



UOHSX005JG95

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S591/2013/VZ-7468/2014/532/RNi

Brno 7. dubna 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 13. 11. 2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Ústecký kraj, IČO 708 92 156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Kulturně turistické značení na dálnicích a silnicích Ústeckého kraje“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod evidenčním číslem zakázky 60044260,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Ústecký kraj, IČO 708 92 156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, neboť Smlouva o dílo ze dne 27. 10. 2010 nebyla uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče – Značky Praha s.r.o., IČO 49434951, se sídlem Kralupská 90, 252 62 Statenice – Černý Vůl, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejhodnější nabídky.

II.

Zadavatel – Ústecký kraj, IČO 708 92 156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, když nedodržel zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení, uvedené v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, tím, že uzavřel dne 10. 6. 2011 Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku „Kulturně turistické značení na dálnicích a silnicích Ústeckého kraje“ s vybraným uchazečem – Značky Praha s.r.o., IČO 49434951, se sídlem Kralupská 90, 252 62 Statenice – Černý Vůl – a provedl tak podstatnou změnu zadávacích podmínek stanovených zadavatelem v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Kulturně turistické značení na dálnicích a silnicích Ústeckého kraje“, která byla realizována na základě Smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2010 uzavřené s výše uvedeným vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. se zadavateli – Ústecký kraj, IČO 708 92 156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem, podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, **ukládá**

pokuta ve výši 200 000 Kč (dvě stě tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel dne 10. 4. 2013 podnět týkající se postupu zadavatele – Ústecký kraj, IČO 708 92 156, se sídlem Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem (dále jen „zadavatel“), učiněných při zadávání podlimitní veřejné zakázky „Kulturně turistické značení na dálnicích a silnicích Ústeckého kraje“ zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 27. 4. 2010 pod evidenčním číslem zakázky 60044260.
2. V podnětu byl napadán postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky, konkrétně rozpor údajů uvedených v čl. II. odst. 2 Smlouvy o dílo č. 2082/2010/RR, která byla mezi zadavatelem a vybraným uchazečem – Značky Praha s.r.o., IČO 49434951, se sídlem Kralupská 90, 252 62 Statenice – Černý Vůl (dále jen „vybraný uchazeč“) – uzavřena dne 27. 10. 2010 (dále jen „Smlouva o dílo“), s údaji uvedenými v návrhu smlouvy o dílo, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče. Autor podnětu rovněž upozorňuje na Dodatek č. 1

smlouvy o dílo, který byl uzavřen dne 10. 6. 2013 a kterým se stala Smlouva o dílo v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.

3. Předmět plnění vymezil zadavatel v bodě II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ oznámení o zakázce jako vybudování komplexního systému značení turistických cílů na dálnici a silnicích I. až III. v Ústeckém kraji, konkrétně 52 významných turistických cílů kulturního a přírodního charakteru, přičemž výsledkem má být celkem 393 informujících a navádějících značek.
4. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky byla zadavatelem stanovena podle bodu IV.2.1) „Kritéria pro zadání zakázky“ oznámení o zakázce ekonomická výhodnost nabídky, přičemž jako dílčí hodnotící kritéria zadavatel zvolil
 - nabídkovou cenu s váhou 50%,
 - smluvní pokuty s váhou 35%,
 - dobu realizace v týdnech s váhou 15%.
5. V příloze č. 2 zadávací dokumentace, jejímž obsahem byl text smlouvy o dílo, je v bodě II.1. „Doba a místo plnění“ uvedeno „Zhotovitel se zavazuje provést dílo v celém rozsahu do ...“. V bodě II.2. „Doba a místo plnění“ je uvedeno „Místem dodání díla je...“.
6. Z protokolu o dokončení posouzení kvalifikace ze dne 4. 6. 2010 vyplývá, že ve lhůtě pro podání žádostí o účast podalo žádost o účast 8 zájemců, přičemž komise pro posouzení kvalifikace nevyřadila z další účasti v zadávacím řízení ani jednoho z těchto zájemců.
7. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 8. 2010 vyplývá, že do užšího kola bylo vybráno losem 5 zájemců, z nichž 4 zadavatelé podali nabídku. Hodnotící komise následně vyhodnotila jako nejvhodnější nabídku uchazeče OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o., IČO 60709111, se sídlem Jaktáře 1500, 686 01 Uherské Hradiště (dále jen „uchazeč OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o.“). S ohledem na skutečnost, že uchazeč OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o. odmítl dopisem ze dne 25. 8. 2010 se zadavatelem uzavřít smlouvu, uzavřel zadavatel dne 27. 10. 2010 smlouvu s vybraným uchazečem, který se původně umístil jako druhý v pořadí.
8. Ve Smlouvě o dílo č. 2082/2010/RR ze dne 27. 10. 2010 (dále jen „Smlouva o dílo“) je v článku II.1. „Doba a místo plnění“ uvedeno, že se zhotovitel zavazuje provést dílo v celém rozsahu do 12 týdnů od podpisu smlouvy o dílo. Oproti návrhu smlouvy obsaženému v nabídce vybraného uchazeče je v článku II.2. uvedeno, že v případě nepříznivých klimatických podmínek v zimním období, které by bránily nebo zcela vylučovaly kvalitní provádění stavebních prací nebo by jejich provedení nebylo možné bez porušení technologických postupů, které by mělo vliv na kvalitu prováděných prací, jako jsou např. výkopové práce, betonáž základových patek případně montážní práce na komunikacích, nebo by s ohledem na klimatické podmínky mohlo dojít k ohrožení pracovníků zhotovitele nebo ostatních účastníků silničního provozu, bude termín dokončení díla prodloužen. V tomto případě nebude zhotovitel v prodloužení s dokončením díla. O prodloužení termínu dokončení díla bude mezi smluvními stranami uzavřen písemný dodatek k této smlouvě vycházející z objektivně zjištěného stavu. Za nepříznivé klimatické podmínky bránící kvalitnímu a bezpečnému provádění díla jsou považovány např. teploty pod – 5°C, které vylučují provádění betonáže základových patek, stav ve sjezdovosti

komunikací v zimních podmínkách vylučující bezpečné provádění prací na pozemních komunikacích, zastavení provozu betonárek vyrábějících a dodávajících betonové směsi v oblasti provádění prací apod.

9. Dne 10. 6. 2011 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1 ke Smlouvě o dílo (dále jen „Dodatek č. 1“), v němž je uvedeno, že jeho předmětem je ujednání smluvních stran o zrušení článku II.1. Smlouvy o dílo, a to při uplatnění podmínek uvedených v článku II.2. Smlouvy o dílo, kdy došlo k nahrazení článku II.1. následujícího znění: „Smluvní strany se dohodly na termínu dokončení celého rozsahu díla takto nejpozději do 30. 4. 2011.“

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace předmětné veřejné zakázky získal pochybnosti o tom, zda zadavatel při uzavírání Smlouvy o dílo na realizaci předmětné veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z moci úřední.
11. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatel.
12. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli pod č. j. ÚOHS-S591/2013/VZ-18693/2013/532/RNi dne 13. 11. 2013, ve kterém jej seznámil s pochybnostmi o zákonnosti jeho postupu při zadávání veřejné zakázky. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S591/2013/VZ-22132/2013/532/RNi ze dne 13. 11. 2013 stanovil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byl oprávněn vyjádřit své stanovisko v řízení a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.
13. Dne 13. 11. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo zahájeno správní řízení z moci úřední.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

14. Na základě § 112 a následujících ustanovení zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, Úřad přezkoumal postup zadavatele ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejných zakázkách, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání předmětné veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, neboť Smlouva o dílo ze dne 27. 10. 2010 nebyla uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a zároveň při zadávání předmětné veřejné zakázky zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení, uvedené v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení, tím, že dne 10. 6. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1 ke Smlouvě o dílo ze dne 27. 10. 2010 a umožnil tak podstatnou změnu zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky, která byla plněna na základě Smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2010 uzavřené s vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

15. Podle § 82 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení (dále jen „zákon“), pokud nebyly ve stanovené lhůtě podány námitky podle § 110 odst. 4 zákona, uzavře zadavatel smlouvu s vybraným uchazečem do 15 dnů po uplynutí lhůty pro podání námitek. Smlouvu uzavře zadavatel v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, popřípadě upraveným podle § 32 zákona.
16. Podle § 82 odst. 3 zákona je vybraný uchazeč povinen poskytnout zadavateli řádnou součinnost potřebnou k uzavření smlouvy tak, aby byla smlouva uzavřena ve lhůtě podle odstavce 2. Odmítne-li vybraný uchazeč uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost, aby mohla být smlouva ve lhůtě podle odstavce 2 uzavřena, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako druhý v pořadí. Odmítne-li uchazeč druhý v pořadí uzavřít se zadavatelem smlouvu nebo neposkytne-li řádnou součinnost k jejímu uzavření, může uzavřít zadavatel smlouvu s uchazečem, který se umístil jako třetí v pořadí. Uchazeč druhý či třetí v pořadí, se kterým má být uzavřena smlouva, je povinen poskytnout zadavateli součinnost potřebnou k uzavření smlouvy ve lhůtě 15 dnů ode dne doručení výzvy k uzavření smlouvy.
17. V části 1.3.1 „Specifikace podmínek veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel mimo jiné uvedl, že nejzazší termín pro předání celého díla je 1. 4. 2011, a že se jedná o absolutní obchodní podmínku.
18. V části 1.4 „Místo plnění“ zadávací dokumentace je k době plnění uvedeno, že se jedná o hodnotící kritérium nabídky.
19. V části 1.7 „Kritéria a hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace je jako jedno z dílčích hodnotících kritérií uvedena doba realizace v týdnech s váhou 15%, přičemž zadavatel k tomuto dílčímu hodnotícímu kritériu uvedl, že bude hodnocena doba realizace za celý předmět veřejné zakázky v týdnech s tím, že zadavatelem bude určen nejzazší termín realizace veřejné zakázky. Zadavatel rovněž uvedl, že lhůta se počítá od okamžiku podpisu smlouvy o dílo do předání celého předmětu plnění. Nejvýhodnější nabídkou bude nabídka s nejkratší dobou realizace.
20. V části 1.8.1 „Všeobecné smluvní podmínky“ zadávací dokumentace je uvedeno, že text návrhu smlouvy o dílo – příloha č. 2 zadávací dokumentace – je pro uchazeče závazný a mohou do něj doplňovat jen údaje o své obchodní firmě a nabídkové parametry.
21. V příloze č. 2, která obsahovala návrh smlouvy o dílo, je v čl. II.1 „Doba a místo plnění“ uvedeno: *„Zhotovitel se zavazuje provést dílo v celém rozsahu do ...“*.
22. Vybraný uchazeč v čl. II.1. „Doba a místo plnění“ návrhu smlouvy, který byl součástí jím podané nabídky, uvedl, že se zavazuje provést dílo v celém rozsahu do 12 týdnů od podpisu smlouvy o dílo. V čl. II.2. tamtéž je uvedeno, že místem dodání díla je Ústecký kraj.
23. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 9. 8. 2010 vyplývá, že hodnotící komise doporučila zadavateli uzavřít smlouvu o dílo s uchazečem OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o. S ohledem na skutečnost, že uchazeč OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o. odmítl dopisem ze dne 25. 8. 2010 se zadavatelem uzavřít smlouvu, uzavřel zadavatel dne 27. 10. 2010 smlouvu s vybraným uchazečem, který se původně umístil jako druhý v pořadí.

24. Ve Smlouvě o dílo je v článku II.1. „Doba a místo plnění“ uvedeno, že se zhotovitel zavazuje provést dílo v celém rozsahu do 12 týdnů od podpisu smlouvy o dílo. Oproti návrhu smlouvy obsaženému v nabídce vybraného uchazeče je v článku II.2. uvedeno, že v případě nepříznivých klimatických podmínek v zimním období, které by bránily nebo zcela vylučovaly kvalitní provádění stavebních prací nebo by jejich provedení nebylo možné bez porušení technologických postupů, které by mělo vliv na kvalitu prováděných prací, jako jsou např. výkopové práce, betonáž základových patek případně montážní práce na komunikacích, nebo by s ohledem na klimatické podmínky mohlo dojít k ohrožení pracovníků zhotovitele nebo ostatních účastníků silničního provozu, bude termín dokončení díla prodloužen. V tomto případě nebude zhotovitel v prodlení s dokončením díla. O prodloužení termínu dokončení díla bude mezi smluvními stranami uzavřen písemný dodatek k této smlouvě vycházející z objektivně zjištěného stavu. Za nepříznivé klimatické podmínky bránící kvalitnímu a bezpečnému provádění díla jsou považovány např. teploty pod -5°C , které vylučují provádění betonáže základových patek, stav ve sjízdnosti komunikací v zimních podmínkách vylučující bezpečné provádění prací na pozemních komunikacích, zastavení provozu betonárek vyrábějících a dodávajících betonové směsi v oblasti provádění prací apod.
25. V čl. IV.1. „Splnění závazku“ Smlouvy o dílo je uvedeno, že ke splnění závazku dojde předáním díla objednateli, který je k převzetí díla oprávněn v místě plnění a potvrzením dokladu o předání a převzetí díla objednatelem.
26. Z ustanovení § 82 odst. 2 zákona vyplývá, že zadavatel je povinen uzavřít smlouvu v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Případná změna takto uzavřené smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem je následně realizována formou dodatku ke smlouvě, tedy dodatečnou dohodou smluvních stran, kterou se mění původní smluvní vztah, který je dále interpretován pouze ve znění předmětného dodatku. Pokud je dodatkem změněn původní obsah smlouvy o dílo, je nutno na tuto smlouvu o dílo nahlížet od okamžiku uzavření dodatku tak, jakoby od počátku byla uzavřena ve znění modifikovaném uzavřeným dodatkem.
27. Přípustností změny smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem na základě proběhlého zadávacího řízení se zabývá Evropský soudní dvůr v rozsudku ze dne 19. 6. 2008 ve věci C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich, v němž mimo jiné konstatuje, že změny ustanovení veřejné zakázky během jejího trvání představují nové zadání veřejné zakázky, pokud mají odlišnou povahu než původní zakázka, a v důsledku toho prokazuje vůli smluvních stran znovu sjednat základní podmínky této zakázky. Změnu veřejné zakázky během doby trvání lze podle Evropského soudního dvora považovat za podstatnou, pokud by zavedla podmínky, které by umožnily, pokud by se vyskytovaly v původním postupu při zadávání veřejné zakázky, připuštění jiných uchazečů než těch, kteří byli původně připuštěni, nebo které by umožnily vybrat za nejvhodnější jinou nabídku než tu, která byla původně vybrána. Za podstatnou je nutno považovat podle Evropského soudního dvora rovněž změnu, která značnou měrou veřejnou zakázku rozšiřuje o služby, které původně nebyly předpokládány, či změnu, která mění způsobem, který nebyl v původních zadávacích podmínkách předpokládán, hospodářskou rovnováhu smluvního vztahu ve prospěch uchazeče, jemuž byla veřejná zakázka zadána.

28. V šetřeném případě uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem Smlouvu o dílo, která se od návrhu smlouvy o dílo, který byl součástí nabídky vybraného uchazeče, podstatně lišila. Smlouva o dílo uzavřená mezi zadavatelem a vybraným uchazečem byla rozšířena o čl. II.2., který upravuje postup smluvních stran pro případ, že by při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky došlo ke změně klimatických podmínek, které by mohly mít vliv na termín dokončení díla. Z článku II.2. Smlouvy o dílo vyplývá, že pokud při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky nastanou nepříznivé klimatické podmínky v zimním období, bude termín dokončení díla prodloužen, přičemž v takovém případě nebude vybraný uchazeč v prodlení s dokončením díla.
29. Úřad konstatuje, že zadavatel uzavřením Smlouvy o dílo upravené o čl. II.2. porušil § 82 odst. 2 zákona, neboť uzavřel smlouvu v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.
30. K povaze změny provedené zadavatelem ve Smlouvě o dílo Úřad konstatuje, že uvedenou změnu Smlouvy o dílo je nutno považovat za podstatnou, neboť se jedná o změnu, která by v případě, že by byla zadavatelem uvedena již v návrhu smlouvy o dílo, který byl součástí zadávací dokumentace, mohla ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, jakož i konečný počet uchazečů účastnících se předmětného zadávacího řízení. Zadavatelem provedená změna Smlouvy o dílo je o to závažnější, že se její dopad dotýká dílčího hodnotícího kritéria stanoveného zadavatelem, a mohla tak mít přímý dopad na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel v zadávací dokumentaci ke stanovení hodnoty dílčího hodnotícího kritéria doba realizace v týdnech uvedl, že lhůta, která bude předmět hodnocení, se bude počítat od okamžiku podpisu smlouvy o dílo do předání celého předmětu plnění, přičemž za nejvýhodnější nabídku bude považována nabídka s nejkratší dobou realizace. Jednotliví uchazeči tak museli při kalkulaci konečné hodnoty u tohoto dílčího hodnotícího kritéria započítat i jimi odhadovanou časovou rezervu pro případ, že by nastaly nepříznivé klimatické podmínky, za kterých by nebyli schopni pokračovat v realizaci předmětu plnění. Pokud by zadavatel stanovil již v zadávacích podmínkách, že v případě nepříznivých klimatických podmínek bude možno práce přerušit, aniž by se tato doba započítávala do termínu plnění, a uchazeči tak nebude hrozit sankce za porušení smluvních povinností, lze předpokládat, že mohla být vybrána výhodnější nabídka než nabídka vybraného uchazeče, neboť nelze vyloučit, že by tato změna v případě modifikace v době před původním zadávacím řízením vedla k účasti i jiných potenciálních uchazečů v předmětném zadávacím řízení.
31. Úřad rovněž uvádí, že z dokumentu „Odstoupení od cenové nabídky“ ze dne 25. 8. 2010 uchazeče OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o., kterým odmítl uzavřít se zadavatelem smlouvu o dílo, vyplývá, že tento uchazeč odstoupil od cenové nabídky z důvodu přeplnění výrobní kapacity, přičemž uvedl, že pokud by veřejnou zakázku získal, nebyl by schopen v letošním roce (v roce 2010) dostát svým závazkům, které uvedl v nabídce, a to z časových důvodů. Z uvedeného lze usuzovat, že informace zadavatele o možnosti prodloužení termínu plnění předmětné veřejné zakázky v případě nepříznivých klimatických či jiných nepředvídatelných změn, mohla mít rovněž vliv na rozhodnutí uchazeče OSFER MORAVA UHERSKÉ HRADIŠTĚ, s.r.o. o odmítnutí uzavření smlouvy o dílo se zadavatelem.
32. Důsledkem zadavatelem provedené změny ve Smlouvě o dílo, pak bylo uzavření Dodatku č. 1, kterým na základě čl. II.2 Smlouvy o dílo došlo k prodloužení termínu dokončení díla, a to do 30. 4. 2011. Změnu Smlouvy o dílo provedenou zadavatelem Dodatkem č. 1 je nutno

považovat za nepřípustnou, neboť jí došlo k podstatné změně Smlouvy o dílo a tato se stala opětovně v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče.

33. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona tím, že obsah Smlouvy o dílo nebyl uzavřen v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí, tedy že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

34. Podle § 6 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
35. Dne 10. 6. 2011 byl uzavřen mezi zadavatelem a vybraným uchazečem Dodatek č. 1, jehož předmětem byla dohoda smluvních stran na novém termínu dokončení celého rozsahu díla, a to nejpozději do 30. 4. 2011.
36. V předávacím protokolu č. 2082/2010/RR ze dne 31. 5. 2011, který byl Úřadu doručen spolu s vyjádřením zadavatele k podnětu, je mimo jiné uvedeno, že stavební a montážní práce byly dokončeny 28. 4. 2011.
37. K výše uvedenému Úřad konstatuje, že zásada rovného zacházení, vyjádřená v § 6 zákona, je vedle zásady transparentnosti a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být ze strany zadavatele bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Zásada rovného zacházení přitom znamená takový postup zadavatele, kdy je zajištěn stejný, nezávazný přístup zadavatele ke všem potenciálním dodavatelům poptávané veřejné zakázky. Jinak řečeno, žádný z potenciálních dodavatelů nesmí být oproti ostatním potenciálním dodavatelům jakkoliv zvýhodněn či preferován.
38. Jedním z předpokladů nezbytných k tomu, aby v praxi docházelo k žádoucí efektivní alokaci veřejných prostředků, je obdržení co nejvyššího počtu vzájemně si konkurujících nabídek zadavatelem. Uvedené znamená, že latentní účel zákona spočívá ve vytvoření co možná nejširšího soutěžního prostředí. Úřad podotýká, že bez zajištění prostoru pro soutěž dodavatelů o poptávanou veřejnou zakázku ze strany zadavatele nelze o efektivním vynakládání veřejných prostředků vůbec reálně uvažovat. Jedním z projevů existence soutěžního prostředí je fakt, že všichni uchazeči, kteří podají nabídku do zadávacího řízení, mají, alespoň v prvotní fázi, tedy než dojde k jejich případnému vyloučení ze zákonem předvídaných důvodů zadavatelem, stejnou šanci poptávanou veřejnou zakázku vysoutěžit. Avšak k tomu, aby měli uchazeči stejnou příležitost zakázku získat, musí zadavatel nastavit zadávací podmínky pro všechny uchazeče totožně a bez rozdílu, tedy tak, aby dodržel zásadu rovného zacházení podle § 6 zákona. Tím, že byl v šetřeném případě teprve až po uzavření Smlouvy o dílo, v důsledku změn provedených v této smlouvě oproti návrhu smlouvy o dílo (viz bod 24 odůvodnění tohoto rozhodnutí), Dodatkem č. 1 změněn termín realizace předmětu plnění veřejné zakázky oproti termínu realizace uvedenému ve Smlouvě o dílo, zvýhodnil zadavatel vybraného uchazeče oproti zbylým uchazečům o předmětnou veřejnou zakázku. Projevem uvedeného zvýhodnění byla skutečnost, že pokud by zadavatel již při zahájení šetřeného zadávacího řízení stanovil možnost variabilně měnit datum dokončení

celého rozsahu díla v závislosti na klimatických podmínkách, tedy za podmínek, na základě kterých byl uzavřen Dodatek č. 1, nelze vyloučit, že by zadavatel mohl obdržet pro něj výhodnější nabídku od některého z ostatních uchazečů, jež se zadávacího řízení zúčastnili. Avšak tím, že zadavatel modifikoval termín dokončení realizace předmětu plnění teprve až po uzavření Smlouvy o dílo s vybraným uchazečem, se zadavatel dopustil porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení, neboť jeho jednání mohlo mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

39. Úřad konstatuje, že vybraný uchazeč ve své nabídce garantuje zadavateli provést předmět plnění do 12 týdnů ode dne podpisu smlouvy o dílo, avšak z dokumentace k veřejné zakázce vyplývá, že ve skutečnosti byl předmět plnění vybraným uchazečem zrealizován za 30 týdnů a 6 dnů, neboť Smlouva o dílo byla uzavřena dne 27. 10. 2010 a k předání předmětu díla došlo na základě předávacího protokolu ze dne 31. 5. 2011. Termín plnění, který byl předmětem hodnocení, byl v případě vybraného uchazeče překročen o 18 týdnů a 6 dnů, tedy přibližně 2,5 krát.
40. Uzavřením Dodatku č. 1 porušil zadavatel § 6 zákona, když nedodržel zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení tím, že uzavřel dne 10. 6. 2011 Dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo na předmětnou veřejnou zakázku s vybraným uchazečem a umožnil tak podstatnou změnu zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, které byly plněny na základě Smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2010 uzavřené s vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
41. Úřad podotýká, že zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 1.3.1 „Specifikace podmínek veřejné zakázky“ uvedl, že nejzazší termín pro předání celého díla je 1. 4. 2011, přičemž se jedná o absolutní obchodní podmínku. Dodatkem č. 1 však zadavatel jím stanovenou absolutní obchodní podmínku porušil a v rozporu se zákonem prodloužil vybranému uchazeči termín realizace předmětu plnění veřejné zakázky.
42. Úřad pro úplnost dodává, že Dodatek č. 1 byl mezi zadavatelem a vybraným uchazečem uzavřen zpětně, tedy v momentě, kdy již byla realizace předmětu plnění dokončena, přičemž v Dodatku č. 1 byla stanovena lhůta pro dokončení celého rozsahu díla do 30. 4. 2011. Lze se pouze dohadovat, z jakého důvodu byl Dodatek č. 1 uzavřen až po realizaci předmětu plnění a nikoli aktuálně v průběhu plnění veřejné zakázky. V předávacím protokolu ze dne 31. 5. 2011 je uvedeno, že stavební a montážní práce byly dokončeny dne 28. 4. 2011. Úřad s ohledem na znění čl. IV.1. „Splnění závazku“ Smlouvy o dílo (viz bod 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí) konstatuje, že vybraný uchazeč nedodržel ani zadavatelem stanovený termín dokončení v Dodatku č. 1, neboť dle citovaného článku Smlouvy o dílo se považuje závazek za splněný až po předání díla zadavateli a po potvrzení dokladu o předání a převzetí díla zadavatelem. K potvrzení dokladu o předání a převzetí díla zadavatelem však nedošlo dne 28. 4. 2011, ale dne 31. 5. 2011, který je tak nutno považovat za den, kterým došlo ke splnění závazku vyplývajícího ze Smlouvy o dílo, a tedy k faktickému dokončení předmětu plnění šetřené veřejné zakázky.
43. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení, uvedené v § 6 zákona, tím, že dne 10. 6. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1 ke Smlouvě o dílo ze dne 27. 10. 2010 a umožnil tak podstatnou změnu zadávacích podmínek v rámci

zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jejíž předmět plnění byl realizován na základě Smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2010 uzavřené s vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel již v okamžiku zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku stanovil nejzazší termín realizace předmětu plnění veřejné zakázky v podobě, v jaké byl uzavřen Dodatek č. 1, mohla být vybrána nabídka obsahující pro zadavatele výhodnější podmínky plnění, než tomu bylo u nabídky vybraného uchazeče. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, tedy že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

44. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
45. Zadavatel se při uzavírání smlouvy o dílo na předmětnou veřejnou zakázku dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 82 odst. 2 zákona, když Smlouva o dílo nebyla uzavřena v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče. Současně se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona i tím, že nedodržel při zadávání předmětné veřejné zakázky zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení, uvedené v § 6 zákona, tím, že dne 10. 6. 2011 uzavřel s vybraným uchazečem Dodatek č. 1 ke Smlouvě o dílo ze dne 27. 10. 2010 a umožnil tak podstatnou změnu zadávacích podmínek předmětné veřejné zakázky, která byla plněna na základě Smlouvy o dílo ze dne 27. 10. 2010 uzavřené s vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
46. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
47. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona naplněna. V daném případě došlo ke spáchání správních deliktů uzavřením Smlouvy o dílo dne 27. 10. 2010 a uzavřením Dodatku č. 1 dne 10. 6. 2011, přičemž Úřad se o jejich spáchání dověděl z podnětu ze dne 3. 4. 2013, který Úřad obdržel dne 10. 4. 2013, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt v šetřeném případě nezanikla.
48. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a).
49. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (poena maior absorbet minore – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikrát dovedl Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008), při trestání správních deliktů tímž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy

ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním orgánem vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomoci analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16. 4. 2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31. 5. 2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

50. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu. V daném případě zadavatel naplnil skutkové podstaty dvou správních deliktů.
51. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že pro stanovení konkrétní výše uložené pokuty je nutné posuzovat jednotlivé výše uvedené správní delikty samostatně.
52. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký delikt je v šetřeném případě závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).
53. Pro uložení pokuty je třeba určit, který ze dvou správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí je deliktem závažnějším, a z něj vyjít při určení sankce v rámci tohoto správního řízení. Horní hranice sankce je ve vztahu k oběma posuzovaným deliktům totožná, neboť v obou případech se jedná o stejnou skutkovou podstatu vymezenou v § 120 odst. 1 písm. a) zákona a pro účely určení výše se sankce se tedy shodně aplikuje § 120 odst. 2 písm. a) zákona. V případě, že je u sbíhajících se správních deliktů stanovena sankce shodná (jako v tomto případě), pak platí, že správní orgán uloží jedinou sankci ve výměře podle některého z nich (při aplikaci zásady absorpce přitom Úřad zohlední, že účastník řízení se dopustil dalšího deliktu).
54. Za situace, kdy z pouhého porovnání skutkových podstat vymezených zákonem nelze určit, který delikt je v posuzovaném případě závažnější, Úřad pokládá za závažnější ten delikt, za nějž by byla při samostatném posouzení uložena nejvyšší sankce. Při určení její předpokládané výše přitom Úřad vychází zejména ze závažnosti deliktu.
55. V šetřeném případě považuje Úřad za závažnější správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, neboť až v důsledku zadavatelem provedené změny ve Smlouvě o dílo, bylo možné uzavření Dodatku č. 1, kterým se zadavatel dopustil porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení. Za rozhodující považuje Úřad rovněž skutečnost, že již prvotní

zadavatelem provedená změna ve Smlouvě o dílo mohla mít podstatný vliv na výběr nejhodnější nabídky a okruh potenciálních dodavatelů, kteří by se za zadavatelem změněných podmínek mohli účastnit zadávacího řízení.

56. Jak vyplývá ze smlouvy o dílo uzavřené s vybraným uchazečem, cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí celkem 5 901 828 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 295 091 Kč.
57. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
58. Z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012 vyplývá, že je-li výše uložené pokuty výsledkem správního uvážení Úřadu a rozhodnutí je vydáváno s využitím zákonem uložené diskrece, je povinností Úřadu zabývat se všemi hledisky, která jsou pro posouzení výše pokuty nezbytná a nadto musí zohlednit i další skutečnosti, jež mohou mít na konkrétní výši pokuty vliv. Klíčovou je pak podmínka, aby z rozhodnutí bylo seznatelné, jaké konkrétní úvahy vedly správní orgán k uložení pokuty v příslušné výši, a aby výše pokuty s ohledem na zvažovaná kritéria a zákonnou limitaci vyhověla podmínce přiměřenosti. Ve stejném rozsudku je dále uvedeno, že *„úvaha Úřadu musí vést k hodnocení individuální povahy protiprávního jednání, přičemž zvažované okolnosti je třeba rozlišovat na přitěžující a polehčující a vždy je posuzovat z hlediska konkrétního dopadu na danou věc.“*
59. Požadavky na odůvodnění výše pokuty byly rovněž uvedeny v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 4 As 51/2007-68 ze dne 27. 3. 2008, kde soud konstatoval, že *„řádné odůvodnění ukládané sankce v případě správního trestání je základním předpokladem pro přezkoumatelnost úvahy, kterou byl správní orgán při svém rozhodování veden. Zohledněním všech hledisek, jež lze v konkrétní věci považovat za relevantní, pak určuje míru zákonnosti stanoveného postihu.“*
60. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že porušil § 82 odst. 2 zákona, když uzavřel Smlouvu o dílo s vybraným uchazečem na plnění předmětné veřejné zakázky v rozporu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce vybraného uchazeče, a zároveň zásadu transparentnosti a zásadu rovného zacházení, uvedené v § 6 zákona, když dne 10. 6. 2011 uzavřel Dodatek č. 1, jehož obsahem byla změna Smlouvy o dílo. Úřad vzal v potaz skutečnost, že zadavatel svým postupem mohl podstatně omezit soutěžní prostředí, neboť informace vztahující se k termínu plnění veřejné zakázky, tedy k jednomu z dílčích hodnotících kritérií, byly zadavatelem při uzavírání Smlouvy o dílo podstatně upraveny ve prospěch vybraného uchazeče. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek a není vyloučeno, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídku cenově výhodnější, než byla nabídka vybraného uchazeče.
61. Jako přitěžující shledává Úřad tu skutečnost, že zadavatel uzavřel Dodatek č. 1 zpětně, tedy až po zrealizování veřejné zakázky. Citovaný dodatek byl uzavřen dne 10. 6. 2011, avšak lhůta pro dokončení předmětu plnění veřejné zakázky byla stanovena do 30. 4. 2011.

62. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech, neshledal Úřad další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
63. Z webových stránek Ústeckého kraje (www.kr-ustecky.cz) vyplývá, že zadavatel v roce 2013 očekával příjmy ve výši 12 277 059 000 Kč. Vzhledem k výši příjmů zadavatele Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze považovat za likvidační.
64. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocítována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
65. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má plnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Výše uložené pokuty, stanovená v tomto případě v horní polovině její maximální výše, naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující.
66. Vzhledem k tomu, že zadavatel při uzavírání Smlouvy o dílo na veřejnou zakázku „Kulturně turistické značení na dálnicích a silnicích Ústeckého kraje“ a při uzavírání Dodatku č. 1 ke Smlouvě o dílo porušil zákon, rozhodl Úřad tak, jak vyplývá z výroku III. tohoto rozhodnutí, neboť nápravy protiprávního stavu nelze dosáhnout v daném případě jiným způsobem než uložením sankce.
67. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Ústecký kraj, Velká Hradební 3118/48, 400 02 Ústí nad Labem

Vypraveno dne:

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