



UOHSX004D8P4

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R130/2012/VZ-21377/2012/310/MŠe

Brno 13. listopadu 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 5. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 7. 5. 2012) podaném zadavatelem –

- **Městskou částí Praha 6**, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 1. 8. 2011 společností SNEO, a.s., IČ 27114112, se sídlem Na Dračkách 405/49, 162 05 Praha 6,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S363/2011/VZ-18178/2011/510/OKo ze dne 19. 04. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Oprava interiéru bytových domů, modernizace vytápění bytových jednotek Rooseveltova 614/36, 618/26, Praha 6**“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 7. 3. 2011 pod ev.č. VZ 60057016 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 9. 3. 2011 pod ev. č. 2011/S 47-076956, a z moci úřední vedeném ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož dalšími účastníky jsou

- vybraný uchazeč – **DEREZA, společnost s ručením omezeným**, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6 a
- navrhovatel – **účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“**,

- o **ID Stavby Group s.r.o.**, IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník
- o **UNISTAV a.s.**, IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno,

kteří podali společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 15. 4. 2011,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j.: ÚOHS-S363/2011/VZ-18178/2011/510/OKo ze dne 19. 4. 2012

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil na základě návrhu účastníků „Sdružení pro Rooseveltovu“ – sdružující společnost ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 14700 Praha 4, Braník a společnost UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno (dále jen „**navrhovatel**“) správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Městské části Praha 6, IČ 00063703, se sídlem Čs. Armády 601/23, 160 52 Praha 6 (dále jen „**zadavatel**“) podle § 113 zákona, ve veřejné zakázce „Oprava interiéru bytových domů, modernizace vytápění bytových jednotek Rooseveltova 614/36, 618/26, Praha 6“, zadávané v otevřeném řízení podle § 27 zákona, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 7. 3. 2011 pod ev.č. VZ 60057016 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 9. 3. 2011 pod ev. č. 2011/S 47-076956 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Návrh navrhovatele směřoval proti postupu zadavatele týkajícího se propadnutí jistoty. Navrhovatel v návrhu uvedl, že zadavatel nesprávně posoudil podmínky stanovené v ustanovení § 67 odst. 7 zákona a v důsledku toho uplatnil právo na jistotu, aniž by tento

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

postup měl oporu v zákoně. Navrhovatel se návrhem domáhal, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o propadnutí jistoty i rozhodnutí zadavatele o vyřízení námitek (směřujících do rozhodnutí o propadnutí jistoty) a uložil zadavateli povinnost vrátit jistotu uchazeči. Zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, k návrhu navrhovatele, oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S363/2011/VZ-13391/2011/510/OKo ze dne 26. 8. 2011, přičemž jako účastníky označil navrhovatele, zadavatele a uchazeče, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější – společnost DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6 (dále jen „**vybraný uchazeč**“). Dopisem č. j. ÚOHS-S363/2011/VZ-19298/2011/510/OKo ze dne 13. 12. 2011 seznámil Úřad účastníky správního řízení se skutečností, že postup zadavatele při uplatnění práva na poskytnutou peněžní jistotu a postup při uzavření smlouvy se změnami oproti návrhu smlouvy obsaženém v nabídce vybraného uchazeče posuzuje rovněž z hlediska naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

3. Zadavatel uveřejnil v informačním systému o veřejných zakázkách dne 7. 3. 2011 pod ev. č. VZ 60057016 a v Úředním věstníku Evropské Unie dne 9. 3. 2011 pod ev. č. 2011/S 47-076956 oznámení otevřeného řízení o veřejné zakázce „Oprava interiéru bytových domů, modernizace vytápění bytových jednotek Rooseveltova 614/36, 618/26, Praha 6.“ Ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel nabídky 9 uchazečů. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 26. 4. 2011 je zřejmé, že všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti. V rámci posouzení nabídek byly hodnotící komisí vyřazeny nabídky 2 uchazečů. Zadavatel dne 19. 5. 2011 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky, a to nabídky společnosti PROMINECON GROUP a.s., IČ 25110977, se sídlem Revoluční 25/767, 110 00 Praha 1 (dále jen „**společnost PROMINECON GROUP a.s.**“). Společnosti PROMINECON GROUP a.s. oznámila dopisem ze dne 2. 6. 2011 zadavateli, že se po zvážení všech okolností rozhodla smlouvu o dílo neuzavřít. Zadavatel oznámení obdržel dne 3. 6. 2011. Na základě shora uvedených skutečností oznámil zadavatel dne 21. 6. 2011, že rozhodl o zadání veřejné zakázky uchazeči, který se umístil jako druhý v pořadí, a kterým jsou účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“ (navrhovatel), kteří podali společnou nabídku na základě smlouvy o sdružení ze dne 15. 4. 2011. Navrhovatel předmětný dopis obdržel dne 24. 6. 2011. Dne 27. 6. 2011 se navrhovatel zúčastnil jednání za účelem „domluvy postupu kompletní přípravy zakázky“ a téhož dne informoval zadavatele, že nový návrh smlouvy, předložený zadavatelem, který se lišil od návrhu smlouvy navrhovatele, odešle právníkovi na posouzení.
4. Dne 11. 7. 2011 oznámil zadavatel navrhovateli, že rozhodl o zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči a následně navrhovateli dne 12. 7. 2011 oznámil propadnutí peněžité jistoty ve výši 300 000,- Kč ve prospěch zadavatele. Navrhovatel oznámení o propadnutí jistoty obdržel dne 18. 7. 2011. Dne 14. 7. 2011 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Navrhovatel podal dne 27. 7. 2011 námitky proti rozhodnutí zadavatele o propadnutí jistoty a v odůvodnění mj. uvedl, že „rozhodnutí zadavatele o propadnutí jistoty nebylo nijak odůvodněno a je tedy nepřezkoumatelné“. Zadavatel námitky obdržel dne 28. 7. 2011. Zadavatel dne 3. 8. 2011 oznámil navrhovateli, že o námitkách nerozhodl, neboť byly podány opožděně. Navrhovatel předmětný dopis obdržel dne 8. 8. 2011.

Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, zaslal dne 16. 8. 2011 Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

5. Svá tvrzení uvedená v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele doplnil navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 31. 8. 2011, kde uvedl, že dne 27. 6. 2011 proběhlo jednání mezi zadavatelem a navrhovatelem (zastoupeným technickým zástupcem Ing. Jindřichem Novákem), kde bylo dohodnuto, že navrhovateli bude v elektronické podobě zaslána smlouva o dílo. Tato skutečnost dle názoru navrhovatele vyvrací tvrzení zadavatele o tom, že jej navrhovatel od 24. 6. 2011 do 11. 7. 2011 nekontaktoval, nekomunikoval a nevyjádřil vůli smlouvu na realizaci veřejné zakázky uzavřít. Navrhovatel má za to, že jím uskutečněné úkony svědčily o jeho zájmu veřejnou zakázku realizovat. Navrhovatel uvedl, že po jednání konaném dne 27. 6. 2011 mu byl zadavatelem zaslán návrh smlouvy, který však neodpovídal návrhu smlouvy, jež byl součástí nabídky navrhovatele. Navrhovatel uvádí, že v zájmu realizace veřejné zakázky, byl připraven jednat i o takto pozměněném návrhu smlouvy, čemuž však muselo předcházet posouzení uskutečněných změn a jejich důsledků ze strany jeho právního zástupce. Navrhovatel zdůrazňuje, že ohledně původního návrhu smlouvy již nebylo třeba jednat, neboť tento byl již z jeho strany podepsán v rámci nabídky a pro navrhovatele již byl závazný. V souvislosti s provedením změn ve smlouvě poukázal navrhovatel na to, že návrh smlouvy opatřený jeho podpisem mohl být zadavatelem podepsán ihned s tím, že případné změny formálního charakteru mohly být posléze vyřešeny formou dodatku ke smlouvě.

II. Napadené rozhodnutí

6. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 19. 4. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S363/2011/VZ-181787/2011/510/OKo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že návrh navrhovatele na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se podle § 118 odst. 4 písm. c) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Ve výroku II. Úřad rozhodl o tom, že *„zadavatel se, podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dopustil správního deliktu tím, že v rozporu s ustanovením § 82 odst. 2 ve spojení s ustanovením § 6 zákona neuzavřel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče – DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6, přičemž tím nedodržel zásadu transparentnosti a podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dne 14. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku“*. Ve výroku III. Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 67 odst. 7 zákona tím, že nezákonně uplatnil právo na plnění z poskytnuté peněžní jistoty navrhovatele, ačkoliv k tomu nebyl v důsledku nezákonného postupu specifikovaném ve výroku II. rozhodnutí oprávněn, ale tento postup neovlivnil výběr nejvhodnější nabídky. Ve výroku IV. byla zadavateli, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona o veřejných zakázkách uložena pokuta ve výši 500 000 Kč s tím, že pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.
7. Dne 24. 7. 2012 bylo Úřadem, ve smyslu § 70 správního řádu, vydáno opravné rozhodnutí č. j. ÚOHS S363/2011/VZ-13850/2012/510/JPo (dále jen „**opravné rozhodnutí**“),

jímž byla opravena zřejmá nesprávnost ve výroku II. napadeného rozhodnutí. Opravným rozhodnutím bylo rozhodnuto o tom, že ve výroku II. napadeného rozhodnutí se text „v nabídce vybraného uchazeče – DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6 – přičemž tím nedodržel zásadu transparentnosti a podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dne 14. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku“ nahrazuje textem „v nabídce navrhovatele – účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“, společnost ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník a UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno – přičemž tím nedodržel zásadu transparentnosti a podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dne 14. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem – DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6“, neboť se jedná o zřejmou nesprávnost. Opravné rozhodnutí nebylo v zákonné lhůtě napadeno rozkladem. Vzhledem k tomu, že opravné rozhodnutí nabylo právní moci, výrok II. napadeného rozhodnutí zní „zadavatel se, podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dopustil správního deliktu tím, že v rozporu s ustanovením § 82 odst. 2 ve spojení s ustanovením § 6 zákona neuzavřel smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce navrhovatele – účastníci sdružení „Sdružení pro Rooseveltovu“, společnost ID Stavby Group s.r.o., IČ 27956377, se sídlem Zelený pruh 95/97, 147 00 Praha 4, Braník a UNISTAV a.s., IČ 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno – přičemž tím nedodržel zásadu transparentnosti a podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a dne 14. 7. 2011 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem – DEREZA, společnost s ručením omezeným, IČ 48036315, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6“

8. Úřad po posouzení rozhodných skutečností dospěl k závěru, že navrhovatel není osobou oprávněnou k podání návrhu, neboť jím podané námitky proti úkonu zadavatele byly podány opožděně. K závěru o nedostatku aktivní legitimace navrhovatele dospěl Úřad s ohledem na skutečnost, že rozhodnutí zadavatele, proti němuž námitky směřovaly, bylo navrhovateli doručeno až dne 18. 7. 2011, tj. až poté, co byla dne 14. 7. 2011 uzavřena smlouva na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem. K doručení námitek tak došlo až v době po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem. Subjektivní, patnáctidenní lhůta k podání námitek tak navrhovateli nezačala běžet, neboť v době, kdy se o předmětném úkonu zadavatele dozvěděl, již, ve smyslu § 110 odst. 2 zákona, došlo k marnému uplynutí objektivní lhůty, v níž zákon umožňuje námitky podat.
9. Úřad v rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel byl povinen uzavřít smlouvu ve znění odpovídajícím návrhu smlouvy v nabídce navrhovatele, nikoliv dodatečně, po vyhodnocení nabídek a výběru nejvhodnější nabídky, obsah smlouvy měnit. Shora uvedeným jednáním zadavatel porušil zásadu transparentnosti, neboť zadavatel změnil návrh smlouvy až ve chvíli, kdy již byla známa nejvýhodnější nabídka a uvedl tak navrhovatele i další uchazeče v pořadí do nejistoty, přičemž nakonec uzavřel smlouvu až s uchazečem (vybraný uchazeč), který se umístil třetí v pořadí, a to s nabídkovou cenou o více než 4 miliony Kč vyšší, než byla cena, kterou ve své nabídce uvedl navrhovatel. Protizákonný postup shledal Úřad též v jednání zadavatele, kdy tento nedodržel postup stanovený v § 67 odst. 7 zákona, když nezákonně uplatnil právo na plnění z navrhovatelem poskytnuté peněžní jistoty, ačkoli

k tomu nebyl v důsledku svého předchozího, nezákonného postupu oprávněn. Toto porušení zákona však nebylo Úřadem vyhodnoceno jako postup, jež by byl způsobilý ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III. Námitky rozkladu

10. Dne 7. 5. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od zadavatele rozklad, jímž rozhodnutí Úřadu napadl co do výroku II., III. a IV. V rozkladu zadavatel zejména zpochybňuje, že by jím provedené změny v návrhu smlouvy (předloženém navrhovatelem), mohly zapříčinit, že smlouva na veřejnou zakázku nebyla uzavřena s navrhovatelem, ale s vybraným uchazečem. Zadavatel v rozkladu uvedl, že dne 27. 6. 2011 se konalo jednání mezi zástupci zadavatele a navrhovatele, přičemž téhož dne zadavatel zaslal navrhovateli návrh smlouvy s provedenými dílčími úpravami. Zadavatel dále uvádí, že v průběhu následujících dnů dospěl k jednoznačnému závěru, že navrhovatel ztratil o realizaci veřejné zakázky zájem, resp. že smlouvu na plnění veřejné zakázky nehodlá se zadavatelem uzavřít (ať už v původním znění předloženém v rámci nabídky, nebo ve znění obsahujícím úpravy provedené zadavatelem). Zadavatel objasňuje, že k uvedenému závěru dospěl na základě nečinnosti navrhovatele, jež měla spočívat například v neprovedení prohlídky bytů, jejíž uskutečnění bylo dohodnuto na jednání mezi zástupci zadavatele a navrhovatele. Zadavatel v souvislosti s tvrzenou nečinností navrhovatele poukazuje na to, že navrhovatel si byl vědom toho, že zadavatel má zájem na co nejvčasnějším uzavření smlouvy a na zahájení plnění.

11. Zadavatel v rozkladu dále uvedl, že poté, co jednání navrhovatele kvalifikoval jako neposkytnutí součinnosti ve smyslu § 82 odst. 3 zákona, oznámil dne 11. 7. 2011 navrhovateli, že rozhodl o uzavření smlouvy s dalším uchazečem v pořadí (vybraný uchazeč). Zadavatel dále uvádí, že dne 12. 7. 2011 navrhovatele informoval o propadnutí jím složené peněžní jistoty a bezprostředně poté, dne 14. 7. 2011, uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo. Zadavatel zpochybňuje správnost napadeného rozhodnutí z důvodu, že při jeho vydání měl Úřad vycházet z nesprávného závěru o tom, že kdyby nebylo předmětných úprav v návrhu smlouvy předloženém navrhovatelem, byla by smlouva uzavřena s navrhovatelem a nikoli s uchazečem, jež se umístil jako třetí v pořadí. Tento závěr zadavatel považuje za nesprávný. Zadavatel napadenému rozhodnutí dále vytýká, že Úřad se v rámci jeho odůvodnění nikterak nevypořádal s popsáním vývojem situace, který bezprostředně předcházela uzavření smlouvy. Úřad se tak dle názoru zadavatele měl vypořádat s tím, že v tomto období měl navrhovatel činit kroky dojednané na jednání ze dne 27. 6. 2011 (tj. zorganizovat prohlídku bytů, vypracovat harmonogram plnění, zahájit jednání s dodavateli energií atd.) V souvislosti s povahou změn v textu smlouvy zadavatel zdůrazňuje, že jím provedené změny nepokládá za nikterak zásadní. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by provedené úpravy v návrhu smlouvy měly povahu tzv. podstatných změn, ve smyslu rozhodovací praxe Evropského soudního dvora. Zadavatel zejména nesouhlasí s tím, že zadavatelem nově zakomponovaný článek II. bod. 2 písm. e) smlouvy („*Součástí díla jsou všechny práce, které jsou k řádnému provedení nezbytné, a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl nebo mohl vědět.*“) byl Úřadem klasifikován jakožto podstatná změna v obsahu smlouvy. Zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že by začlenění tohoto ustanovení mohlo ovlivnit okruh dodavatelů, kteří podali nabídky, případně

obsah těchto nabídek. Zadavatel má za to, že předmětné ustanovení je v oblasti veřejných zakázek běžně užívané a dodavateli akceptované. Zadavatel namítá, že toto ustanovení nemohlo jakkoli ovlivnit rozhodnutí dodavatele, zda podá či nepodá nabídku v rámci zadávacího řízení a stejně tak nemohlo ovlivnit ani výši nabídkové ceny uchazeče.

12. Zadavatel vyslovuje přesvědčení, že navrhovatel v období po 27. 6. 2011 (den jednání zástupců stran a den odeslání pozměněného návrhu smlouvy) ztratil zájem smlouvu se zadavatelem uzavřít, a to bez jakékoli souvislosti s úpravami návrhu smlouvy provedenými zadavatelem. Dle názoru zadavatele úpravy v návrhu smlouvy neměly vliv na to, že veřejná zakázka nebyla zadána navrhovateli, ale až dalšímu uchazeči v pořadí. Navrhovatel má za to, že navrhovatel neměl v úmyslu smlouvu uzavřít bez ohledu na její konkrétní znění a provedené změny (ať již mají charakter změn podstatných či nepodstatných) nemají přímou souvislost s výsledkem zadávacího řízení. Zadavatel dále zpochybnil právní názor Úřadu, že oprávnění zadavatele na čerpání jistoty dle ustanovení § 67 odst. 7 zákona vzniká jen v případě, kdy uchazeč odmítne uzavřít smlouvu ve znění odpovídajícím návrhu smlouvy předloženému v nabídce. Dle názoru zadavatele změny provedené v návrhu smlouvy aplikaci uvedeného ustanovení nevylučují, neboť institut jistoty slouží k tomu, aby ze strany uchazeče nedošlo k odstoupení od nabídky a tedy k odmítnutí uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky. Zadavatel má za to, že z hlediska práva na propadnutí jistoty je rozhodující, zda k neuzavření smlouvy došlo z důvodu na straně zadavatele či na straně uchazeče. Jestliže důvody neuzavření smlouvy jsou na straně uchazeče, bylo by vrácení jistoty v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení. Zadavatel dle svých slov provedené změny v návrhu smlouvy považoval za poměrně drobné úpravy a vzhledem k zájmu na co nejvčasnějším zahájení plnění, byl připraven o těchto změnách jednat, případně z nich odstoupit. S ohledem na výše uvedené skutečnosti má zadavatel za to, že byly dány věcné důvody pro propadnutí jistoty a zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když složenou jistotu navrhovateli nevrátil. Vrácení jistoty by dle názoru zadavatele představovalo porušení zásady rovného zacházení vůči uchazeči PROMINECON GROUP a.s., který od své nabídky odstoupil výslovně, a jehož jistota tedy propadla ve prospěch zadavatele. Dle názoru zadavatele nelze připustit, aby navrhovatel byl oproti tomuto uchazeči zvýhodněn, když rovněž neměl v úmyslu své nabídce dostát.
13. K výši uložené pokuty zadavatel uvádí, že tuto pokládá za zcela nepřiměřenou, když nabídková cena vybraného uchazeče činí 19.683.289,- Kč a výše uložené pokuty tedy činí 2,5% ceny plnění (tj. více než polovinu zákonné sazby stanovené v § 120 odst. 2 písm. a) zákona). Zadavatel má za to, že výše uložené pokuty je zcela mimořádná, a to i ve srovnání se sankcemi ukládanými za nejzávažnější porušení základních zásad zadávacího řízení. Zadavatel se domnívá, že přitěžující okolnost, v podobě toho, že smlouva byla uzavřena s uchazečem, jehož nabídková cena byla o 4 393 869,- Kč vyšší než nabídková cena zadavatele, je značně zavádějící. Zadavatel má za to, že navýšení ceny bylo, s ohledem na základní hodnotící kritérium nejnižší nabídkové ceny, logickým důsledkem výběru dalšího uchazeče v pořadí a tuto skutečnost tedy nelze hodnotit jako přitěžující okolnost. Navýšení ceny je dle zadavatele neoddělitelným rysem vytýkaného pochybení. Zadavatel zdůrazňuje, že neměl zájem na uzavření méně výhodné smlouvy s vybraným uchazečem a preferoval uzavření smlouvy s navrhovatelem. Motivací k tomu, aby zadavatel urychlil jednání

s navrhovatelem a později i s vybraným uchazečem, byla dle jeho vyjádření snaha, aby plnění zajistil v plánovaných termínech, a to s ohledem na potřeby a ochranu nájemníků předmětných bytových jednotek.

14. Zadavatel se domnívá, že pokuta ve výši 500 000,- Kč byla Úřadem uložena i s ohledem na to, aby kompenzovala neoprávněný příjem zadavatele v podobě zadržené jistoty. S takovým postupem zadavatel nesouhlasí s tím, že pokud rozhodnutí nabude právní moci, vznikne mu tímto povinnost navrhovateli zadržovanou jistotu vrátit. Zadavatel má dále za to, že při ukládání pokuty byla porušena zásada rovného zacházení, když Úřad při odůvodnění její výše argumentuje údaji o předpokládaných příjmech zadavatele v roce 2012 a v této souvislosti konstatuje, že výši pokuty, s přihlédnutím k výši příjmů, nelze považovat za likvidační. Zadavatel se domnívá, že toto je jediné kritérium pro posouzení přiměřenosti sankce, což je přístup, vedoucí ke zvýhodnění „menších“ zadavatelů s nižšími příjmy a menšími rozpočty. Závěrem zadavatel, resp. jeho zástupce, poukazuje na to, že zadavatel byl v zadávacím řízení zastoupen společností SNEO, a.s., která v případě pravomocného uložení sankce bude za způsobenou škodu odpovědná, přičemž její rozpočtové prostředky této společnosti nedosahují příjmů zadavatele.

Závěr rozkladu

15. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v celém rozsahu zrušil a řízení zastavil, neboť zadavatel se nedopustil porušení zákona, které by podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Pro případ, že předseda neshledá důvody pro zrušení rozhodnutí, navrhuje zadavatel, necht přistoupí ke snížení pokuty tak, aby její výše byla přiměřená předpokládané hodnotě veřejné zakázky a závažnosti zjištěných pochybení.

IV. Řízení o rozkladu

16. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

17. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
18. Úřad tím, že svým rozhodnutím ÚOHS-S363/2011/VZ-181787/2011/510/OKo ze dne 19. 4. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

19. Mezi zadavatelem a navrhovatelem není sporu o tom, že oznámení o úmyslu uzavřít smlouvu s navrhovatelem a výzva k poskytnutí součinnosti byly navrhovateli doručeny dne 24. 6. 2011. Dle ustanovení § 82 odst. 4 zákona platí, že odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li mu řádnou součinnost k jejímu uzavření (nikoli součinnost k realizaci dosud neuzavřené smlouvy), může zadavatel uzavřít smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy. Lhůta, v níž byl navrhovatel povinen uzavřít smlouvu, resp. poskytnout součinnost, tak skončila uplynutím dne 11. 7. 2011. Povinnost uzavřít smlouvu v této lhůtě se však vztahuje pouze ke smlouvě, která obsahově odpovídá návrhu smlouvy, jež byl tímto uchazečem v zadávacím řízení předložen v rámci jeho nabídky. Jak v rozkladu potvrzuje sám zadavatel, dne 27. 6. 2011 se konalo jednání mezi zástupci zadavatele a navrhovatele, což svědčí o tom, že navrhovatel bezprostředně po obdržení výzvy poskytl zadavateli řádnou součinnost a byl připraven činit kroky směřující k uzavření smlouvy, resp. k řádné realizaci veřejné zakázky. Zadavatel připouští, že v den, kdy proběhlo předmětné jednání, zaslal navrhovateli návrh smlouvy s provedenými dílčími úpravami. Je tedy nesporné, že do okamžiku, než zadavatel provedl v nabídce navrhovatele změny, navrhovatel řádně poskytoval součinnost. Je nutno zdůraznit, že součinnost navrhovatel poskytoval zejména v zájmu řádné realizace smlouvy o dílo, neboť jím předložená nabídka byla konečná, byla opatřena podpisem oprávněné osoby a k řádnému vzniku smlouvy ji bylo potřeba opatřit pouze podpisem zadavatele. Nebyly dány okolnosti, jež by objektivně vyžadovaly provedení obsahových změn v nabídce navrhovatele (např. změny v osobách jednatelů, změny bankovních účtů apod.).
20. Skutečnost, že zadavatel dospěl k závěru, že navrhovatel ztratil o realizaci veřejné zakázky zájem, resp. že smlouvu na plnění veřejné zakázky nehodlá se zadavatelem uzavřít (ať už v původním znění předloženém v rámci nabídky), je naprosto irelevantní, neboť se jednalo o čistě subjektivní dojem zadavatele. Navrhovatel, ve smyslu § 82 odst. 4 zákona, neučinil žádný úkon, jímž by odmítl uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku a k poskytnutí případné součinnosti tak byl oprávněn a povinen ještě dne 11. 7. 2011. Ke dni 11. 7. 2011 nebyl zadavatel oprávněn učinit rozhodnutí o tom, že smlouvu uzavře s dalším uchazečem v pořadí. Je nutno zdůraznit, že povinnost navrhovatele uzavřít smlouvu se vztahuje pouze ke smlouvě, jejíž obsah se shoduje s obsahem jeho nabídky předložené v zadávacím řízení a nikoli smlouvy, jež obsahuje změny, které nejsou odůvodněny objektivními okolnostmi. Podpis jakékoli jiné smlouvy, ani poskytnutí součinnosti k jejímu uzavření, zákon po navrhovateli nevyžaduje a de facto jej ani neumožňuje. Návrh smlouvy o dílo, jež byl navrhovatelem v zadávacím řízení předložen, byl závazný jak pro navrhovatele, tak i pro zadavatele. Zadavatel tedy nebyl oprávněn s navrhovatelem před uzavřením smlouvy vyjednávat o změně návrhu smlouvy, obsaženého v nabídce navrhovatele. Jak již opakovaně Úřad uvedl ve svých dřívějších rozhodnutích (např. v rozhodnutí č. j.: ÚOHS-S67/2010/VZ-12665/2010/540/DCh ze dne 22. 11. 2010, jež nabylo právní moci dne 26. 5. 2011) „... *návrh smlouvy o dílo je závazný jak pro uchazeče, tak i pro zadavatele. Zadavatel tedy není oprávněn s uchazečem před uzavřením smlouvy vyjednávat o změně návrhu smlouvy obsaženého v nabídce. Lze však připustit změny nepodstatné, např. změny technického*

charakteru jako jsou změny kontaktních údajů (např. jména kontaktních osob, telefonní spojení), zpřesnění použitých formulací (bez vlivu na obsah smlouvy) apod.“

21. Lze tedy shrnout, že do okamžiku uzavření smlouvy s vybraným uchazečem, je zadavatel oprávněn provést v návrhu smlouvy jen takové změny, jejichž provedení ve shora citovaném rozhodnutí připustil Úřad, tj. výlučně změny technického charakteru, které nemají vliv na obsah smlouvy, tj. na povahu a rozsah vzájemných práv a povinností mezi účastníky. Změny, jež do této kategorie nespádají, jsou nepřijatelné, a to bez ohledu na to, zda se, z pohledu účastníků (případně z pohledu jiných právních předpisů), jedná o tzv. změny podstatné či nepodstatné. Zákonem aprobované (byť ne explicitně) jsou pouze shora uvedené změny technického charakteru, které lze označit za specifickou podkategorii změn nepodstatných. Provedení jakýchkoli jiných změn v návrhu smlouvy je v příkrém rozporu s účelem zákona a s principy uvedenými v § 6 zákona. Byť změny, provedené zadavatelem v návrhu smlouvy, Úřad hodnotí jako podstatné, toto není pro posouzení věci rozhodné, neboť ve fázi před uzavřením smlouvy nebyl zadavatel oprávněn ani k provedení změn nepodstatných, pokud se nejednalo o změny, které zákon, resp. Úřad, ve své rozhodovací praxi připouští. Nesporné ovšem je, že změny provedené zadavatelem nelze, ve shora uvedeném smyslu, označit za tzv. změny technického charakteru, které představují jedinou kategorii změn, které byl zadavatel před uzavřením smlouvy učinit, resp. iniciovat.
22. Ustanovení § 82 odst. 7 zákona sice podává definici podstatných změn, ovšem toto ustanovení uvádí pouze výčet takových podstatných změn, které zadavatel nesmí umožnit ve smlouvě, kterou již s vybraným uchazečem fakticky uzavřel. Výčet změn, které jsou zákonem zakázány, případně připuštěny, ve fázi po výběru nejvhodnější nabídky do uzavření smlouvy, však zákon nepodává a k jejich vymezení je nutno dospět výkladem zákona. Okruh změn, které zadavatel nesmí provést v nabídce vybraného uchazeče je podstatně širší než okruh změn uvedený v § 82 odst. 7 zákona. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadavatel není oprávněn provést v této fázi změny podstatné ani změny nepodstatné, pokud tyto nepodstatné změny nespádají do kategorie tzv. změn technického charakteru. Ve fázi před uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem je tedy zadavatel oprávněn přistoupit pouze ke změnám technického charakteru a ke zpřesnění použitých formulací (viz. výše). Dle § 44 odst. 2 občanského zákoníku platí, že přijetí návrhu, které obsahuje dodatky, výhrady, omezení nebo jiné změny, je odmítnutím návrhu a považuje se za nový návrh. Zadavatel tak v rozporu se zákonem provedl v nabídce navrhovatele změny, jež vedly k tomu, že původní oferta navrhovatele byla nahrazena novou ofertou zadavatele. Uzavření smlouvy na základě nabídky zadavatele, namísto na základě nabídky předložené navrhovatelem, je tak v rozporu se smyslem zákona a v rozporu se základními zásadami zadávacího řízení.
23. Z vyjádření zadavatele je zřejmé, že v den, kdy trvala jeho povinnost uzavřít smlouvu s uchazečem, jež se umístil druhý v pořadí (navrhovatel), mu zadavatel oznámil, že smlouva bude uzavřena s uchazečem, jež se umístil třetí v pořadí. Ke dni 11. 7. 2011 nebyl navrhovatel v prodlení s plněním svých povinností dle § 82 odst. 4 zákona, tj. neodmítl uzavřít smlouvu ve znění své nabídky, ani neodmítl poskytnout součinnost potřebnou k jejímu uzavření. Od 27. 6. 2011 (odeslání smlouvy obsahující změny oproti nabídce uchazeče) se v prodlení s plněním svých povinností nacházel zadavatel (§ 370 zákona

č. 513/1991 Sb., obchodního zákoníku ve znění pozdějších předpisů, dále jen „ObchZ“), neboť tím, že navrhovatel předložil upravený návrh smlouvy, neposkytl spolupůsobení nutné k tomu, aby navrhovatel mohl splnit svůj závazek ve smyslu § 82 odst. 4 zákona. Tímto postupem zadavatel navrhovateli znemožnil, aby mohl splnit svou povinnost dle § 82 odst. 4 zákona a uzavřel smlouvu, jež se obsahově shoduje s jeho nabídkou předloženou v zadávacím řízení. Dlužník se tak nemohl dostat do prodlení s plněním svých povinností, stanovených v § 82 odst. 4 zákona, neboť splnění jeho závazku bránilo prodlení věřitele (§ 365 ObchZ).

24. K tíži zadavatele lze též přičíst skutečnost, že ačkoli si byl vědom, resp. měl vědět, že odesláním oznámením ze dne 11. 7. 2011 jedná v rozporu se zákonem, k uzavření smlouvy se třetím uchazečem přistoupil dříve, než navrhovateli uplynula zákonná lhůta k podání námitek, a to jak námitek směřující proti oznámení ze dne 11. 7. 2011 (oznámení, že smlouva nebude uzavřena s navrhovatelem, ale s vybraným uchazečem), tak námitek směřujících proti oznámení o propadnutí jistoty ze dne 12. 7. 2011. Ačkoli tyto úkony zásadním způsobem zasáhly do oprávněných zájmů navrhovatele, tento byl postupem zadavatele výrazně omezen v možnosti účinně se proti tomuto rozhodnutí bránit, když na podání námitek měl pouze 1, resp. 2 dny, což mu nebylo známo, neboť nevěděl, že k uzavření smlouvy dojde již 14. 7. 2011. Byť shora uvedeným postupem zadavatel neporušil žádné konkrétní ustanovení zákona, lze konstatovat, že jednal v rozporu s účelem zákona (zejména části páté), když uzavřením smlouvy ke dni 14. 7. 2011 navrhovateli výrazně zkrátil zákonnou lhůtu k podání námitek. Skutečnost, že subjektivní i objektivní lhůta k podání námitek byla u navrhovatele výrazně zkrácena, vedla, ve smyslu § 110 odst. 2 zákona, k opožděnému podání námitek a tedy k vyloučení možnosti, že návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele bude Úřadem vyhodnocen jako návrh podaný oprávněnou osobou, tj. osobou, která před podáním návrhu zaslala zadavateli řádné a včasné námitky. Zrušení zadávacího řízení, případně jednotlivého úkonu zadavatele totiž zákon v § 118 umožňuje pouze v případě, že dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
25. Bez ohledu na to, že navrhovatel nebyl v prodlení se splněním povinnosti uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku (tj. smlouvu ve znění jím předložené nabídky), zadavatel v rozkladu uvádí pouze skutečnosti, jež mohou svědčit o nečinnosti navrhovatele ve vztahu k faktickému plnění smlouvy, ale nikoli skutečnosti, jež by svědčily o nečinnosti ve vztahu k jejímu samotnému uzavření. Pokud z důvodů na straně zadavatele nebyla po 27. 6. 2011 uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, je pochopitelné, že navrhovatel nečinil kroky k plnění závazků, jež mu dosud nevznikly. Postup navrhovatele, kdy tento změněný text smlouvy předložil k právnímu posouzení, je za dané situace zcela legitimní. Tím, že navrhovatel neuzavřel smlouvu, upravenou zadavatelem, neporušil povinnost uzavřít smlouvu (ve smyslu § 82 odst. 4 zákona), ale pouze odmítl akceptovat nový návrh zadavatele.
26. Pokud zadavatel Úřadu vytýká, že tento při rozhodování vycházel z přesvědčení, že nebýt předmětných úprav, došlo by k uzavření smlouvy s navrhovatelem, je nutno konstatovat, že pravděpodobnost, že k uzavření smlouvy s navrhovatelem by došlo je, s ohledem na jeho aktivní součinnost dne 27. 6. 2011, velmi vysoká a s jistotou na tuto otázku nelze odpovědět

pouze v důsledku postupu zadavatele, který uzavření smlouvy v původní podobě znemožnil. V řízení nevyšly najevo jakékoli skutečnosti, jež by svědčily o tom, že navrhovatel nehodlal smlouvu na veřejnou zakázku uzavřít a ze strany zadavatele se tak jedná o pouhou spekulaci. Jednání navrhovatele naopak nasvědčuje tomu, že nebýt změn ve smlouvě, k jejímu uzavření by (po akceptaci návrhu ze strany zadavatele) s nejvyšší pravděpodobností došlo.

27. Námitka zadavatele spočívající v tom, že navrhovatel byl v období před uzavřením smlouvy povinen činit kroky dojednané na jednání dne 27. 6. 2011 (organizace prohlídky bytů, jednání s dodavatelem energií atd.), je ve vztahu k § 82 odst. 4 zákona irelevantní, neboť se nejedná o součinnost potřebnou k uzavření smlouvy, ale o přípravu či realizaci smluvních povinností z dosud neuzavřené smlouvy o dílo. Nečinnost navrhovatele ve vztahu k faktické realizaci veřejné zakázky je pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele irelevantní a Úřad nebyl povinen se touto skutečností v odůvodnění rozhodnutí zabírat. Zadavatel dále namítá, že navrhovatel byl nečinný i ve vztahu k uzavření smlouvy. Tato námitka se taktéž nezakládá na pravdě. Ačkoli navrhovatel smlouvu neodpovídající jeho nabídce nebyl povinen podepsat, předložil k právnímu posouzení a deklaroval tím svou připravenost o jejím obsahu jednat a smlouvu uzavřít. Dříve než k však uzavření smlouvy mohlo dojít, mu bylo oznámeno, že smlouva bude uzavřena s uchazečem, jež se umístil třetí v pořadí.
28. Zadavatel se dále vyjadřuje k doplnění článku II. bod 2 písm. e) smlouvy, jež Úřad dle jeho názoru nesprávně klasifikoval jako podstatnou změnu smlouvy (*„Součástí díla jsou všechny práce, které jsou k řádnému provedení díla nezbytné, a o kterých zhotovitel vzhledem ke své kvalifikaci a zkušenostem měl a mohl vědět.“*). Pokud Úřad dospěl k závěru, že nelze vyloučit, že při začlenění tohoto ustanovení do původního návrhu smlouvy mohl být podstatně ovlivněn jak okruh dodavatelů, kteří podali nabídky, tak i obsah nabídek, je nutno tomuto závěru přisvědčit. Úřad již dříve konstatoval, že včlenění-li zadavatel na počátku zadávacího řízení do návrhu smlouvy ustanovení, dle kterého by měl dodavatel odpovídat i za služby a práce, které zadavatel v předmětu veřejné zakázky nespécifikoval, ale které jsou k řádnému provedení díla nezbytné, mohl by tento postup vést ke změnám stanoveného předmětu veřejné zakázky o jiná plnění, která by mohla být u různých dodavatelů vzájemně odlišná a neporovnatelná, eventuálně by mohla vést k navýšení cen zadavatelem stanovených položek o takto zjištěné vícepráce. Jedná se tedy jednoznačně o nezákonné změny ustanovení smlouvy. Uvedené platí bez ohledu na to, zda bylo obdobné ustanovení do návrhu smlouvy zadavatelem včleněno na počátku zadávacího řízení či až po výběru nejvhodnější nabídky a tedy před podpisem smlouvy. Námitka zadavatele spočívající v tom, že obdobné ustanovení je u veřejných zakázek běžně užívané a dodavatelé akceptovatelné je bezpředmětná, neboť ani případná akceptace tohoto ustanovení ze strany dodavatelů nemůže zhojit skutečnost, že toto je v rozporu se zákonem. Nadto je uvedené ustanovení natolik obecné, že lze mít důvodné pochybnosti o tom, zda toto není z důvodu neurčitosti (§ 37 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku) absolutně neplatné. Bez ohledu na platnost či platnost je však uvedené ustanovení značně problematické a jeho zahrnutí do smlouvy na veřejnou zakázku je nežádoucí, neboť do budoucna může být pro účastníky předmětem sporu, která plnění ze strany dodavatele pod něj lze zahrnout, a která nikoli. I s ohledem na výše uvedené lze tedy přisvědčit Úřadu v tom, že takové ustanovení je

způsobilé ovlivnit nabídkovou cenu uchazeče, případně to, zda v zadávacím řízení podá či nepodá nabídku.

29. Lze přisvědčit zadavateli v tom, že institut jistoty slouží k zajištění toho, aby ze strany uchazeče nedošlo k odstoupení od nabídky a odmítnutí uzavřít smlouvu. V uvedeném případě však uchazeč od své nabídky neodstoupil, ani neodmítl uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Skutečnost, že v zákonem stanovené lhůtě zvažoval rizika vyplývající z podpisu návrhu předloženého zadavatelem, nemůže být důvodem pro propadnutí jistoty, neboť k jejímu propadnutí může dojít pouze v případech taxativně vymezených zákonem. Institut jistoty slouží výlučně k ochraně oprávněných zájmů zadavatele a skutečnost, že zadavatel má v držení jistotu poskytnutou navrhovatelem, nesmí na jeho straně zakládat takové postavení, jež může ovlivnit vybraného uchazeče v rozhodnutí, zda přistoupí na změnu smluvních podmínek, navrhovaných v rámci své nabídky.
30. Pokud zadavatel v závěru rozkladu konstatuje, že k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem (resp. k neuzavření smlouvy s navrhovatelem) došlo z důvodu nečinnosti a zastavení veškerých kroků vedoucích k zahájení plnění ze strany navrhovatele, de facto připouští, že k uzavření smlouvy s vybraným uchazečem přistoupil z jiných důvodů, než v § 82 odst. 4 zákon umožňuje. Skutečnost, že navrhovatel před uzavřením smlouvy nezapočal s předmětem plnění, nemůže být důvodem pro to, aby smlouva byla před uplynutím zákonné 15 denní lhůty uzavřena s uchazečem dalším v pořadí a nemůže být ani důvodem pro propadnutí jistoty. Tvzení, že nepropadnutím jistoty navrhovatele by došlo k porušení zásady rovného zacházení ve vztahu ke společnosti PROMINECON GROUP s.r.o., která od své nabídky odstoupila výslovně, nemá oporu ve skutkových okolnostech. Navrhovatel, na rozdíl od PROMINECON GROUP s.r.o., neodmítl uzavřít smlouvu a činil úkony směřující k jejímu uzavření. Tvzení, že navrhovatel neměl v úmyslu své nabídce dostat je tedy pouhou spekulací zadavatele.
31. Co se týče výše pokuty, tato byla stanovena v rámci zákonné sazby a vzhledem ke všem okolnostem je přiměřená závažnosti zjištěného porušení zákona, přitěžujícím i polehčujícím okolnostem i rozpočtovým možnostem zadavatele. Za delikt uvedený ve výroku II. uložil Úřad pokutu ve výši 500 000,- Kč, ačkoli byl, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona, oprávněn uložit pokutu až do výše 984 164,- Kč. Přestože jednání zadavatele uvedené ve výroku III. napadeného rozhodnutí (zadržení jistoty poskytnuté navrhovatelem) nepředstavuje delikt, za nějž by mohla být dle zákona zadavateli uložena sankce, jedná se nepřípustný důsledek předchozího nezákonného postupu zadavatele vůči navrhovateli. Nepřípustným postupem zadavatele ve smyslu předchozí věty se rozumí postup, kdy zadavatel neumožnil navrhovateli uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku v souladu s návrhem smlouvy navrhovatele a svůj protizákonný postup vůči navrhovateli završil tím, že mu nevrátil poskytnutou jistotu. Za situace, kdy nebyly splněny předpoklady uvedené v § 67 odst. 7 zákona (tj. navrhovatel v rozporu se zákonem neodmítl uzavřít smlouvu, ani nezrušil či nezměnil svoji nabídku), zadavateli nevznikl nárok na to, aby si peněžní jistotu poskytnutou navrhovatelem ponechal. Protiprávní zadržení jistoty bezprostředně navazuje na nezákonný postup zadavatele, uvedený ve výroku II., avšak není jeho nevyhnutelným důsledkem a zadavatel se neoprávněného zadržování jistoty mohl a měl vyvarovat. Zadržení jistoty, jež

bylo výrokem III. kvalifikováno jako postup v rozporu s § 67 odst. 7 zákona, aniž by za něj byla ukládána sankce, je ve vztahu ke spáchanému deliktu přitěžující okolností. Byť lze souhlasit se závěrem Úřadu, uvedeném ve výroku III., že nedodržení postupu dle § 67 odst. 7 zákona neovlivnilo výběr nejhodnější nabídky, je nutno konstatovat, že se jedná o podstatné porušení zákona, byť toto nenaplnuje znaky skutkové podstaty žádného ze zákonem vymezených správních deliktů.

32. Jako přitěžující okolnost, odůvodňující výši uložené pokuty, je nutno hodnotit též navýšení ceny veřejné zakázky o částku 4 393 869,- Kč, což je rozdíl mezi nabídkovou cenou navrhovatele a nabídkovou cenou vybraného uchazeče. Ačkoli lze souhlasit se zadavatelem v tom, že při použití základního hodnotícího kritéria nejnižší cenové nabídky je vyšší nabídková cena přirozeným důsledkem toho, že smlouvy byla uzavřena dalším uchazečem pořadí, je nutno zohlednit, že v konkrétním případě bylo navýšení ceny velmi výrazné. Nabídková cena vybraného uchazeče byla oproti nabídkové ceně navrhovatele vyšší o cca 29%. K navýšení ceny nadto nedošlo v rámci zákonného postupu zadavatele, ale výlučně z důvodu, že zadavatel v zákonné lhůtě nepřistoupil k uzavření smlouvy s navrhovatelem, resp. neakceptoval jeho nabídku předloženou v rámci zadávacího řízení, navrhovatele vyrozuměl o tom, že smlouvu uzavře s vybraným uchazečem a tuto také uzavřel. Zadavatel tedy jednal v rozporu s účelem zákona, když s veřejnými prostředky nakládal neehospodárně a bez splnění zákonných předpokladů, stejně jako bez objektivních důvodů, vynaložil na veřejnou zakázku o 4 393 869,- Kč více, než vynaložit mohl a měl.
33. Jak vyplývá z procesní obrany zadavatele, hlavním důvodem, jímž ospravedlňuje zadání veřejné zakázky vybranému uchazeči a nikoli navrhovateli, je časová tíseň a zájem na co nejrychlejší realizaci předmětu plnění. Je nutno zdůraznit, že rozhodnutí uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem bylo zadavatelem učiněno ještě v době, kdy navrhovateli běžela lhůta ve smyslu 82 odst. 4 zákona a je tedy zjevné, že navrhovatel svým jednáním jakékoli průtahy zadávacího řízení nezpůsobil. Naopak zadavateli lze s ohledem na jeho argumentaci vytknout, že zadávací řízení zorganizoval způsobem, jež v jeho konečné fázi vedl k časové tísně, v důsledku čehož byl poškozen právě navrhovatel a to hned ve dvou rovinách (nezadání zakázky a propadnutí jistoty). Zadavatel tedy zjevně nepostupoval v souladu s § 39 odst. 1 zákona, jež mu ukládá, aby veškeré lhůty v zadávacím řízení stanovil s ohledem na předmět veřejné zakázky. Pokud zákon vyžaduje, aby jednotlivé lhůty v zadávacím řízení byly stanoveny s ohledem na předmět veřejné zakázky, tím spíše musí být s ohledem na předmět veřejné zakázky rozvrženo zadávací řízení jako celek, a to tak, aby s realizací veřejné zakázky mohlo být započato včas, resp. podle potřeb zadavatele. Pokud zadavatel svůj postup při zadávání veřejné zakázky odůvodňuje potřebou rychlého zahájení její realizace, je s podivem, že ačkoli mu již dne 3. 6. 2011 bylo doručeno oznámení společnosti PROMINECON GROUP a.s., že smlouvu na veřejnou zakázku neuzavře, o uzavření smlouvy s navrhovatelem zadavatel rozhodl až dne 21. 6. 2011.
34. Výše uložené pokuty je v tomto případě přiměřená, a s ohledem na kumulativní porušení zákona ze strany zadavatele, by se tato mohla pohybovat i při horní hranici zákonné sazby. Námitky zadavatele, jimiž zpochybňuje zohlednění jeho ekonomické situace, nejsou relevantní, neboť zadavatel předmětnou část odůvodnění nesprávně interpretuje. Úřad

v žádném případě výši pokuty nestanovuje s ohledem na ekonomickou situaci, či výši předpokládaných příjmů zadavatele, ale tuto stanoví v mezích zákonné sazby, s přihlédnutím k závažnosti porušení zákona, k přitěžujícím či případným polehčujícím okolnostem a k následkům, jež v důsledku nezákonného postupu zadavatele nastaly. Poté, co je na základě uvedených kritérií stanovena výše pokuty, je nutno posoudit, zda tato nemůže být v daném případě považována za krajně nespravedlivou ve smyslu nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněného ve Sbírce zákonů, v částce 142/2002 Sb., podle kterého jsou nepřípustné pokuty, jež mají pro daný subjekt likvidační charakter. Posouzení ekonomické situace daného subjektu tedy není prvotním východiskem pro stanovení výše pokuty, ale je pouze jistým korektivem pro její případné snížení v případě, že by uložení pokuty ve stanovené výši mělo pro zadavatele likvidační charakter.

35. Nelze souhlasit s tvrzením zadavatele, že částka 300 000,- Kč (jistota poskytnutá navrhovatelem) nepředstavuje neoprávněně získaný příjem. Pokud si zadavatel jistotu ponechal i přesto, že nedošlo k naplnění předpokladů uvedených v zákoně (§ 67 odst. 7 zákona), jedná se o neoprávněně zadržené plnění, které se sice do dispozice zadavatele dostalo v souladu se zákonem, nicméně právní důvod pro jeho další držení odpadl poté, kdy zadavatel svým jednáním znemožnil, aby smlouva mohla být s navrhovatelem v zákonné lhůtě uzavřena. Situace, kdy je zadavatel povinen vrátit uchazeči, resp. uchazečům poskytnutou jistotu, upravuje zákon v § 67 odst. 2 zákona, kde se pod písm. a) stanoví, že jistotu uvolní zadavatel uchazeči, jehož nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, a to do 7 dnů po uzavření smlouvy. Ustanovení § 67 zákona pokrývá všechny případy, kdy je nutno vrátit uchazečům poskytnutou jistotu, jedná se však pouze o situace, jež nastanou tehdy, pokud zadavatel v zadávacím řízení postupuje v souladu se zákonem. Zákon z povahy věci neobsahuje úpravu toho, jakým způsobem by měl zadavatel postupovat v případě, že se v důsledku svého nezákonného postupu dostane do situace, kterou zákon nepředpokládá, a tedy výslovně neupravuje. S ohledem na výše uvedené není v § 67 ani jinde v zákoně uvedeno, že zadavatel je povinen vrátit jistotu vybranému uchazeči poté, co s ním neuzavřel smlouvu, byť k tomu byl povinen. Případ, kdy smlouvu odmítne uzavřít vybraný uchazeč (případně, že tento změni či zruší svou nabídku) zákon upravuje v § 67 odst. 7 zákona a pokud k takové situaci dojde, zákon výslovně stanoví, že zadavateli případně peněžitá jistota poskytnutá vybraným uchazečem. Situaci, že smlouvu s vybraným uchazečem odmítne uzavřít zadavatel, z důvodu, že vybraný uchazeč neprovedl ve své nabídce změny požadované zadavatelem, zákon vůbec nepředpokládá, neboť se jedná o postup, který je v příkrém rozporu se zásadami uvedenými v § 6 zákona a s účelem, který zákon sleduje. Pokud zadavatel uvedeným způsobem postupoval, dopustil se správního deliktu a nemůže zneužít skutečnost, že zákon tuto situaci výslovně neřeší, když neuvádí, zda a v jaké lhůtě je zadavatel povinen vrátit vybranému uchazeči jistotu. Za této situace je zadavatel povinen vycházet z toho, co zákon stanoví výslovně. Pokud tedy zákon v § 67 odst. 7 uvádí výčet situací, kdy zadavateli případně peněžní jistota, lze z uvedeného ustanovení a contrario dovodit i to, že v jiných, než zde uvedených situacích, zadavateli nárok na propadnutí jistoty nevzniká.
36. Částka 300 000,- Kč bezesporu představuje neoprávněně získaný příjem zadavatele a na této skutečnosti nemůže nic změnit ani fakt, že tuto částku s vysokou pravděpodobností

zadavatel navrhovateli (dobrovolně či na základě pravomocného rozhodnutí civilního soudu) vrátí. Skutečnost, že si zadavatel přivlastnil částku ve výši 300 000,- Kč, aniž by měl takový postup oporu v zákoně, je bezesporu přitěžující okolností, která výrazně zhoršila důsledky jeho nezákonného postupu uvedeného v článku II napadeného rozhodnutí. Jednání zadavatele, uvedené v článku II napadeného rozhodnutí, je samo o sobě závažné, nicméně ještě závažnějším ho činí skutečnost, že zadavatel jej dále zneužil k získání neoprávněného majetkového prospěchu. Skutečnost, že zadavatel očekává, že bude muset jistotu navrhovateli vrátit, není v žádném případě důvodem ke snížení pokuty. Pokuta byla v dané výši uložena s vědomím, že zadavatel jistotu zadržel neoprávněně a může mu tedy být soudem uložena povinnost vrátit ji, coby bezdůvodné obohacení, navrhovateli. To, zda k vrácení jistoty fakticky dojde či nikoli je pro stanovení výše pokuty nerozhodné, rozhodující je pouze to, že zadavatel se jejího neoprávněného zadržení dopustil.

37. Skutečnost, že zadavatel byl v zadávacím řízení zastoupen osobou, jež pro něj průběh zadávacího řízení zajišťovala v rámci své podnikatelské činnosti, je pro posouzení odpovědnosti zadavatele irelevantní a nemůže k ní být přihlédnuto ani při stanovení výše pokuty. Zástupce zadavatele, společnost SNEO, a.s., měla při zajišťování veřejné zakázky jednat s odbornou péčí, a pokud tak nečinila a v důsledku toho zadavateli vznikne škoda, představovaná zaplacením uložené pokuty, vznikne tím zadavateli právo na náhradu škody, jež je ve smyslu § 373 obchodního zákoníku soukromoprávním vztahem, k jehož existenci Úřad není oprávněn přihlížet.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. SNEO, a.s., se sídlem Na Dračkách 405/49,162 05 Praha 6
2. DEREZA, společnost s ručením omezeným, se sídlem Libocká 659/43c, 161 00 Praha 6
3. ID Stavby Group s.r.o., se sídlem Zelený pruh 95/97,147 00 Praha 4, Braník
4. UNISTAV a.s., se sídlem Příkop 838/6, 604 33 Brno

Vypraveno dne:

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