

Č. j.: R087/2007/02-14942/2007/310-Hr

V Brně dne 16. srpna 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 22.3.2007 sdružením společností

- **Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko**, za niž jedná Mag. Georg Kapsch, předseda představenstva a Ing. Erwin Toplak, člen představenstva,

Kapsch s. r. o., IČ 45311005, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Karel Feix a Ing. Pavel Habarta, jednatelé,

Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Dr. Kari Kapsch, předseda představenstva a Dr. Franz Semmernegg, člen představenstva,

Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Ing. Mag. Thomas Schöpfl a MBA Bernhard Kerres, členové představenstva,

Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

Kapsch Telematic Services spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371531, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel a

PVT, a. s., IČ 27074358, se sídlem Kovanecká 30/2124, 190 00 Praha 9, za niž jedná Ing. Jiří Fabián, předseda představenstva a Marian Pijarski, místopředseda představenstva,

ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 23.12.2005 advokátem Mgr. Ing. Danielem Zejdou, se sídlem AK Havel & Holásek s. r. o., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1.3.2007 č. j. S392/2006-02480/2007/540-RP ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **České republiky – Ministerstva dopravy, zast. ministrem Ing. Alešem Řebíčkem, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1**, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 2.4.2007 advokátem JUDr. Miroslavem Janstou, se sídlem AK Jansta, Kostka & spol., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1,

učiněných při uzavírání „návrhu provedení změny č. 1“ ze dne 8.6.2006 ke „smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění“ a „smlouvě o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice“, obě ze dne 29.3.2006, uzavřených na plnění veřejné zakázky „poskytování služeb a dodávek k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“, jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1.3.2007 č. j. S392/2006-02480/2007/540-RP

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

O d ů v o d n ě n í

I. Uzavírání dodatku a řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Česká republika – Ministerstvo dopravy, zast. ministrem Ing. Alešem Řebíčkem, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1, ve správním řízení právně zast. na základě plné moci ze dne 2.4.2007 advokátem JUDr. Miroslavem Janstou, se sídlem AK Jansta, Kostka & spol., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), uzavřel dne 29.3.2006 s vybraným uchazečem, sdružením společností

Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Mag. Georg Kapsch, předseda představenstva a Ing. Erwin Toplak, člen představenstva,

Kapsch s. r. o., IČ 45311005, se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Karel Feix a Ing. Pavel Habarta, jednatelé,

Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Dr. Kari Kapsch, předseda představenstva a Dr. Franz Semmernegg, člen představenstva,

Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Ing. Mag. Thomas Schöpf a MBA Bernhard Kerres, členové představenstva,

Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., se sídlem Ke Štvanici 656/3, 186 00 Praha 8, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

Kapsch Telematic Services spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371531, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel a

PVT, a. s., IČ 27074358, se sídlem Kovanecká 30/2124, 190 00 Praha 9, za niž jedná Ing. Jiří Fabián, předseda představenstva a Marian Pijarski, místopředseda představenstva,

ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 23.12.2005 advokátem Mgr. Ing. Danielem Zejdou, se sídlem AK Havel & Holásek s. r. o., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1 (dále jen „dodavatel“),

„smlouvu o dodávce systému výkonového zpoplatnění“ a „smlouvu o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice“ (dále jen „smlouva o dodávce“ a „smlouva o službách“), a to na realizaci předmětu veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“, jenž byla zadána v otevřeném řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“).

2. Dne 8.6.2006 uzavřel zadavatel s dodavatelem dodatek označený jako „návrh provedení změny č. 1“ (dále jen „dodatek č. 1“), kterým došlo ke změně některých ustanovení výše uvedené smlouvy o dodávce a smlouvy o službách. Dne 15.12.2006 zadavatel a dodavatel uzavřeli k oběma předmětným smlouvám rovněž dodatek č. 2.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) se rozhodl prošetřit postup zadavatele při uzavírání dodatku č. 1, a proto si od něj dopisem ze dne 15.11.2006 vyžádal související dokumentaci. Protože po jejím přezkoumání získal pochybnosti o správnosti a zákonnosti postupu zadavatele, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a dodavatele. Oznámení o zahájení správního řízení obdržel první účastník správního řízení dne 22.12.2006 a tímto dnem bylo správní řízení zahájeno.

Napadené rozhodnutí

4. Po posouzení všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 1.3.2007 rozhodnutí č. j. S392/2006-02480/2007/540-RP, kterým konstatoval, že se zadavatel dopustil porušení § 66 odst. 2 zákona, neboť uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1, jehož obsahem byly změny původních smluv, které jsou v rozporu se zadáním a vybranou nabídkou. Tento postup však nemohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Zadavatel dle zjištění Úřadu uzavřením dodatku č. 1 nesplnil rovněž povinnost dle § 25 odst. 1 zákona, neboť obsahem tohoto dodatku je rovněž veřejná zakázka na realizaci tzv. „náhradních řešení“, při jejímž zadání zadavatel nepostupoval podle zákona, přičemž toto pochybení mohlo ovlivnit hodnocení nabídek. Zadavatel však za správní delikt podle ustanovení § 105 odst. 2 zákona neodpovídá, neboť prokázal, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno

požadovat, aby porušení povinností zabránil. Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši paušální částky 1 000,- Kč.

Z odůvodnění napadeného rozhodnutí

Uzavření smlouvy v rozporu se zadáním a nabídkou

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvádí, že v článku 1 dodatku č. 1 byl sjednán závazek dodavatele dokončit etapu I. dodávky systému do 31.12.2006 a dále prodloužení lhůty pro dokončení etapy II. do 30.6.2007. V této souvislosti byla pro etapu I. článkem 1.3. a 1.4 dodatku č. 1 na období od 1.1.2007 do 31.3.2007 snížena minimální povinná účinnost systému stanovená čl. 5.7 obchodních podmínek smlouvy o službách z 95 % na 85 % a změněna pravidla pro odměnu event. nárok na slevu z odměny v závislosti na účinnosti systému (čl. 10.3 obchodních podmínek smlouvy o službách). Obsahem článku 2 dodatku č. 1 je zejména upřesnění výkladu některých pojmů. V článku 2.6 byl dále upřesněn výklad zpoždění při zavádění etapy II. zaviněného na straně orgánů státní správy a samosprávy zakotvené v čl. 8.5 obchodních podmínek smlouvy o dodávce, a to tak, že kromě stavebních povolení byl cit. článek obchodních podmínek rozšířen na jakékoliv pravomocné souhlasy, povolení nebo rozhodnutí. V článku 2.13 dodatku č. 1 byl upraven článek 4.26 obchodních podmínek smlouvy o dodávce týkající se ocenění dodávky rozšíření systému v tom smyslu, že ceny nových prací týkající se případného rozšíření systému zpoplatnění na další pozemní komunikace nemusí odpovídat cenám z nabídky dodavatele podané v původním zadávacím řízení, jak stanovil cit. článek, nýbrž mohou zohlednit vývoj cen shodných dodávek, prací a služeb. V článku 3 dodatku č. 1 se zadavatel s dodavatelem zavázali dohodnout do 30.6.2006 na řešení případné změny nabídkové ceny týkající se nákladů spojených s poplatky za operace s platebními kartami, resp. kartami na pohonné hmoty. K takovým jednáním však poté nedošlo, neboť se zadavatel necítil článkem 3 dodatku č. 1 vázán s odkazem na podpisovou doložku, kde není cit. článek uveden.
6. Úřad dále konstatuje, že smlouva o dodávce předvíдалa v čl. 8.4 písm. a) mechanismus prodloužení lhůty pro realizaci zakázky v případě, že smlouvy nenabudou účinnosti k předpokládanému datu 1.1.2006. Tyto smlouvy nabyly účinnosti dne 29.3.2005, zadavatel však měl zájem na zprovoznění etapy I. v původním termínu. Dodavatel se dodatkem č. 1 zavázal k realizaci etapy I. v původním termínu, přičemž lhůta pro realizaci etapy II. byla prodloužena až do 30.6.2007, tedy ještě o tři měsíce déle než činil nárok dodavatele ze smlouvy o dodávce.
7. Úřad konstatoval, že výše popsané změny smlouvy o dodávce a smlouvy o službách nejsou v souladu s ustanovením § 66 odst. 2 zákona, neboť jsou v rozporu se zadáním a vybranou nabídkou, přičemž je třeba na ně pohlížet tak, jako by ve znění takových změn byla uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky, když plnění zakázky bude fakticky probíhat podle nich.
8. Úřad však dále konstatoval, že se nejedná o změny takového charakteru, které by mohly mít vliv na okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, jelikož se jedná o změny dílčích detailů podmínek plnění. Současně se ani nejedná o takové změny, které by mohly ovlivnit samotný průběh zadávacího řízení, neboť dva ze tří uchazečů byli vyloučeni, předmětné změny se netýkají důvodů vyloučení ani jednoho z nich, a tedy by nemohlo dojít k podstatné změně hodnocení nabídek. Zjištěné pochybení zadavatele

tedy nemohlo podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, a proto nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu podle § 102 odst. 1 zákona.

„Náhradní řešení“

9. Úřad dále konstatuje, že v čl. 2.6 dodatku č. 1 bylo pro realizaci etapy I. sjednáno, že dodavatel v případě neobdržení některého z nutných souhlasů, povolení nebo rozhodnutí, navrhne na nezbytně dlouhou dobu náhradní řešení tak, aby etapa I. mohla být dokončena do 31.12.2006. Jako příklad je v předmětném článku dodatku č. 1 uveden bezdrátový přenos dat z mýtných bran a náhradní energetický zdroj pro zařízení na mýtných branách. Náklady takového náhradního řešení v případě odsouhlasení ponese podle předmětného článku dodatku č. 1 zadavatel. V článku 4.1 dodatku č. 2 bylo náhradní řešení koncipováno tak, že „znamená přechodné napájení technologických zařízení na mýtných branách prostřednictvím dieselových agregátů a datové přenosy technologických zařízení na mýtných branách prostřednictvím technologie umožňující bezdrátový přenos dat do doby výstavby pevných elektrických a datových přípojek technologických zařízení na mýtných branách v rozsahu etapy I. Náhradní řešení jsou pořizována, provozována a odstraňována na náklady a odpovědnost dodavatele“.
10. Dle zjištění Úřadu je náhradní řešení sjednané dodatkem č. 1 plněním, které nebylo sjednáno smlouvou o dodávkách ani smlouvou o službách. Takové plnění představuje novou zakázku, avšak zadavatel na realizaci náhradního řešení uzavřel smlouvu přímo s dodavatelem, aniž by při tom postupoval podle zákona. Zadavatel tedy nesplnil povinnost stanovenou v § 25 odst. 1 zákona. Úřad současně konstatuje, že dodávku náhradního energetického zdroje včetně instalace a služby spočívající v bezdrátovém přenosu dat nepovažuje z technického hlediska za natolik specifické, že by v nich bylo možné spatřovat důvod pro použití jednacního řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 27 zákona. Vzhledem k tomu, že dodatkem č. 2 přenesl zadavatel náklady související s pořízením náhradního řešení na dodavatele, pozbývá tak realizace náhradního řešení prvek úplatnosti, a tedy nemůže být považována za veřejnou zakázku. Zadavatel tak zvrátil výše popsanou nezákonnost, a proto za výše popsaný správní delikt neodpovídá, neboť dle názoru Úřadu vynaložil ve smyslu § 105 odst. 2 zákona veškeré úsilí, jež bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránil.

II. Námitky rozkladu

11. Proti uvedenému rozhodnutí Úřadu podal dodavatel dne 22.3.2007 rozklad.

Námitka nicotnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek pravomoci k zahájení správního řízení

12. Dodavatel namítá, že napadené rozhodnutí je nicotné, neboť je dána překážka absolutního nedostatku pravomoci k zahájení řízení. Pravomoc Úřadu v oblasti dohledu nad dodržováním zákona je limitována ustanoveními tohoto zákona, jakož i ústavními kautelami a principy. V této souvislosti zmiňuje dodavatel zásadu „enumerativnosti státních pretenzí“, tedy zásadu, podle níž státní moc lze uplatňovat jen v případech, v mezích a způsoby, které stanoví zákon. Pravomoc Úřadu zahájit správní řízení je dána ustanovením § 94 odst. 2 zákona, podle jehož písm. b) Úřad „rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem“ a dle písm. d) Úřad „kontroluje úkony zadavatele při zadávání veřejných zakázek podle zvláštního

právního předpisu. Pravomoc Úřadu je tedy dána pouze tehdy, jde-li v dané věci o postupy či úkony při zadání veřejné zakázky, přičemž z definice § 17 odst. e) zákona dodavatel dovozuje, že zadáním veřejné zakázky se rozumí rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky. Úřad tedy dle názoru dodavatele nemá pravomoc zahájit řízení o jakémkoli úkonu, který následoval až po zadání veřejné zakázky, tedy po rozhodnutí o jejím přidělení. V daném případě tedy Úřad dle názoru dodavatele zahájil správní řízení o věci, která mu nepřísluší, respektive není k jejímu řešení pravomocný, neboť uzavření dodatku č. 1, stejně jako uzavření samotné smlouvy s vítězným uchazečem, není a nemůže být dle názoru dodavatele úkonem učiněným při zadání veřejné zakázky. Závěr, že zadání či zadávání veřejné zakázky není totožné s uzavřením smlouvy, činí dodavatel rovněž z textu § 101 odst. 1 zákona „jestliže orgán dohledu shledá před uzavřením smlouvy, že zadavatel svým úkonem učiněným při zadání veřejné zakázky...“, které oběma skutečnostem dle názoru dodavatele přisuzuje odlišné časové okamžiky.

Námítka nicotnosti pro nedostatek pravomoci Úřadu k vydání rozhodnutí

13. Jako další důvod nicotnosti napadeného rozhodnutí označuje dodavatel nedostatek pravomoci Úřadu k vydání rozhodnutí. Dodavatel z textu § 101 odst. 2 zákona v kontextu z ustanovením § 101 odst. 5 zákona dovozuje, že pro rozhodnutí Úřadu vydávané podle § 101 odst. 2 zákona musí být kumulativně dány dvě podmínky, a to podmínka, že musí jít o úkon zadavatele při zadávání veřejné zakázky, tj. při rozhodování o jejím přidělení podle § 17 odst. e) zákona a zároveň i podmínka, že tento úkon podstatně ovlivnil nebo mohl podstatně ovlivnit pořadí úspěšnosti nabídek. V daném případě nešlo o úkon zadavatele při zadávání veřejných zakázek (jak dovozuje dodavatel v předchozí námitce) a současně sám Úřad konstatoval, že nemohlo dojít k ovlivnění pořadí nabídek. Z důvodu nesplnění první z uvedených podmínek nemohl Úřad dle zadavatele učinit žádný z obou napadených výroků a výrok I. nemohl učinit ani z důvodu nesplnění druhé z výše uvedených podmínek, neboť pokud zjištěným pochybením nemohlo dojít k ovlivnění pořadí nabídek, neměl Úřad pravomoc rozhodovat podle § 101 odst. 2 zákona, nýbrž měl řízení zastavit podle ustanovení § 101 odst. 5 zákona. Vzhledem k tomu, že zákon nestanoví, jaké může Úřad vydat rozhodnutí, jestliže shledá porušení zákona, avšak nebylo a nemohlo být dotčeno pořadí nabídek, měl Úřad řízení zastavit, neboť na sebe nemůže atrahovat pravomoc, která mu ze zákona zcela výslovně nepřísluší.

Tvrzená nepřípustnost tzv. souhrnných zjištění; nepřezkoumatelnost rozhodnutí

14. Z důvodů opatrnosti dodavatel dále uvádí argumentaci k jiným namítaným procesním vydáním vedeného správního řízení. Prvním z nich je argument, že Úřad v napadeném rozhodnutí činí „souhrnná“ zjištění, když shrnuje ty aspekty návrhu, které považuje za relevantní, aby posléze souhrnně konstatoval, že tyto změny smlouvy o dodávce a o službách nejsou v souladu s § 66 odst. 2 zákona, aniž by dle názoru dodavatele bylo patrné, co z jednotlivých skutečností vyvozuje po právní stránce (tedy jaká jednotlivá porušení zákona každý jednotlivý aspekt mohl či měl mít za následek), což dle názoru dodavatele činí napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné a v této souvislosti odkazuje dodavatel na § 68 správního řádu. K problematice nepřezkoumatelnosti rozhodnutí správních orgánů cituje dodavatel rovněž z judikatury Nejvyššího správního soudu.

15. Za nepřekoumatelné označuje dodavatel rovněž zjištění Úřadu, že ve správním řízení nebyly prokázány podmínky pro použití jednacního řízení bez uveřejnění při zadání veřejné zakázky na realizaci „náhradního řešení“. Úřad zde dle názoru dodavatele z nedostatku skutkového zjištění (neprokázání určitého stavu) vyvodil bez dalšího nezákonný postup zadavatele. Toto označuje dodavatel za flagrantně nesprávný a nezákonný postup, zvláště s přihlédnutím k tomu, že veškeré okolnosti, jež zadavatele vedly k uvedeným „náhradním řešením“ dle názoru dodavatele zcela jednoznačně svědčí pro naplnění podmínek uvedených v § 27 odst. 3 zákona, tedy pro uskutečnění jednacního řízení bez uveřejnění.

Námítka nedostatečně zjištěného skutkového stavu

16. Námítku nedostatečně zjištěného skutkového stavu věci dodavatel vztahuje k tomu, že Úřad neprovedl důkazy navrhované dodavatelem v jeho podání ze dne 26.2.2007, a to důkaz vyjádřením či výsledkem svědků – osob, které se na straně zadavatele podílely na sjednání dodatku č. 1 a které tak mohly osvětlit řadu skutečností rozhodných pro případné posouzení jednání zadavatele, které bylo předmětem správního řízení. Úřad neprovedl ani důkaz relevantními listinami, které mohly mít vliv na výsledek řízení. Za tyto listiny dodavatel označuje podkladové materiály (technické zprávy a podklady, zápisy z jednání apod.), které vznikaly v rozmezí 3 měsíců během jednání o uzavření dodatku č. 1. Nedostatečně zjištění skutkového stavu je dle názoru dodavatele i důvodem nesprávného právního posouzení věci, jak dodavatel rozvádí v další části rozkladu.

Námítka nesprávného právního posouzení věci a další tvrzené důvody nezákonnosti napadeného rozhodnutí

17. K Úřadem zjištěnému nesouladu postupu zadavatele s ustanovením § 66 odst. 2 zákona dodavatel rekapituluje, že dle názoru Úřadu tedy toto ustanovení, které upravuje postup zadavatele při uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, nejsou-li podány námitky, dopadá rovněž na případ uzavření dodatku č. 1. Dále pak dle názoru dodavatele učinil Úřad závěr, že každá změna smlouvy dodatkem či jiným postupem stran představuje novou a samostatnou smlouvu na plnění veřejné zakázky. S takto rekapitulovanými závěry Úřadu pak dodavatel nesouhlasí, neboť dle jeho přesvědčení se ustanovení § 66 odst. 2 zákona vztahuje výlučně na proces uzavření smlouvy s vybraným uchazečem a nelze jej analogicky rozšiřovat na jakýkoli další úkon, který se dané smlouvy týká. Dovedeno do důsledků by se pak toto ustanovení mělo vztahovat rovněž na případnou dohodu zadavatele a dodavatele o ukončení této smlouvy, což je výklad zcela nepřipadný. Závěr Úřadu by dle názoru dodavatele znamenal, že každý dodatek jakékoli smlouvy uzavřené dle zákona představuje vždy takovéto porušení, neboť každá změna z definice odporuje do určité míry původnímu znění smlouvy. Dodavatel konstatuje, že Úřad dosud nikdy nerozhodl tak, že sjednání dodatku ke smlouvě je samo o sobě vždy porušením zákona.
18. Dodavatel dále uvádí, že změnový režim, na jehož základě došlo k uzavření dodatku č. 1, obsahovaly již původní smlouvy o dodávce a o službách (konkrétně dodavatel poukazuje na článek 13 smlouvy o dodávce), a tedy byl součástí dané zadávací dokumentace, což je dle názoru dodavatele rozhodné pro závěr, že zde o žádný rozpor se zadáním a vybranou nabídkou nešlo a ani jít nemohlo. Příslušné smluvní podmínky vycházely zcela evidentně z mezinárodně uznávaných a v praxi často používaných

standardních obchodních podmínek vypracovaných nezávislou mezinárodní organizací FIDIS. Dodavatel rovněž uvádí, že jej zadavatel sám vyzval k postupu podle toho režimu. Tento režim pak byl součástí původní smluvní dokumentace proto, že zadavatel správně předvídal určité překážky při plnění smlouvy, a to jak právní (námitky, rozklady, další opravné prostředky a žaloby neúspěšných uchazečů, změny právních předpisů, součinnost orgánů státní správy, atd.), tak i faktické (klimatické a povětrnostní vlivy, přírodní překážky geologické a hydrogeologické či nálezy dříve nezjištěných podzemních staveb a inženýrských sítí, nezahrnutí některých položek nebo dodávek zadavatelem do projektové dokumentace, technologický vývoj v období od přípravy veřejné zakázky do ukončení realizace odůvodňující změny materiálů či komponent dodávky), přičemž s ohledem na objem a rozsah veřejné zakázky není pro dodavatele překvapivé, že drtivá většina těchto příkladmo uvedených překážek také nastala. Právní názor Úřadu ohledně nezákonnosti předmětného dodatku vede dle názoru dodavatele k závěru, podle něhož by v případě jakékoliv obdobné překážky bylo nutno smluvní vztah ukončit a zadávací řízení zahájit znovu, což nemůže z pohledu logického myšlení a účelu právních předpisů dle názoru dodavatele obstát, neboť v zásadě veškeré velké stavební zakázky by byly prováděny v rozporu se zákonem. Ke změnám původní smlouvy v průběhu výstavby z důvodů tzv. víceprací nebo méněprací totiž dle tvrzení dodavatele dochází v praxi u staveb většího rozsahu vždy. Dodavatel v této souvislosti poukazuje na mimořádný charakter šetřené veřejné zakázky, kvůli kterému nelze plnění této zakázky posuzovat jen ve vztahu k původnímu záměru zadavatele, který se promítl do zadávací dokumentace. Skutečnost, že se Úřad těmito aspekty dle názoru dodavatele nezabýval, přispívá k celkovému pochybnému vyznění napadeného rozhodnutí, založeného na nesprávném právním posouzení věci.

19. Dodavatel následně zmiňuje další okolnosti, které dle jeho názoru nezbytně vyžadovaly uzavření dodatku č. 1 z důvodu ochrany zájmů státu i zadavatele jako jeho orgánu, neboť neuzavřením dodatku by na straně zadavatele i dodavatele došlo z objektivních důvodů ke značným ztrátám a škodám. V této souvislosti dodavatel připomíná povinnost zadavatele podle zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o majetku ČR“), postupovat tak, aby nedocházelo ke škodám a případně, aby tyto škody byly co možná nejvíce minimalizovány.
20. Těmito okolnostmi byla především potřeba zadavatele zahájit provoz etapy I systému 1.1.2007, ačkoliv pokud by dodavatel trval na svém nároku z uzavřené smlouvy, ke kterému byl plně oprávněn, mohl být systém pro etapu I spuštěn nejdříve 1.4.2007, což by činilo pro stát ztrátu nejméně 1 mld. Kč, tedy částku vybranou na základě provozu systému do dne tohoto podání. Dodavatel poukazuje na to, že v soukromoprávních vztazích (a za takový vztah dodavatel označuje i předmětnou smlouvu) je běžné, že zhoršení podmínek jedné smluvní strany reflektuje jistá kompenzace poskytnutá druhou stranou. Dle názoru dodavatele tedy nelze vytrhnout ze souvislostí pouze ústupky ze strany zadavatele kompenzující ztížené postavení dodavatele při předčasném plnění zakázky, které je pro zadavatele ve výsledku značně výhodné a zásadním způsobem na něm profituje. V této souvislosti vyjadřuje navrhovatel pochybnost, zda postupem Úřadu nedochází k nezákonné a zcela bezprecedentní snaze státu, coby kontrolního orgánu, zlepšit či posílit pozici státu v rámci soukromoprávního vztahu se soukromým zahraničním dodavatelem, a tedy zda je důsledně rozlišena dvojí role státu v dané věci, tedy role soukromoprávního subjektu při uzavírání smlouvy na plnění zakázky, a role kontrolního orgánu, který má dohlížet na soulad postupu zadavatele při zadávání veřejné

zakázky. Pokud by napadené rozhodnutí nabylo právní moci, došlo by dle vyjádření dodavatele na jeho straně k zásadnímu porušení právní jistoty v právních vztazích mezi zadavatelem a dodavatelem, resp. velkému množství jeho subdodavatelů a s tím by byla spojená hrozba naprosto nedozírných škod na jejich straně, u kterých by šlo nepochybně o odpovědnost státu, tedy České republiky.

21. Vzhledem ke všemu výše uvedenému dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí ve výrocích I. a II. zrušil a správní řízení zastavil. Výrok III. není tímto rozkladem napadán, neboť pro dodavatele nemá význam, avšak s přihlédnutím k jeho akcesorické povaze má dodavatel za to, že by bylo na místě jej rovněž zrušit.

Podnět k prohlášení nicotnosti

22. Dne 30.3.2007 doručil dodavatel Úřadu podání označené jako „Podnět k prohlášení nicotnosti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 1. března 2007, č. j.: 392/2006-21894/2007/540-RP podle § 78 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu“. Přestože v označení tohoto podání dodavatel nesprávně cituje č. j. „Oznámení o zahájení správního řízení“ ze dne 18.12.2006, podle obsahu toto podání jednoznačně směřuje proti napadenému rozhodnutí. Dodavatel v něm doslovně opakuje svou argumentaci z rozkladu, týkající se jím namítané nicotnosti napadeného rozhodnutí z důvodu nedostatku věcné příslušnosti Úřadu a navrhuje, aby předseda Úřadu jakožto správní orgán nadřízený správnímu orgánu, který napadené rozhodnutí vydal, prohlásil napadené rozhodnutí v souladu s § 77 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) za nicotné.

III. Řízení o rozkladu

Vyjádření zadavatele

23. Dne 2.4.2007 se k podanému rozkladu vyjádřil zadavatel a uvádí, že podle § 10 odst. 1 zákona je zadavatel při zadání veřejné zakázky povinen postupovat některým ze stanovených zadávacích řízení. Vzhledem k tomu, že dodatek č. 1 obsahoval ujednání, kterými dochází nebo by mohlo dojít k překročení původní nabídkové ceny (realizace tzv. náhradních řešení), měl zadavatel postupovat podle zákona a pokud tak neučinil, mohlo dojít k porušení zákona. A contrario pak zadavatel dovozuje, že pokud by Úřad nebyl oprávněn přezkoumávat uzavírání smluv, které podléhají režimu zákona, docházelo by k absurdním situacím, kdy by zadavatelé bez rizika sankce ze strany zadavatele uzavírali smlouvy na dodávky, služby či stavební práce bez předchozího zadávacího řízení podle zákona, které by se stalo v zásadě dobrovolným postupem a pakliže by jej zadavatel zvolil, byl by nucen jej striktně dodržovat pod hrozbou sankce. Takový závěr označuje zadavatel za nelogický a nepřípustný a konstatuje, že pravomoc Úřadu zahájit ve věci správní řízení podle § 94 zákona je nepochybně dána.
24. Pravomoc Úřadu vydat napadené rozhodnutí, kterou navrhopatel rovněž zpochybňuje, pak je dle názoru zadavatele dána ustanovením § 94 odst. 2 písm. b) zákona, podle kterého Úřad „rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu s tímto zákonem“, což Úřad učinil. Ustanovení § 101 odst. 2 zákona označuje zadavatel za speciální ustanovení, které dopadá právě jen na ta porušení zákona, která podstatně ovlivňují nebo mohou ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, kdy může Úřad rovněž uložit zákaz plnění ze smlouvy či pokutu. Pokud však k podstatnému

- ovlivnění pořadí nabídek nedošlo, Úřad dle názoru zadavatele může (a musí) alespoň vyslovit shledané porušení zákona. Takový výrok má dle tvrzení zadavatele závažný dopad na právní postavení zadavatele a dodavatele, neboť je významným právním vodítkem pro posouzení platnosti smlouvy na plnění veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 39 občanského zákoníku.
25. K navrhovatelem namítaným „souhrnným zjištěním“, která mají podle dodavatele činit napadené rozhodnutí nepřezkoumatelným, zadavatel uvádí, že Úřad v rozhodnutí popsal ta ustanovení dodatku č. 1, která vyhodnotil jako nepřijatelnou změnu podmínek původního zadávacího řízení. Úřad správně nehodnotil závažnost porušení zákona v případě jednotlivých dotčených smluvních ujednání, což by bylo na místě činit pouze v případě, že by Úřad shledal, že porušení zákona podstatně ovlivnilo či mohlo ovlivnit pořadí nabídek.
26. Zadavatel se ztotožňuje se způsobem, kterým se Úřad vypořádal s důvody, pro které neprovedl žádný s dodavatelem navrhovaných důkazů a Úřadem zjištěný skutkový stav je tak dostatečný pro kvalifikované rozhodnutí.
27. K namítanému nesprávnému právnímu posouzení věci zadavatel uvádí, že podle jeho názoru se na uzavírání dodatků k původní smlouvě na plnění veřejné zakázky vztahuje ustanovení § 66 odst. 2 zákona v případě, že by mělo dojít k porušení závazných zadávacích podmínek, na základě kterých byla uzavřena původní smlouva, a nebo pokud by mělo dojít k porušení původní nabídky uchazeče, a to zvláště takové podmínek, které mají za následek překročení nabídkové ceny. Zadavatel uvádí, že ke smlouvě o dodávce i ke smlouvě o službách byly přiloženy obchodní podmínky, které byly určeny jako minimální a podle článku 8. 1. zadávací dokumentace je možno se od nich odchýlit pouze způsobem pro zadavatele jednoznačně výhodnějším. Pokud Úřad shledal určitá ustanovení dodatku č. 1 v rozporu se zadávací dokumentací, tedy jako změny závazných obchodních podmínek, které nebyly jednoznačně výhodnější pro zadavatele, pak byl dle názoru zadavatele oprávněn konstatovat jejich rozpor s ustanovením § 66 odst. 2 zákona.
28. K odkazu na zákon o majetku ČR zadavatel uvádí, že uzavřením dodatku č. 1 mohlo dojít ke zhoršení právního postavení zadavatele a současně ke stanovení povinnosti zadavatele hradit náklady na náhradní zdroje elektrické energie u mýtných bran. Z tohoto pohledu se dle názoru zadavatele jeví jako velmi sporné, které řešení je v souladu se zásadou hospodárnosti, kterou zadavateli ukládá zákon o majetku ČR.
29. S argumentací dodavatele ohledně odvracení hrozící škody, pokud by nebyl dodatek č. 1 uzavřen, se zadavatel neztotožňuje a uvádí, že smluvní vztahy, v nichž vystupuje na jedné straně zadavatel veřejných zakázek vynakládající prostředky z veřejných rozpočtů, jsou regulovány zákonem, který smluvní volnost zadavatele zásadním způsobem omezuje. Zákon nekalkuluje a ani nemůže kalkulovat s případnou věcnou kompenzací vzájemných nároků formou vzájemných ústupků, neboť preferuje zájem na transparentnosti zadání a průběhu veřejné zakázky a preferuje transparentnost a jednoznačnost postupu zadavatele před zájmem na flexibilním řešení problémů vznikajících v průběhu plnění veřejné zakázky i před dodatečnými ekonomickými zájmy zadavatele. Úřad proto dle názoru zadavatele správně neposuzoval věcný kompromis zadavatele a dodavatele, ale hodnotil pouze tu změnu, která byla pro zadavatele nevýhodná, a tedy v rozporu s ustanovením § 66 odst. 2 zákona. Zadavatel výrok

napadeného rozhodnutí nechápe jako „nadržování“ a podotýká, že pokud by výlučně zásluhou zadavatele nedošlo k uzavření dodatku č. 2 a tím ke zrušení nejzávažnějších smluvních ujednání obsažených v dodatku č. 1, nepochybně by Úřad přistoupil k uložení sankce vůči zadavateli. Z hlediska Úřadu je pak dle názoru zadavatele rovněž nerozhodné, zda v důsledku postupu Úřadu dojde ke vzniku škod na majetku dodavatele, neboť v jeho pravomoci je výlučně posuzování souladu postupu zadavatele se zákonem.

Stanovisko předsedy Úřadu

30. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
31. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 1.3.2007 č. j. S392/2006-02480/2007/540-RP konstatoval v postupu zadavatele výše uvedená porušení zákona, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

IV. K námitkám rozkladu

Námitka nicotnosti napadeného rozhodnutí pro nedostatek pravomoci k zahájení správního řízení

32. Dodavatel dovozuje nicotnost napadeného rozhodnutí z tvrzeného nedostatku pravomoci Úřadu k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání postupu zadavatele při uzavření dodatku č. 1. K tomu uvádím, že pravomoc Úřadu přezkoumat veškeré úkony zadavatele související se zadáním veřejné zakázky, tedy s procesem, který počíná uveřejněním zadání veřejné zakázky na centrální adrese a končí uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, vyplývá především z ustanovení § 94 odst. 1 zákona, podle kterého Úřad při výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona „přezkoumává zákonnost úkonů zadavatele“. V tomto smyslu tedy Úřad byl příslušný a pravomocný k zahájení předmětného správního řízení, a proto nelze hovořit o nicotnosti rozhodnutí, které v tomto řádně vedeném správním řízení v rámci své pravomoci vydal.
33. Pokud bychom chtěli vycházet z interpretace ustanovení § 94 odst. 2 písm. b) zákona, kterou podává dodavatel, a podle které je Úřad oprávněn přezkoumávat pouze úkony zadavatele do okamžiku rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky podle § 65 odst. 2 zákona, pak dovedením této interpretace ad absurdum by bylo možno dojít k závěru, že vzhledem k tomu, že ustanovení § 94 odst. 2 písm. b) zákona umožňuje Úřadu přezkoumávat zákonnost postupu zadavatele „při“ zadání veřejné zakázky, je Úřad oprávněn přezkoumávat pouze a jenom rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky a nesmí přezkoumávat žádné jiné úkony zadavatele nejen po, ale ani před tímto rozhodnutím. Takový závěr je však zjevně nesmyslný a interpretace zákona podávaná dodavatelem je nesprávná.
34. Vzhledem k výše uvedenému je zřejmé, že termín „zadání veřejné zakázky“ použitý v § 94 odst. 2 písm. b) zákona nelze zužovat ve smyslu § 17 písm. e) zákona pouze a

jenom na rozhodnutí zadavatele o přidělení veřejné zakázky podle § 65 odst. 2 zákona. Zadavatel je povinen řídit se ustanovením zákona i při uzavírání smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, tedy ve fázi po rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, a Úřad je pravomocný přezkoumat soulad postupu zadavatele se zákonem i v tomto případě.

35. Současně je nutno zdůraznit, že pravomoc Úřadu přezkoumávat úkony zadavatele v průběhu zadávacího procesu, tedy do okamžiku uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, nelze chápat a vnímat pouze ve smyslu časové souslednosti jednotlivých kroků zadavatele, ale je třeba chápat je funkčně. Pokud tedy nějaký úkon smluvních stran (zadavatele a vybraného uchazeče), který je učiněn po uzavření této smlouvy, ale svými právními účinky mění obsah právních úkonů zadavatele, které spadají do působnosti zákona, a tedy právní poměry stran tzv. „vrací v čase“ do okamžiku před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky (jako například uzavřením dodatku ke smlouvě, který mění některou z podstatných částí této smlouvy), pak je bezpochyby dána pravomoc Úřadu takový dodatečný úkon zadavatele a dodavatele přezkoumat z pohledu jeho souladu se zákonem, konkrétně s ustanovením § 66 odst. 2 zákona. Opačný výklad by byl obcházením účelu zákona, neboť strany smlouvy by mohly učinit veškeré úkony v rámci zadávacího řízení řádně a v souladu se zákonem, a po uzavření smlouvy tuto dodatkem změnit bez jakékoliv vázanosti zadávacími podmínkami. Pokud totiž zákon akcentuje transparentní a nediskriminační stanovení podmínek zadání veřejné zakázky, činí tak bezpochyby nejen proto, aby v souladu s těmito pravidly byla uzavřena smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky, ale především proto, aby v souladu s těmito pravidly byla veřejná zakázka následně fakticky realizována. Nelze se proto dovolávat absolutní smluvní svobody stran soukromoprávního aktu – smlouvy, neboť tato smluvní svoboda je modifikována povinností zadavatele realizovat veřejnou zakázku v souladu se zákonem.
36. Dodavatelem činěné závěry by tedy byly ve zjevném rozporu se smyslem zákona a úmyslem zákonodárce, který v zákoně stanovil závazná pravidla pro celý průběh zadávacího procesu a Úřad jako orgán dohledu ve smyslu § 94 odst. 1 zákona má povinnost toto úplné a bezvýhradné dodržování zákona garantovat v plném rozsahu. Námitka nicotnosti napadeného rozhodnutí z důvodu nedostatku pravomoci Úřadu vést ve věci správní řízení je proto bezpředmětná.

K námitce nicotnosti pro nedostatek pravomoci Úřadu k vydání rozhodnutí

37. Dodavatel dovozuje nicotnost napadeného rozhodnutí rovněž z toho, že v ustanovení § 101 zákona není výslovně upraveno, jakým způsobem má Úřad rozhodnout, pokud po uzavření smlouvy shledá, že zadavatel úkonem učiněným při zadání veřejné zakázky nesplnil povinnost nebo porušil zákaz stanovený tímto zákonem, a přitom tento úkon podstatně neovlivnil či nemohl podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, jak tomu bylo v šetřeném případě. Úřad tedy dle názoru dodavatele neměl pravomoc konstatovat v postupu zadavatele porušení zákona, které nemělo vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek.
38. K tomu uvádím, že jak již bylo vyloženo výše, úkony zadavatele a dodavatele při uzavírání dodatku č. 1 je nutno považovat za úkony učiněné během zadávacího řízení a je tedy dána pravomoc Úřadu jako orgánu dohledu tyto úkony přezkoumat v rámci výkonu dohledu nad dodržováním tohoto zákona, který Úřadu svěřuje ustanovení § 94

odst. 1 zákona. Ustanovení § 94 odst. 2 písm. b) zákona pak říká, že Úřad „rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem“. Úřad tedy v rámci dohledové činnosti je oprávněn přezkoumávat úkony zadavatele a „rozhodovat“, tedy vydávat rozhodnutí, zda postup zadavatele je v souladu se zákonem. Toto ustanovení tak zcela logicky umožňuje Úřadu zakončit řízení, ve kterém zjišťuje a ověřuje zákonnost postupu zadavatele, aktem, ve kterém tato svá zjištění prezentuje, tedy správním rozhodnutím. Ustanovení § 94 odst. 2 písm. b) zákona tedy stanovuje obecnou pravomoc Úřadu rozhodovat o zákonnosti úkonů zadavatele.

39. Ustanovení § 101 zákona pak upravuje speciální formy této obecné pravomoci Úřadu rozhodovat o zákonnosti úkonů zadavatele a umožňuje Úřadu za splnění tam uvedených zákonných předpokladů nejen rozhodnout o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem (v intencích § 94 odst. 2 písm. b) zákona), ale pokud Úřad zjistil v postupu zadavatele nezákonnost určité zákonem stanovené intenzity (tedy takovou, která podstatně ovlivnila či mohla podstatně ovlivnit stanovení pořadí úspěšnosti nabídek či hodnocení nabídek), je oprávněn vedle výše uvedeného deklaratorního rozhodnutí rovněž přímo zasáhnout do právních poměrů účastníků zadávacího řízení a uložit opatření k nápravě, případně vyslovit zákaz plnění ze smlouvy či uložit pokutu. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě Úřadem zjištěné nezákonnosti nedosáhly intenzity, kterou předpokládá ustanovení § 101 zákona, Úřad nebyl oprávněn uložit jakékoliv opatření k nápravě, či sankci, a proto pouze konstatoval zjištěnou nezákonnost v postupu zadavatele.
40. V této souvislosti rovněž uvádím, že Úřad v žádném případě nemohl postupovat podle § 101 odst. 5 zákona a zastavit správní řízení, jak navrhuje dodavatel, neboť podle tohoto ustanovení zákona je Úřad oprávněn postupovat pouze tehdy, neshledá-li porušení zákona. Tato podmínka však v šetřeném případě nebyla naplněna, a proto Úřad postupoval jak je výše popsáno a zdůvodněno.

Tvrzená nepřípustnost tzv. souhrnných zjištění; nepřezkoumatelnost rozhodnutí

41. Dodavatel spatřuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí v tom, že Úřad dle jeho názoru v napadeném rozhodnutí nepřípustným způsobem užil tzv. souhrnná zjištění.
42. K tomu uvádím, že argumentace dodavatele je v tomto bodě naprosto nedůvodná a pojmově vyloučená. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje pouze jedno jediné zjištění, a to, že zadavatel v rozporu se zadáním a nabídkou dodavatele změnil původní smlouvu o dodávce a smlouvu o službách. Tímto jediným úkonem se zadavatel dopustil porušení povinnosti dle § 66 odst. 1 zákona. Úřad pak konkrétně a přehledně vyjmenovává ty pasáže smluvních dokumentů, které byly změněny a cituje ustanovení zadávací dokumentace, případně nabídky dodavatele, se kterými jsou učiněné změny v rozporu.
43. Dodavatel ve svém rozkladu mylně označuje tento výčet jednotlivých změn jako „souhrnná zjištění“, každou jednotlivou změnu považuje za jednotlivé porušení zákona a postrádá a požaduje v odůvodnění napadeného rozhodnutí „právní hodnocení“ této každé jednotlivé změny, tedy hodnocení, jaký mohla tato každá jednotlivá změna mít následek. Takový požadavek dodavatele je však nedůvodný. Úřad především konstatoval v postupu zadavatele pouze jediné porušení povinnosti dle § 66 odst. 1 zákona, a tedy nelze hovořit o několika porušeních, a tedy ani o několika zjištěních.

Charakter těchto změn posuzoval Úřad pouze do té míry, aby ověřil, zda mohly mít vliv na stanovení pořadí úspěšnosti nabídek (tedy zda-li se dotýkaly kvalifikačních podmínek, jak bude rozvedeno dále) a jakmile zjistil, že nikoliv, již se dále dopady těchto změn nezabýval, protože to není pro konstatované porušení zákona podstatné.

44. Zadavatel je dle § 66 odst. 2 zákona povinen uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky „v souladu se zadáním a vybranou nabídkou“. Pokud se tedy při uzavírání smlouvy od zadání a vybrané nabídky jakkoli odchýlí, dopouští se porušení citovaného ustanovení zákona, a je zcela lhostejné, zda se odchýlil v jednom bodě a nebo v několika bodech. Stejně tak je zcela nerozhodné, jaké tyto změny měly následky (za předpokladu, že nezakládají důvod pro uložení opatření k nápravě podle § 101 zákona), tedy je nerozhodné, zda je těmito změnami zvýhodněn zadavatel nebo dodavatel, případně jaké jiné právní a faktické následky tyto změny mají, neboť zákon v ustanovení § 66 odst. 2 následky těchto změn neřeší. Proto pokud se dodavatel dožaduje podobného hodnocení v odůvodnění napadeného rozhodnutí, jeho požadavek nevyplývá z ustanovení zákona. Tvrzení dodavatele o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu nepřípustných „souhrnných zjištění“ je tak zcela bezpředmětné.
45. Dodavatel dovozuje nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí rovněž ze závěru Úřadu, že ve správním řízení nebyly prokázány podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění podle § 27 odst. 3 zákona při zadání veřejné zakázky na realizaci „náhradního řešení“ a tvrdí, že Úřad takto z nedostatku skutkového zjištění vyvodil bez dalšího nezákonný postup zadavatele. K tomu uvádím, že je nepochybné, že zadavatel při zadání realizace „náhradního řešení“ nepostupoval žádným ze zadávacích řízení, a tedy ani podle § 27 odst. 3 zákona, když neučinil písemnou výzvu ve smyslu § 45 zákona ani žádný jiný úkon, předpokládaný zákonem při tomto způsobu zadávacímho řízení. Tímto se jednoznačně dopustil porušení povinnosti dle § 25 odst. 1 zákona. Pokud by Úřad v rámci správního řízení i zjistil, že případně byly splněny podmínky pro použití tohoto zadávacímho řízení, pak by toto zjištění mohlo mít vliv pouze při rozhodování Úřadu o výši případné sankce, avšak nemělo by žádný vliv na závěry Úřadu ohledně porušení zákona. Protože však Úřad v šetřeném případě vůbec nepřistoupil k uložení pokuty, a to z jiných důvodů, nemělo zjišťování případné polehčující okolnosti smysl a Úřad pouze pro úplnost konstatoval, že se možnost použití postupu podle § 27 odst. 3 zákona neprokázala. Toto konstatování napadeného rozhodnutí však nemá žádný vliv na právní posouzení případu, když zjištění či nezjištění této skutečnosti by tak jako tak nebylo podkladem pro rozhodnutí Úřadu ve smyslu § 50 správního řádu, a proto námitka nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí je v této souvislosti zcela bezpředmětná.

K námitce nedostatečně zjištěného skutkového stavu

46. Úřad dle názoru dodavatele nedostatečně zjistil skutkový stav, když si neopatřil důkazy, které by objasnily průběh jednání mezi zadavatelem a dodavatelem při uzavírání dodatku č. 1, tedy především výslechy svědků – zaměstnanců zadavatele a dále technické zprávy a podklady, či zápisy z jednání, které byly v té době pořizeny.
47. K této námitce uvádím, že za dodržování zákona při zadání veřejných zakázek je odpovědný pouze zadavatel, přičemž jeho odpovědnost je objektivní, a tudíž se z ní nemůže liberovat poukazem na subjektivní důvody a pohnutky své, a nebo svých smluvních partnerů, které jej k porušení zákonné povinnosti vedly. Z uvedeného důvodu

je proto pro vedené správní řízení nedůvodné provádět důkazy, které by tyto subjektivní okolnosti na straně zadavatele či dodavatele objasnily. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když dodavatelem navrhované a výše popsané důkazy neprováděl, přičemž toto své rozhodnutí dostatečným způsobem odůvodnil, když uvedl, že „...motivace zadavatele jednak nebyla v šetřeném případě rozhodující pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele a jednak dále tato motivace vyplývá i z podkladů zjištěných ve správním řízení...“. Námitka nedostatečně zjištěného skutkového stavu je tedy nedůvodná, neboť dodavatelem navrhované důkazy by nepřinesly žádné nové skutečnosti, rozhodné pro právní posouzení věci, a tedy by nemohly být součástí podkladů pro rozhodnutí Úřadu ve smyslu § 50 správního řádu.

K námitce nesprávného právního posouzení věci

48. Dodavatel nesouhlasí s právním názorem, který je dle jeho přesvědčení obsažen v napadeném rozhodnutí a podle kterého je každý dodatek novou smlouvou a Úřad je oprávněn jej přezkoumat ohledně jeho souladu s § 66 odst. 2 zákona. Dále dodavatel konstatuje, že Úřad dosud nikdy nerozhodl tak, že uzavření dodatku ke smlouvě je samo o sobě vždy porušením zákona.
49. K argumentaci dodavatele uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí neříká, že každý dodatek ke smlouvě je novou smlouvou, ostatně takový názor by nebyl právně obhajitelný. Úřad vnímá dodatky k smlouvě v souladu s obecnou právní teorií jako dodatečnou dohodu smluvních stran, kterou se mění původní smluvní vztah a ten je nutno nadále interpretovat pouze ve znění předmětného dodatku. Pokud je tedy dodatkem změněn obsah původně uzavřené smlouvy, je nutno na ni od okamžiku podpisu dodatku nahlížet ohledně jejího působení do budoucna tak, jakoby od počátku byla uzavřena ve znění modifikovaném dodatkem. Uzavřením dodatku se tak proces realizace veřejné zakázky vrací do okamžiku před uzavřením smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, a je proto třeba znovu posoudit znění takto změněné smlouvy v intencích § 66 odst. 2 zákona, tedy zda je v souladu se zadáním a vybranou nabídkou.
50. V této souvislosti znovu zdůrazňuji, že ustanovení § 66 odst. 2 zákona nelze posuzovat pouze z pohledu časové souvztažnosti jednotlivých kroků zadavatele, tedy že je zadavatel tímto ustanovením vázán pouze v okamžiku uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky, který bezprostředně časově navazuje na celý zadávací proces a uzavírá jej. Povinnost zadavatele uzavřít smlouvu v souladu se zadáním a vybranou nabídkou je nutno chápat funkčně, tedy že po celou dobu realizace veřejné zakázky musí být tato smlouva v souladu s původními zadávacími podmínkami a podanou vítěznou nabídkou, jinými slovy že veřejná zakázka musí být realizována za podmínek, které byly sjednány v rámci zadávacího řízení (zveřejněním zadávacích podmínek a podáním vybrané nabídky), a nikoliv za podmínek, které budou v průběhu realizace veřejné zakázky zadavatelem libovolně a svévolně měněny. Opačný výklad ustanovení § 66 odst. 2 zákona by zásadním způsobem zpochybnil smysl celého zadávacího řízení a potažmo zákona, neboť by umožňoval stranám smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky měnit formou dodatků podmínky, za kterých byla zakázka zadána, a výsledky zadávacího řízení by se tak fakticky staly pro zadavatele zcela nezávazné.
51. Na druhé straně Úřad nepopírá, že strany smlouvy na realizaci veřejné zakázky spolu mohou uzavřít dodatek, kterým se mění ustanovení původní smlouvy, avšak zdůrazňuje,

že veškeré tyto změny musí být v souladu se zadáním a vybranou nabídkou. Dodavatel má tedy pravdu, pokud konstatuje, že Úřad dosud nikdy nerozhodl, že sjednání dodatku je samo o sobě vždy porušením zákona. Toto konstatování však nemá žádný vztah k šetřenému případu, kdy změny sjednané v dodatku č. 1 byly v rozporu se zadávacími podmínkami, jak již bylo uvedeno dříve.

52. Dodavatel v této souvislosti rovněž uvádí, že změnový režim smlouvy byl zakotven v čl. 13 smlouvy o dodávce, tedy že proběhl v souladu se zadáním. K tomu uvádím, že dodavatel má zřejmě na mysli čl. 13 závazných obchodních podmínek, kterou jsou přílohou smlouvy o dodávce. Tento článek upravuje postup stran smlouvy při změnách smlouvy a je zde uvedeno, že zadavatel je oprávněn navrhnout provedení změn kdykoli před vystavením Protokolu o převzetí prací, přičemž je zde dále popsán mechanismus přijetí a realizace těchto změn. Žádným způsobem zde však není specifikován přípustný charakter těchto změn, a tedy je zřejmé, že i při použití příslušného ustanovení smlouvy o dílo byl zadavatel ze zákona vázán neodchýlit se od zadávacích podmínek a navrhnout jen takové změny, kterou budou v souladu se zadáním a vybranou nabídkou.
53. V této souvislosti lze odkázat na 13.2. předmětných závazných obchodních podmínek, podle kterého je dodavatel oprávněn navrhnout zadavateli pouze takové změny, které urychlí dokončení předmětu plnění, sníží náklady zadavatele, zvýší efektivnost nebo hodnotu realizovaného předmětu plnění či budou jinak zadavateli prospěšné. Pokud tedy dodavatel argumentuje tím, že předmětem dodatku č. 1 byly ustanovení prospěšná zadavateli (dokončení I. etapy v termínu do 1.1.2007) a současně zde byly zakotveny „ústupky ze strany zadavatele, kompenzující ztížené postavení dodavatele“, přičemž jeho požadavek na podobné ústupky je dle tvrzení dodavatele v souladu s obecnými obchodními zvyklostmi, pak tím jednoznačně potvrzuje, že předmětná smluvní ujednání byla v rozporu s bodem 13.2. závazných obchodních podmínek, a tedy v rozporu se zadáním, neboť ústupky zadavatele prospěšné dodavateli zcela jistě nelze chápat jako „změnu, která je zadavateli prospěšná“. Odkaz na obecně platné obchodní zvyklosti je pak v této souvislosti zcela bezpředmětný, neboť jak již bylo argumentováno výše, u stran smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky je jejich absolutní smluvní volnost omezena v zájmu zachování principu transparentnosti a nediskriminace při vynakládání veřejných finančních prostředků.
54. Současně je v této souvislosti potřeba zdůraznit, že skutečnost, že změny sjednané v dodatku č. 1 nemohly dle závěru Úřadu podstatně ovlivnit hodnocení nabídek, a tedy nebyl dán důvod pro uložení opatření k nápravě, nevyplývá pouze a jenom z věcného charakteru těchto změn, ale především a hlavně z toho, že v původní veřejné zakázce podal řádně kvalifikovanou nabídku pouze jediný uchazeč, tedy dodavatel. Ostatní uchazeči byli vyloučeni pro nesplnění kvalifikace. Pokud tedy neměly změny sjednané v dodatku č. 1 vliv na hodnocení nabídek, bylo tomu tak především proto, že klasické hodnocení ve smyslu komparace několika nabídek u této veřejné zakázky neprobíhalo, a tedy nebylo co „ovlivnit“. Nelze ovšem vyloučit, že pokud by totožné změny smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky byly provedeny v jiném zadávacím řízení, kde zadavatel hodnotil několik nabídek, pak by posouzení vlivu těchto změn na hodnocení nabídek mohlo být ze strany Úřadu výrazně odlišné a Úřad by přistoupil i k uložení některého z opatření k nápravě, případně k uložení sankce.

K odkazu na zákon o majetku ČR

55. Dodavatel ve svém rozkladu dovozuje, že zadavatel sjednáním změn v rámci dodatku č. 1 postupoval v souladu se zákonem o majetku ČR. K tomu uvádím, že zadavatel sice má ze zákona o majetku ČR obecnou povinnost postupovat tak, aby nedocházelo ke škodám na majetku ČR, případně aby těmto škodám zabránil, avšak současně má nepochybně povinnost postupovat v souladu s platnými právními předpisy, tedy i v souladu se zákonem. Zákon o majetku ČR není zákonem vyšší právní síly, který by se použil přednostně před ustanoveními zákona, a rovněž zde nelze použít zásadu *lex specialis derogat lex generalis*, a tedy je zřejmé, že zadavatel byl ustanoveními zákona vázán. Úřad není povinen a ani oprávněn přihlédnout k okolnostem a důvodům, které zadavatele případně vedly k porušení ustanovení zákona. Úřad tedy nemůže přihlédnout k předmětným okolnostem tak, jak to navrhuje dodavatel, neboť zadavatel odpovídá za zjištěné nesplnění zákonné povinnosti objektivně a nemůže se liberovat poukazem na své pohnutky či jiné aspekty svého volného rozhodování, jak již bylo argumentováno výše. V tomto smyslu je tedy námitka dodavatele, že Úřad nedostatečně přihlédl ke všem okolnostem, které zadavatele vedly k uzavření dodatku č. 1, zcela nedůvodná.

K pochybnostem ohledně nezávislosti rozhodování Úřadu

56. Tvrzení dodavatele, že se Úřad jako složka státu snaží svým rozhodnutím zlepšit právní pozici zadavatele jakožto jiné složky státu oproti dodavateli, který je soukromým subjektem, jde pak zcela mimo rámec správního řízení a Úřad není oprávněn se k ní jakýmkoliv způsobem relevantně vyjádřit. Úřad přezkoumal postup zadavatele při zadání veřejné zakázky, respektive při uzavírání dodatku č. 1, a protože zjistil v postupu zadavatele porušení zákona, konstatoval toto porušení v napadeném rozhodnutí, přičemž podrobně zdůvodnil svá skutková zjištění a úvahy, které jej k předmětnému závěru vedly. V tomto smyslu je pak napadené rozhodnutí řádné a zákonné, přičemž zabývat se dalšími dopady takto řádně vydaného rozhodnutí na právní či faktické poměry fyzických a právnických osob již nespadá do pravomoci Úřadu jako orgánu dohledu podle § 94 zákona. Argumentaci dodavatele je tak možno posoudit pouze jako snahu dodavatele nedovoleným způsobem ovlivnit objektivitu a nezávislost vedeného správního řízení.

Podnět na prohlášení nicotnosti

57. Dne 30.3.2007 doručil dodavatel předsedovi Úřadu podnět k prohlášení nicotnosti ve smyslu § 78 odst. 1 správního řádu, kterým po argumentační stránce pouze zdvojoval řádně podaný opravný prostředek (rozklad) a napadal jím prvoinstanční nepravomocné rozhodnutí Úřadu, tedy rozhodnutí, které po právní stránce v době podání tohoto podnětu existovalo bez jakýchkoliv právních účinků. Vzhledem k tomu, že toto podání bylo podáno paralelně s rozkladem a se závěry druhostupňového řízení zásadním způsobem souviselo, nebylo možno o tomto podnětu rozhodnout ve lhůtě 30 dnů podle § 78 odst. 1 správního řádu. V návaznosti na svůj právní názor ohledně dodavatelem tvrzené nicotnosti napadeného rozhodnutí, jak byl tento argumentován výše, proto uvádím, že nenastaly podmínky pro postup podle § 78 odst. 1 správního řádu.

V. Závěr

58. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných

souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

59. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit nebo 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. JUDr. Miroslav Jansta, advokát se sídlem AK Jansta, Kostka & spol., Těšnov 1/1059, 110 00 Praha 1
2. Mgr. Ing. Daniel Zejda, se sídlem AK Havel & Holásek s. r. o., Týn 1049/3, 110 00 Praha 1
3. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce