a s přihlédnutím k doporučení této komise dospěl k následujícímu závěru.
11. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. S046/2006/08224/2006/510-IF ze dne 3.5.2006 konstatoval v postupu zadavatele nesplnění povinnosti stanovené zákonem, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Úřad však nesprávně kvalifikoval pochybení zadavatele jako spáchání správního deliktu, a proto jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí.

## **IV. Odůvodnění rozhodnutí předsedy**

### **Postup zadavatele**

12. Úřad konstatoval v postupu zadavatele nesplnění povinnosti dle § 18 odst. 1, 3 zákona v návaznosti na § 21 odst. 1 zákona, kterého se dopustil tím, že současně s uzavřením smlouvy o dílo na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem uzavřel zadavatel rovněž dodatek č. 1 k této smlouvě, kterým rozšířil předmět plnění veřejné zakázky o vícepráce, které nebyly uvedeny v zadávací dokumentaci a uchazeči na ně nepodávaly své nabídky, a tedy zadavatel fakticky rozdělil předmět plnění veřejné zakázky a předmětné vícepráce zadal jako samostatnou veřejnou zakázku bez výběrového řízení. Tento postup zadavatele pak dle názoru Úřadu mohl ovlivnit pořadí nabídek, neboť nelze vyloučit, že v případě zpracování úplné zadávací dokumentace by zadavatel obdržel výhodnější nabídku na uzavření smlouvy.
13. Po přezkoumání příslušné dokumentace a správního spisu jsem dospěl k závěru, že se lze ztotožnit se skutkovými zjištěními Úřadu v tom směru, že zadavatel skutečně při zadávání předmětné veřejné zakázky, respektive víceprací, které tvořili předmět dodatku č. 1, postupoval v rozporu se zákonem a porušil své povinnosti plynoucí ze zákona tím, že rozdělil předmět plnění veřejné zakázky. Tento postup zadavatele však nenaplnil materiální znak spáchání správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 písm. a) zákona, neboť podstatně neovlivnil a ani nemohl ovlivnit hodnocení nabídek a stanovení pořadí jejich úspěšnosti.

### **Naplnění materiálního znaku spáchání správního deliktu**

14. Podle ustanovení § 102 odst. 1 písm. a) zákona se právnická nebo fyzická osoba, která je zadavatel, dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek. K naplnění definice spáchání správního deliktu tedy nepostačí pouze fakticky provést úkony, které jsou v rozporu se zákonem, ale současně tyto úkony musí být způsobilé ovlivnit hodnocení nabídek, a to dokonce nikoliv pouze ovlivnit, ale zákonodárce stanovuje míru tohoto ovlivnění jako „podstatné ovlivnění“.

Dle písmene b) stejného ustanovení zákona je pak spácháním správního deliktu rovněž uzavření smlouvy s uchazečem, který byl vybrán na základě výše popsaného postupu.

15. V šetřeném případě pak Úřad toto „podstatné ovlivnění“ hodnocení nabídek, které je nezbytnou součástí definice spáchání správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. a) zákona dovozuje z obecné hypotézy, že nelze vyloučit podání výhodnějších nabídek, pokud by zadavatel do zadávací dokumentace předem zahrnul i dotčené vícepráce a veřejnou zakázku tak zadal v jejím celkovém objemu. Takové obecné tvrzení však v šetřeném případě neodpovídá skutečnému stavu, který byl Úřadem zjištěn a vyplývá ze správního spisu.
16. Zadavatel zadal předmětnou veřejnou zakázku formou otevřeného řízení, které umožňuje nejširší soutěž všech potenciálních uchazečů. Konkurenční prostředí tak bylo zachováno v nejvyšší možné míře. V rámci takto provedeného zadávacího řízení obdržel zadavatel celkem sedm nabídek, z nichž jako nejvhodnější vybral nabídku uchazeče YSSEN. Nabídka tohoto uchazeče měla nejnižší nabídkovou cenu, která byla hodnotícím kritériem s váhou 50 %, v kritériu „délka záruční lhůty a záruční a reklamační podmínky“ s váhou 40 % byla nabídka uchazeče YSSEN hodnocena jako třetí nejvýhodnější a uchazeč nabídl druhou nejvýhodnější délku doby plnění, což bylo kritériem hodnocení s váhou 10 %. Uchazeč YSSEN tak v celkovém hodnocení získal nejvyšší počet bodů a je tedy nepochybné, že zadavatel uzavřel smlouvu o dílo s uchazečem, jehož nabídka bylo objektivně ekonomicky nejvýhodnější.
17. Při uzavírání dodatku č. 1 na předmětné vícepráce se pak vesměs nejednalo o nové, dosud neoceněné služby, ale jednalo se o rozšíření objemu sjednaných služeb v některých položkách. Při stanovování cen těchto víceprací zadavatel striktně vycházel z cen jednotkových položek v nabídce uchazeče YSSEN, a tedy z nejvýhodnější cenové nabídky, která mu byla předložena. Služby, které nebyly oceněny v této nabídce, neboť nebyly předmětem plnění původní smlouvy o dílo, pak ve svém finančním objemu nepřesáhly rozdíl nabídkové ceny uchazeče YSSEN a druhé nejvýhodnější nabídkové ceny, a tedy i kdyby hypoteticky kterýkoliv uchazeč nabídl provedení těchto služeb např. „zdarma“, nebyla by jeho nabídková cena nižší než nabídková cena uchazeče YSSEN.
18. Z výše uvedeného proto vyplývá, že zadavatel pořídil vícepráce, které činily předmět dodatku č. 1 ke smlouvě o dílo za nejvýhodnějších podmínek, které mu byly v jednotlivých nabídkách na plnění předmětu veřejné zakázky předloženy. Pokud by hypotéza Úřadu byla pravdivá a opravdu existoval uchazeč, který mohl zadavateli nabídnout výhodnější podmínky než uchazeč YSSEN, měl možnost podat takovou nabídku v rámci otevřeného řízení, což však neučinil. Hypotéza Úřadu, ze které Úřad dovozuje naplnění materiálního znaku spáchání správního deliktu, tak v konkrétním šetřeném případě neodpovídá skutečnému stavu věci a je proto nesprávná.
19. Pro úplnost pak v této souvislosti uvádím, že nelze popřít obecnou platnost předmětné hypotézy, a to zvláště v případech kdy zadavatel svým postupem nepřipustí či jinak znemožní volnou a nediskriminační soutěž jednotlivých uchazečů, a tedy podstatným způsobem ovlivní proces posuzování a hodnocení nabídek, čímž se dopustí správního deliktu ve smyslu § 102 odst. 1 zákona. Vždy je však nutno aplikovat tuto obecnou hypotézu s přihlédnutím ke specifickým okolnostem konkrétního šetřeného případu. V rámci správního řízení je pak Úřad vždy povinen doložit a prokázat, zda a jakým

způsobem je zjištěné porušení zákonné povinnosti na straně zadavatele způsobilé ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti jednotlivých nabídek, a zda toto ovlivnění dosahuje intenzity „podstatného“ ovlivnění. Zjištění Úřadu se pak musí jednoznačným způsobem promítnout do odůvodnění rozhodnutí, ve kterém Úřad konstatuje spáchání správního deliktu a ukládá sankci.

### **Změna napadeného rozhodnutí Úřadu**

20. Jak vyplývá z výše uvedeného, v řízení o rozkladu jsem zjistil, že v šetřeném případě není splněn materiální znak spáchání správního deliktu na straně zadavatele, a proto jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí Úřadu v tom smyslu, že jsem vypustil část výroku o tom, že postup zadavatele „mohl ovlivnit pořadí nabídek“ a současně jsem vypustil část výroku o uložení pokuty za spáchání správního deliktu ve výši 15 000,- Kč.
21. Před vydáním tohoto rozhodnutí jsem rovněž zkoumal, zda je naplněna podmínka § 152 odst. 5 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), tedy že v řízení o rozkladu lze rozhodnutí změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas. V této souvislosti pak odkazuji na petit rozkladu, kde zadavatel požadoval, aby předseda Úřad změnil výrok napadeného rozhodnutí tak, že postup zadavatele nemohl ovlivnit pořadí uchazečů a že zadavatel neměl v úmyslu některé uchazeče zvýhodnit a podotýkám, že tomuto petitu jsem svým rozhodnutím v plné míře vyhověl. Rozhodnutím o rozkladu nemůže být ani způsobena újma jiným účastníkům správního řízení, neboť společnost YSSEN, která je druhým účastníkem správního řízení, se ve svém vyjádření ze dne 9.6.2006 s podaným rozkladem v plné míře ztotožnila, a tedy dala souhlas ve smyslu posledně citovaného ustanovení správního řádu. Byly tedy splněny všechny podmínky pro postup podle § 152 odst. 5 písm. a) správního řádu.

### **V. Závěr**

22. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad svým výrokem o spáchání správního deliktu a uložení pokuty nepostupoval správně, dospěl jsem k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
23. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

### **P o u č e n í**

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. město Meziboří, se sídlem nám. 8. května 341, 435 13 Meziboří, zast. Petrem Červenkou
2. YSSEN spol. s r. o., se sídlem areál s. p. DHL, P.O.BOX 4, 435 14 Litvínov, zast. Ing. Vladimírem Serdulou
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce