



UOHSX008QWPV

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: UOHS-R0352/2015/VZ-39882/2016/322/LBa

Brno 29. září 2016

V řízení o rozkladu ze dne 2. 11. 2015 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Městská část Praha – Koloděje**, IČO 00240338, se sídlem K Jízdárně 9/20, 190 16 Praha, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0453/2015/VZ-33467/2015/512/VKa ze dne 13. 10. 2015 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky, jejíž předmět byl zadán
- jako veřejná zakázka malého rozsahu s názvem „**Příprava území Praha – Koloděje**“, na jejíž realizaci byla dne 12. 11. 2013 uzavřena smlouva se SAOS s.r.o., IČO 45797081, sídlem Tachovské nám. 5, 130 00 Praha 3 – Žižkov, ve znění dodatku č. 1 ze dne 12. 11. 2013,
- uzavřením dodatku č. 2 ze dne 2. 6. 2014 ke smlouvě na realizaci veřejné zakázky s názvem „**Příprava území Praha – Koloděje**“ ze dne 12. 11. 2013 ve znění dodatku č. 1 ze dne 12. 11. 2013, uzavřené se SAOS s.r.o., IČO 45797081, sídlem Tachovské nám. 5, 130 00 Praha 3 – Žižkov,
- jako veřejná zakázka s názvem „**Stavba mateřské školy Praha – Koloděje – variantní řešení**“ ve zjednodušeném podlimitním řízení, jehož oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 11. 4. 2014 pod evidenčním číslem zakázky 485472 a na jejíž realizaci byla dne 10. 3. 2014 uzavřena smlouva s Urbiosisto, s.r.o., IČO 28993012, sídlem Sedlecká cesta 783, 250 66 Zdice, ve znění dvou dodatků ze dne 10. 3. 2014 a dodatku ze dne 27. 8. 2014,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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-S0453/2015/VZ-33467/2015/512/VKa ze dne 13. 10. 2015

p o t v r z u j i

a rozklad zadavatele

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zjištění Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže před zahájením správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, k výkonu dohledu nad postupem zadavatelů při zadávání veřejných zakázek, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Městské části Praha – Koloděje, IČO 00240338, se sídlem K Jízdárně 9/20, 190 16 Praha (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání veřejné zakázky s názvem „Příprava území Praha – Koloděje“ (dále jen „**veřejná zakázka č. 1**“), na jejíž realizaci byla dne 12. 11. 2013 uzavřena smlouva č. 56213 (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku č. 1**“) se společností SAOS s.r.o., IČO 45797081, se sídlem Tachovské nám. 5, 130 00 Praha 3 – Žižkov, veřejné zakázky zadávané jako dodatek ze dne 2. 6. 2014 ke smlouvě o dílo na veřejnou zakázku č. 1 (dále jen „**dodatek č. 2 na veřejnou zakázku č. 1**“) a veřejné zakázky s názvem „Stavba mateřské školy Praha-Koloděje – variantní řešení“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řešení, jehož oznámení o zadání zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 11. 4. 2014 pod ev. č. 485472, na jejíž realizaci byla dne 10. 3. 2014 uzavřena smlouva (dále jen „**smlouva na veřejnou zakázku č. 2**“) se společností Urbiosisto, s.r.o., IČO 28993012, se sídlem Sedlecká cesta 783, 250 66 Zdiby (dále jen „**veřejná zakázka č. 2**“).
2. Ze zadavatelem předložených dokumentací Úřad zjistil, že zadavatel zadával veřejnou zakázku č. 1 jako zakázku malého rozsahu s předpokládanou hodnotou 2 200 000 Kč bez DPH. Cena díla dle smlouvy na veřejnou zakázku č. 1 činila 1 388 517 Kč bez DPH. Z dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 vyplývá, že na základě přiloženého soupisu prací nad rámec oceněného výkazu výměr byla změněna cena díla sjednaná smlouvou na veřejnou zakázku č. 1, a to na 2 215 988 Kč bez DPH.

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

3. Z předložené dokumentace dále vyplývá, že zadavatel zadával veřejnou zakázku č. 2 jako podlimitní veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení s předpokládanou hodnotou 8 000 000 Kč bez DPH. Cena díla sjednaná smlouvou na veřejnou zakázku č. 2 činila 7 679 517 Kč bez DPH.

II. Správní řízení vedené Úřadem

4. Vzhledem k zjištěným skutečnostem získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, konkrétně získal pochybnost, zda zadavatel v rozporu s § 13 odst. 3 zákona nerozdělil veřejnou zakázku spočívající ve výstavbě mateřské školy na tři výše uvedené zakázky, a proto dne 29.7.2015 zahájil správní řízení ve věci přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky č. 1, dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a veřejné zakázky č. 2.

III. Napadené rozhodnutí

5. Dne 13.10.2015 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S0453/2015/VZ-33467/2015/512/VKa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když rozdělil předmět plnění veřejné zakázky spočívající ve výstavbě mateřské školy tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limit stanovený v § 25 písm. b) zákona, v důsledku čehož ne zvolil odpovídající druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona, když předmět plnění této veřejné zakázky následně poptal jako tři veřejné zakázky – veřejnou zakázku č. 1, dodatek č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a veřejnou zakázku č. 2, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již uzavřel výše uvedené smlouvy. Za spáchání správního deliktu ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 250 000 Kč.
6. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že dle § 13 odst. 3 zákona zadavatel nesmí rozdělit předmět veřejné zakázky tak, aby tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limity stanovené zákonem. Pro určení, zda se jedná o jednu či více veřejných zakázek, je třeba dle Úřadu vycházet z obecného pravidla, podle něhož jde-li o plnění, jež má být ve prospěch zadavatele podle předmětu veřejné zakázky uskutečňováno, svým charakterem totožné či obdobné, pak jde o plnění stejného nebo srovnatelného druhu, a tedy o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou. Pro zjištění, zda se jedná o jednu veřejnou zakázku či o více veřejných zakázek, je dle Úřadu rozhodující zejména místní, věcná, urbanistická, funkční, časová a technologická souvislost plnění, případně skutečnost, zda plnění tvoří jeden funkční celek.
7. Úřad přitom dospěl k závěru, že věcná a funkční souvislost je u přezkoumávaných veřejných zakázek zřejmá, jelikož jejich plnění jsou vzájemně propojena a bezpochyby souvisejí s též stavbou, jež má sloužit jako mateřská škola. Úřad rovněž shledal technologickou souvislost, již dovodil zejména z nezbytnosti dokončení veřejné zakázky č. 1 (spodní stavby) pro započítání plnění veřejné zakázky č. 2 (nadměrné části stavby).
8. Místní souvislost Úřad spatřil v tom, že stavební práce probíhaly v případě všech tří zakázek na pozemcích p. č. 8/1 a 19/2 v k. ú. U veřejné zakázky č. 2 je jako místo plnění uveden také pozemek p. č. 8/2 v k. ú. Koloděje, to však dle Úřadu nic nemění na místní souvislosti splnění

vzhledem k tomu, že tento pozemek je svou výměrou zanedbatelný oproti pozemkům p. č. 8/1 a 19/2 v k. ú. Koloděje.

9. K časové souvislosti Úřad uvedl, že zadavatel provedl zadávání jednotlivých zakázek v úzké časové návaznosti v rozmezí sedmi měsíců, přičemž Úřad shledal časovou provázanost i v průběžích výběrového řízení na veřejnou zakázku č. 1, okolnostech uzavření dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a zadávacím řízení na veřejnou zakázku č. 2. Úřad shrnul, že v přezkoumávaném případě je dána i časová souvislost plnění uvedených zakázek.
10. Úřad proto dospěl k závěru, že plnění uvedených veřejných zakázek tvoří plnění stejného nebo srovnatelného druhu, jde tedy o plnění, které je jedinou veřejnou zakázkou.
11. Úřad dále konstatoval, že v daném případě nebyly naplněny zákonné podmínky pro použití zjednodušeného podlimitního řízení, neboť skutečná předpokládaná hodnota veřejné zakázky (daná součtem hodnoty veřejné zakázky č. 1 podle smlouvy na veřejnou zakázku č. 1 ve znění dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a předpokládané hodnoty veřejné zakázky č. 2) překročila limit podle § 25 písm. b) zákona. Zadavatel tedy pro zadávání veřejné zakázky (resp. veřejné zakázky č. 1, veřejné zakázky zadávané jako dodatek č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a veřejné zakázky č. 2) ne zvolil příslušný druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona.

IV. Námitky rozkladu

12. Dne 2. 11. 2015 doručil zadavatel Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 19. 10. 2015. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
13. Zadavatel v rozkladu namítá, že jeho snahou bylo co nejrychlejší zadávání jednotlivých zakázek na stavební práce tak, aby mohla být celá stavba mateřské školy dokončena v červnu 2014. Vzhledem k tomu, že zadavatel nepředpokládal, že by celková cena stavebních prací přesáhla 10 000 000 Kč, rozhodl se veřejnou zakázku zadat a potenciální dodavatele oslovit v rámci zjednodušeného podlimitního řízení.
14. Zadavatel dále uvádí, že měl eminentní zájem na tom, aby stavba byla provedena odborně, kvalitně a v dohodnutém termínu a nevznikly tedy neúměrné průtahy, jimiž by byla zmařena realizace stavby mateřské školy tak, aby mohla být použita již pro školní rok 2014/2015. Zadavatel při výběru uchazečů postupoval v souladu se zákonem a zásadami zadávacího řízení, zejména zásadou hospodárnosti, když oslovil ty uchazeče, na které měl dobré reference.
15. Zadavatel namítá, že zakázky zadával samostatně z důvodu dodržení zásady hospodárnosti, když na základě průzkumu trhu zjistil, že žádný z potenciálních dodavatelů nebyl schopen zajistit stavbu základové desky vlastními kapacitami, ale pouze prostřednictvím subdodavatele, což by vedlo ke zvýšeným nákladům. Zadavatel dále uvádí, že pokud by měly být zakázky zadány dohromady jako jeden celek, a mělo by být provedeno zadávací řízení v přísnějším režimu zadávání veřejných zakázek, nelze dle názoru zadavatele ani předpokládat, že by se přihlásilo více zájemců, a to z důvodu financování formou dvou odlišných dotací, kdy by část veřejné zakázky na realizaci horní stavby mateřské školy musela být zadavatelem opatřena výhradou zrušení, pokud by na ní nebyla dotace obdržena.

16. Zadavatel má za to, že kdyby byly zakázky zadány jako jeden celek, mohlo by dojít rovněž k diskriminaci těch případných zájemců o zakázku, kteří by neměli zájem nebo by nebyli schopni o zakázku soutěžit v obou jejích částech. Zadavatel s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) č. j. 62 Af 119/2013-59 ze dne 20. 7. 2015 uvádí, že k dělení veřejných zakázek směřuje i současná rozhodovací praxe.
17. Zadavatel dále namítá, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí cenu zakázky vypočítal jako součet reálné ceny veřejné zakázky č. 1, reálné ceny víceprací na základě dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a předpokládané hodnoty veřejné zakázky č. 2, čímž dospěl k celkové částce 10 215 988 Kč bez DPH. Dle názoru zadavatele není takto určená celková hodnota vypočítána správně, jelikož finanční limit je stanoven pro předpokládanou hodnotu, nikoli reálnou cenu plnění. Nesprávnému výpočtu nasvědčuje dle zadavatele i fakt, že k překročení finančního limitu došlo dle Úřadu pouze o marginální částku.
18. Úřad se dle názoru zadavatele v odůvodnění napadeného rozhodnutí ani dostatečně nevypořádal s tím, jakým způsobem zadavatel podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
19. S ohledem na výše uvedené má zadavatel za to, že při určení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a druhu zadávacího řízení postupoval v souladu se zákonem a respektoval zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
20. Ohledně pokuty zadavatel namítá, že Úřad při posouzení domnělého správního deliktu akcentoval zejména represivní funkci právní odpovědnosti, neboť uložená pokuta sice není likvidační, ale může mít „*pro zadavatele nepříznivý charakter*“.
21. Zadavatel taktéž poukazuje na to, že nad rámec uložené pokuty může být taktéž finančně postižen poskytovatelem dotace, který při krácení dotace přihledne k napadenému rozhodnutí. K výši pokuty zadavatel dále uvádí, že udělená Úřadem tedy může mít pro zadavatele nepříznivý charakter především ve vztahu k občanům daného regionu.
22. Zadavatel namítá, že se Úřad dostatečně nevypořádal ani s tím, že jeho jednání spočívající v domnělém neoprávněném rozdělení veřejné zakázky nemohlo být úmyslné a nesměřovalo ke zvýhodnění či naopak ke znevýhodnění některého z uchazečů.

Závěr rozkladu

23. Zadavatel s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. V případě, že by předseda Úřadu dospěl i přes výše uvedené k závěru, že zadavatel povinnost stanovenou v ustanovení § 13 odst. 3 zákona porušil, zadavatel žádá, aby předseda Úřadu výši uložené pokuty přiměřeně snížil.

V. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
26. Úřad postupoval správně, v souladu se zákonem a správním řádem, když výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem, za což Úřad zadavateli výrokem II. napadeného rozhodnutí uložil pokutu ve výši 250 000 Kč. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou podrobně rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a k potvrzení napadeného rozhodnutí.

VI. K námitkám rozkladu

27. Jak vyplývá z výše uvedeného shrnutí napadeného rozhodnutí, Úřad dovedl, že zadavatel v rozporu s § 13 odst. 3 zákona rozdělil předmět veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy na tři veřejné zakázky (na veřejnou zakázku č. 1, dodatek č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a na veřejnou zakázku č. 2) tak, že tím došlo ke snížení předpokládané hodnoty pod finanční limit stanovený v § 25 písm. b) zákona, v důsledku čehož zadavatel ne zvolil odpovídající druh zadávacího řízení podle § 21 odst. 1 zákona.
28. Z bodu 80. a 81. odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Úřad při vymezení předpokládané hodnoty veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy (a tedy zjišťování, zda byl překročen uvedený finanční limit) vycházel ze součtu ceny plnění dle smlouvy na veřejnou zakázku č. 1 ve znění dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 (2 215 988 Kč bez DPH) a předpokládané hodnoty veřejné zakázky č. 2 (8 000 000 Kč bez DPH).
29. Zadavatel v podaném rozkladu nejdříve namítá, že při výpočtu ceny veřejné zakázky Úřad vycházel z reálné ceny zakázky č. 1 a dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1, přestože měl vycházet z hodnoty předpokládané.
30. Z § 25 písm. b) zákona vyplývá, že při posouzení, zda lze veřejnou zakázku zadat ve zjednodušeném podlimitním řízení je nutné vycházet z předpokládané hodnoty veřejné zakázky bez DPH. Vzhledem k tomu se lze částečně ztotožnit se zadavatelem v tom, že Úřad měl při zjišťování celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy vycházet z dílčích předpokládaných hodnot veřejné zakázky č. 1 a veřejné zakázky č. 2. Pouze u dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 zadavatel v příslušné dokumentaci její předpokládanou hodnotu neuvedl, Úřad tedy mohl vycházet z pouze reálné hodnoty plnění realizovaného na základě tohoto dodatku. Úřad tedy nepostupoval správně, když při zjišťování (celkové) předpokládané hodnoty veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy vycházel rovněž z ceny sjednané smlouvou na veřejnou zakázku č. 1.
31. K tomu dále konstatuji, že dvouinstančnost řízení před Úřadem zajišťuje nejen dvojitý posouzení věci, ale je také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm. To lze dovést rovněž ze soudní judikatury (viz např. rozsudky Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 As 64/2007 ze dne 26. 3. 2008 a sp. zn. 5 Afs 16/2003 ze dne 12. 10. 2004), dle níž tvoří rozhodnutí správních orgánů I. a II. stupně z hlediska

soudního přezkumu jeden celek, přičemž je přípustné, aby nedostatky jednoho stupně mohly být zhojeny argumenty stupně druhého v situaci, kdy nedochází ke změně výroků napadeného rozhodnutí. Vzhledem k tomu jsem posoudil, zda má uvedená chyba vliv na výroky napadeného rozhodnutí, k čemuž uvádím následující.

32. Zadavatel ve „Výzvě k podání nabídky a k prokázání kvalifikace na veřejnou zakázku malého rozsahu na stavební práce“ ze dne 19. 8. 2013, jíž zadavatel zahájil veřejnou zakázku č. 1, uvedl předpokládanou hodnotu veřejné zakázky č. 1 ve výši 2 200 000 Kč bez DPH. Zadavatel dále ve výzvě k podání nabídek ze dne 4. 11. 2013 na veřejnou zakázku č. 2 vymezil předpokládanou hodnotu této zakázky na 8 000 000 Kč bez DPH. Předpokládanou hodnotu dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 zadavatel v příslušné dokumentaci o této zakázce neuvedl, cena plnění dle uvedeného dodatku přitom činí 827 471 Kč bez DPH (rozdíl mezi hodnotou veřejné zakázky č. 1 před uzavřením a po uzavření tohoto dodatku).
33. Z výše uvedeného vyplývá, že i pokud by Úřad při výpočtu celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy správně vycházel ze součtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky č. 1, veřejné zakázky č. 2 a reálné ceny dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 (tj. celkem 11 027 471 Kč bez DPH), došlo by k překročení finančního limitu stanoveného v § 25 písm. b) zákona; tato hodnota by naopak byla ještě vyšší. Ostatně, i pokud bych vycházel toliko z předpokládaných hodnot veřejných zakázek č. 1 a č. 2, jež zadavatel stanovil v příslušných zadávacích dokumentacích, jejich součet by překročil finanční limit pro použití zjednodušeného podlimitního řízení dle § 25 písm. b) zákona.
34. Vzhledem k tomu jsem dospěl k závěru, že výše uvedená chyba Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí nemá vliv na výrokovou část napadeného rozhodnutí, a proto jsem přistoupil pouze k výše uvedené korekci závěrů Úřadu.
35. Zadavatel v rozkladu dále namítá, že nepředpokládal, že by celková cena stavebních prací přesáhla 10 000 000 Kč, a proto ji zadal ve zjednodušeném podlimitním řízení.
36. S výše uvedeným tvrzením zadavatele se neztotožňuji. Jak jsem uvedl výše v tomto rozhodnutí o rozkladu, zadavatel minimálně v případě zakázky č. 1 a č. 2 (bez ohledu na hodnotu dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1) sám stanovil jejich předpokládané hodnoty, přičemž ty ve svém součtu překračují limit 10 000 000 Kč bez DPH dle § 25 písm. b) zákona (konkr. 10 200 000 Kč bez DPH). Zadavatel tak jednoznačně nemohl předpokládat, že celková předpokládaná hodnota veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy nepřekročí 10 000 000 Kč bez DPH, tedy maximální možný limit pro použití zjednodušeného podlimitního řízení.
37. Za důvodnou nepovažuji ani námitku zadavatele, že k překročení limitu došlo pouze o (dle zadavatele) marginální částku. Finanční limit podle § 25 písm. b) zákona, na nějž je vázána možnost zadat veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení, totiž není hodnota vymezená jako orientační či přibližná, nýbrž se jedná o hodnotu zákonem zcela pregnantně určenou. Jinými slovy, při posouzení, zda zadavatel zadal veřejnou zakázku ve zjednodušeném podlimitním řízení v rozporu s § 25 písm. b) zákona, je rozhodné, zda zadavatel předmětný finanční limit překročil či nikoli; naproti tomu je pak z hlediska naplnění skutkové podstaty správního deliktu zcela irrelevantní, „o kolik“ tato hodnota zakázky limit překročila. Marginálnost překročení limitu se může projevit toliko při určení výše sankce, což Úřad v napadeném rozhodnutí (konkr. v bodu 100. odůvodnění

napadeného rozhodnutí) ostatně provedl a posoudil tuto skutečnost jako polehčující okolnost.

38. Zadavatel dále uvádí, že při svém postupu při zadávání uvedených zakázek byl veden snahou o co nejrychlejší zadávání jednotlivých zakázek na stavební práce tak, aby mohla být celá stavba mateřské školy dokončena v červnu 2014, a dále eminentním zájmem na tom, aby stavba byla provedena odborně, kvalitně a v dohodnutém termínu a nevznikly tedy neúměrné průtahy, jimiž by byla zmařena realizace stavby mateřské školy tak, aby mohla být použita již pro školní rok 2014/2015.
39. K posledně shrnutým tvrzením zadavatele konstatuji, že „časová tíseň“ může být v krajně naléhavých případech za splnění dalších zákonem stanovených podmínek toliko důvodem pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Zadavatel však v tomto druhu zadávacího řízení nepostupoval a existenci takového krajně naléhavého případu ani netvrdil. Uvedené pohyby zadavatele a snaha o co nejrychlejší zadání a realizaci požadovaného plnění proto nemůže odůvodnit porušení kogentních norem zákona.
40. Zadavatel v podaném rozkladu dále namítá, že zakázky zadával samostatně z důvodu, že na základě průzkumu trhu zjistil, že žádný z potenciálních dodavatelů nebyl schopen zajistit stavbu základové desky vlastními kapacitami. Zadavatel má v této souvislosti za to, že kdyby byly zakázky zadány jako jeden celek, mohlo by dojít rovněž i k diskriminaci těch případných zájemců o zakázku, kteří by neměli zájem nebo by nebyli schopni o zakázku soutěžit v obou jejích částech. Zadavatel jako důvod pro dělení rovněž uvádí, že jednotlivé veřejné zakázky byly financovány z odlišných dotačních prostředků. Zadavatel s odkazem na rozsudek krajského soudu č. j. 62 Af 119/2013-59 ze dne 20. 7. 2015 tvrdí, že k dělení veřejných zakázek směřuje i současná rozhodovací praxe.
41. K uvedenému konstatuji, že jak Úřad správně uvedl v bodu 77. odůvodnění napadeného rozhodnutí, *„dělení veřejných zakázek jako takové nepřipustné není; zákon institut rozdělení veřejné zakázky na jednotlivé části zná a upravuje ho v § 98. Nepřipustným, a tedy i protiprávním, se stává ve chvíli, kdy jeho prostřednictvím dojde k umělému rozdělení předmětu veřejné zakázky, v jehož důsledku nastane snížení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pod finanční limity stanovené v zákoně“*. Tento závěr lze ostatně dovodit i z odkazovaného rozsudku krajského soudu č. j. 62 Af 119/2013-59 ze dne 20. 7. 2015. V tamní věci totiž krajský soud sice dospěl k závěru, že by příliš široce vymezeným předmětem plnění mohlo dojít k nezákonnému zúžení okruhu možných dodavatelů, nicméně současně konstatoval, že pokud rozdělení na více samostatných zakázek brání pravidlo v § 13 odst. 3 zákona, tedy, jedná-li se o plnění stejného či srovnatelného druhu, je namíste veřejnou zakázku rozdělit na části podle § 98 zákona. Kromě možnosti předestřené v odkazovaném rozsudku dále připadá v úvahu, aby zadavatel jednotlivá plnění zadal samostatně, ovšem v režimu a v druhu zadávacího řízení, které odpovídají předpokládané hodnotě celého předmětu veřejné zakázky (tj. všech jejích částí).
42. Plnění veřejné zakázky č. 1, dodatku č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 a plnění veřejné zakázky č. 2 bylo plněním stejného či srovnatelného druhu, u něhož byly shledány místní, věcná, funkční a časová souvislost, pročež jejich předmět tvoří jednu veřejnou zakázku spočívající ve výstavbě mateřské školy.

43. V návaznosti na námitku zadavatele ohledně odlišného financování pro úplnost odkazují na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 As 187/2014 ze dne 29. 1. 2015, dle kterého *„okolnosti úmyslu zadavatele či financování zakázky nemají vliv na posouzení stejnosti či srovnatelnosti předmětu plnění, neboť žádným způsobem nemění charakter tohoto plnění.“* Ani odlišné financování různými dotacemi tedy nepředstavuje důvod, pro který by plnění dotčených zakázek nepředstavovalo jednu veřejnou zakázku.
44. Z výše uvedeného vyplývá, že samostatnému zadání jednotlivých zakázek v režimu a v zadávacím řízení zvoleným podle předpokládaných hodnot těchto jednotlivých zakázek bránilo pravidlo stanovené v § 13 odst. 3 zákona.
45. Pokud zadavatel tvrdí, že přezkoumávané zakázky nemohl zadat v jednom zadávacím řízení, jelikož by tím porušil § 6 zákona (došlo by tím ke zúžení okruhu dodavatelů), pak konstatují, že přestože by toto tvrzení bylo pravdivé, nemění to nic na tom, že zadavateli byly dány jiné zákonné možnosti, jak mohl v takovém případě postupovat, aby přitom neporušil ani § 13 odst. 3 zákona ani § 6 zákona. Zadavatel totiž mohl veřejnou zakázku rozdělit na části podle § 98 zákona, případně mohl plnění dotčených zakázek zadat samostatně, ovšem v režimu a v druhu zadávacího řízení, které odpovídají předpokládané hodnotě celého předmětu veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy. Vzhledem k výše uvedenému nemohou zadavatelem uváděné námitky obstát.
46. Zadavatel v podaném rozkladu dále namítá, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí ani dostatečně nevypořádal s tím, jakým způsobem zadavatel podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
47. K posledně shrnuté námitce zadavatele konstatují, že Úřad se vlivem na výběr nejvhodnější nabídky zabýval v bodu 86. odůvodnění napadeného rozhodnutí, přičemž tamní vypořádání považují za správné a z hlediska přezkoumatelnosti za dostačující. Nad rámec toho zdůrazňují, že z § 120 odst. 1 písm. a) zákona *expressis verbis* plyne, že ke spáchání správního deliktu podle tohoto písmene postačuje i pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky (rovněž viz závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013).
48. Vzhledem k tomu, že se zadavatel v přezkoumávaném případě dopustil spáchání ohrožovacího správního deliktu, odkazují rovněž na závěry rozsudku Nejvyššího správního soudu sp. zn. 4 As 61/2016 ze dne ze dne 28. 6. 2016, v němž NSS konstatoval, že *„nelze přisvědčit požadavku krajského soudu, aby stěžovatel zevrubně prokazoval, že v inkriminované době existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit (...). V takovém případě by totiž stěžovatel fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku. (...) V případě, že správní orgán, tedy stěžovatel, shledá, že se v daném případě jedná o ohrožovací formu správního deliktu, nelze faktický vznik škody z logiky věci nijak prokazovat. Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu (...). Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem stěžovatele, že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto*

bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů (...).“ V návaznosti na výše uvedené tedy konstatuji, že Úřad nebyl při zkoumání vlivu na výběr nevhodnější nabídky blíže zjišťovat, zda v době zadávání veřejné zakázky existoval konkrétní dodavatel, který byl postupem zadavatele diskriminován, a postačovalo dovození pouhé potenciality vlivu na výběr nevhodnější nabídky.

49. Potentialita vlivu na výběr je přitom zřejmá již z toho, že zadavatel zadal veřejnou zakázku č. 1 jako veřejnou zakázku malého rozsahu, tedy mimo režim zákona a mimo jakékoli zadávací řízení, dodatek č. 2 na veřejnou zakázku č. 1 uzavřel přímo s dodavatelem, s nímž uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku č. 1, tedy rovněž mimo jakékoli zadávací řízení. Veřejnou zakázku č. 2 sice zadavatel zadal v režimu zákona, nicméně zjednodušeným způsobem, tj. ve zjednodušeném podlimitním řízení (jímž se oslovuje omezený počet dodavatelů a výzva k podání nabídek zveřejňuje na profilu zadavatele).
50. Pokud by však zadavatel zadával veřejnou zakázku na výstavbu mateřské školy v souladu se zákonem v příslušném druhu zadávacího řízení, mohl obdržet nabídky od více potenciálních dodavatelů, a mezi nimi tedy i nabídku, jež by byla výhodnější (ostatně z toho důvodu nelze ani přisvědčit tvrzení zadavatele, že samostatné zadání veřejných zakázek bylo hospodárnější).
51. Výše uvedený závěr lze podpořit i tím, že pokud by zadavatel v souladu se zákonem postupoval například v otevřeném či užším řízení, měl by povinnost veřejnou zakázku uveřejnit ve Věstníku veřejných zakázek. Věstník veřejných zakázek přitom zabezpečuje uveřejňování informací o všech veřejných zakázkách, které jsou zadavatelé povinni na tomto místě podle zákona uveřejnit. Vzhledem k tomu, že Věstník veřejných zakázek je základním místem uveřejňování veřejných zakázek všech zadavatelů, představuje pro dodavatele nejkomplexnější přehled při vyhledávání pro ně relevantních zakázek. Vzhledem k množství zadavatelů si totiž lze jen stěží představit, že dodavatelé spíše než Věstník veřejných zakázek průběžně monitorují všechny profily zadavatelů, případně jiné internetové stránky zadavatelů (u výběrových řízení na zakázky malého rozsahu), kteří by mohli mít v úmyslu poptávat pro ně relevantní plnění. Při zveřejnění veřejné zakázky ve Věstníku veřejných zakázek tak okruh dodavatelů, jež by mohli mít zájem o plnění dotčené veřejné zakázky, mohl být větší.
52. Potentialita vlivu na výběr přitom spočívá nejen ve výše uvedeném rozdílu u uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, ale rovněž v dalších rozdílech v postupu zadavatele při zadávání zakázky mimo režim zákona či ve zjednodušeném podlimitním řízení a v postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky v jiném zákonném režimu resp. zadávacím řízení – například v již zmiňovaném otevřeném řízení. Například v případě otevřeného řízení je lhůta pro podání nabídek delší než v případě zjednodušeného podlimitního řízení. Přitom i délka lhůty pro podání nabídek je pro dodavatele jistě podstatnou okolností pro rozhodnutí, zda podají či nepodají nabídku na veřejnou zakázku. Vzhledem k tomu mám za to, že Úřad správně posoudil, že postup zadavatele mohl mít vliv na výběr nevhodnější nabídky.
53. Zadavatel v neposlední řadě namítá, že se Úřad nepřihlédl k závažnosti spáchání správního deliktu, k následkům a okolnostem, za nichž byl delikt spáchán. Dále namítá, že Úřad zohlednil především represivní funkci právní odpovědnosti a uložená pokuta sice nemá

pro zadavatele likvidační účinky, ale může mít „*pro zadavatele nepříznivý charakter*“. Dále Úřad dle zadavatele nezohlednil, že „*jeho jednání (...) nemohlo být s ohledem na výše uvedené úmyslné*“ ani nezohlednil, že zadavatel může být stížen krácením dotace.

54. Vzhledem k výše shrnutým námitkám zadavatele a povinnosti plynoucí z § 89 odst. 2 v návaznosti na § 152 odst. 4 správního řádu jsem přezkoumal rovněž zákonnost výroku II. napadeného rozhodnutí a jeho správnost v rozsahu uvedených námitek zadavatele.
55. K tomu konstatuji, že pokuta byla v přezkoumávaném případě uložena v zákonném rozmezí, když výše uložené pokuty činila 250 000 Kč, přičemž maximální možná výše pokuty činila v souladu s § 120 odst. 2 písm. a) zákona 1 329 289,32 Kč.
56. Oproti tvrzení zadavatele, Úřad při určení výše pokuty v napadeném rozhodnutí, zejména v jeho bodech 98. až 103. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v souladu s § 121 odst. 2 zákona přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Úřad se rovněž zabýval rovněž okolnostmi, jež při zvažování výše pokuty svědčí ve prospěch zadavatele, a dále přihlédl k ekonomické situaci zadavatele.
57. K tvrzení zadavatele, že Úřad dle zadavatele nezohlednil, že „*jeho jednání (...) nemohlo být s ohledem na výše uvedené úmyslné*“, v první řadě konstatuji, že z rozkladu zadavatele není zřejmé, jaké konkrétní okolnosti má zadavatel na mysli. Dále uvádím, že v přezkoumávaném případě bylo zadavateli známo, co je předmětem plnění dotčených tří veřejných zakázek a minimálně u veřejné zakázky č. 1 a veřejné zakázky č. 2 si zadavatel sám stanovil jejich předpokládanou hodnotu. Jak jsem uvedl výše v tomto rozhodnutí o rozkladu, součet jejich předpokládaných hodnot překračuje limit pro zadání zakázky ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 25 písm. b) zákona. Zadavatel tedy byl srozuměn s celkovou výší předpokládané hodnoty veřejné zakázky na výstavbu mateřské školy. Vzhledem k tomu jsem neshledal, že by v přezkoumávaném případě byly dány okolnosti, jež by svědčily o neúmyslnosti postupu zadavatele, resp. byly dány další okolnosti, jež měl Úřad v napadeném rozhodnutí při uložení výše pokuty zohlednit a jež odůvodňovaly uložení nižší pokuty.
58. K tvrzení zadavatele, že v přezkoumávaném případě převážila represivní funkce pokuty a uložení pokuta pro zadavatele může mít „*nepříznivý charakter*“ konstatuji následující. Jak Úřad vyplývá z bodu 101. odůvodnění napadeného rozhodnutí, Úřad zohlednil při určení výše pokuty jak její represivní, tak preventivní funkci pokuty. Uvedené funkce zároveň nelze plně oddělit. Při určení výše pokuty je přitom třeba zohlednit to, že určení výše sankčního postihu by nemělo dojít k bagatelizaci následků za spáchání správního deliktu, neboť uložení pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Z logiky věci je též zřejmé, že uložení pokuty (resp. její následné uhrazení) se „*nepříznivě*“ projeví v majetkové sféře zadavatele. Námitka zadavatele, že pro něj výše pokuty představuje nikoli likvidační, nýbrž „*nepříznivý charakter*“ tak z tohoto pohledu nemůže obstát, neboť se jedná o pojmový znak pokuty samotné.
59. V této souvislosti rovněž zdůrazňuji, že Úřad uložil pokutu ve spodní hranici zákonné sazby, nelze tedy souhlasit se zadavatelem v tom, že by Úřadem uložení pokuta (rovněž s ohledem

na závažnost správního deliktu, kdy zadavatel svým jednáním závažně narušil soutěžní prostředí) měla výhradně (či zásadně) represivní charakter.

60. K tvrzení zadavatele, že může být v budoucnu stížen poskytovatelem dotace, odkazují na závěry rozsudku Nejvyššího správního soud sp. zn. 1 Afs 23/2012 ze dne 28. 11. 2012, kde Nejvyšší správní soud uvedl, že *„žádost o zohlednění okolnosti, že pokud bude stěžovateli udělena v dané věci správní pokuta, tak bude krácena dotace (případně vymáhána sankce) za porušení rozpočtových pravidel, je ze své podstaty zcela nepřijatelná a pro rozhodování nepodstatná. Nelze požadovat ani po správním orgánu, ani po soudu, aby „přehlédly“ porušení zákona z důvodu, že stěžovatel ponese ještě jiné důsledky svého protiprávního jednání“*. Je zřejmé, že Úřad je povinen při posuzování možného spáchání správního deliktu a při stanovení výše pokuty posuzovat postup zadavatele podle zákona, bez ohledu na následky, jež pro zadavatele mohou v budoucnu plynout z jiných předpisů či pravidel.
61. Závěrem tedy shrnuji, že výrok II. napadeného rozhodnutí a na něj navazující odůvodnění jsem shledal jako zákonné a přezkoumatelné, přičemž výši uložené pokuty jsem rovněž shledal za přiměřenou individuálním okolnostem přezkoumávaného případu.
62. V neposlední řadě konstatuji, že ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy kromě věcné správnosti napadeného rozhodnutí přezkoumal i jeho zákonnost ve všech jeho výrocích a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, přičemž napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu, a následně správně uložil za jeho spáchání zadavateli pokutu. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VII. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Městská část Praha – Koloděje, K Jízdárně 9/20, 190 16 Praha

Vypraveno dne:

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