



UOHSX0084AXZ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0078/2016/VZ-10205/2016/533/LMa

Brno: 14. března 2016

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 15. 2. 2016 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace, IČO 70947066, se sídlem Kortiše 633, 756 05 Karolinka,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při uzavření dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2014 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s uchazečem – TM Stav, spol. s r.o., IČO 48399477, se sídlem Jasenice čp. 729, 755 01 Vsetín – na plnění veřejné zakázky „Revitalizace části města Karolinka“ zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 5. 2014 pod ev. č. 483234,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace, IČO 70947066, se sídlem Kortiše 633, 756 05 Karolinka – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při uzavírání dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2014 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem – TM Stav, spol. s r.o., IČO 48399477, se sídlem Jasenice čp. 729, 755 01 Vsetín – na plnění veřejné zakázky „Revitalizace části města Karolinka“ zadané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 5. 2014 pod ev. č. 483234, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 7 písm. b)

zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, neboť uzavřením předmětného dodatku umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, když původní ustanovení uvedené v citované smlouvě o dílo ve znění:

„a) k datu 15.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 50% ceny díla (+DPH) a na min. tuto částku vystaven daňový doklad“,

uzavřením citovaného dodatku č. 2 nahradil textem:

„a) k datu 31.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 2 500 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad

b) k datu 31. 5. 2015 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 3 000 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad; k datu 31. 5. 2015 tedy budou provedeny a vyfakturovány stavební práce, dodávky a služby v souhrnné výši min. 5 500 000,00 Kč bez DPH“,

čímž podstatným způsobem změnil požadavek na dílčí termín a rozsah provedení částí plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 29. 10. 2014 dodatek č. 2 ke jmenované smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace, IČO 70947066, se sídlem Kortiše 633, 756 05 Karolinka – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů

pokuta ve výši 15 000 Kč (patnáct tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

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, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace, IČO 70947066, se sídlem Kortiše 633, 756 05 Karolinka (dále jen „zadavatel“) – týkajícího se uzavření dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2014 ke smlouvě uzavřené zadavatelem dne 13. 8. 2014 na veřejnou zakázku „Revitalizace části města Karolinka“ zadanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 27. 5. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 5. 2014 pod ev. č. 483234 (dále jen „veřejná zakázka“).

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejných zakázek.

2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal vyjádření ke skutečnostem uvedeným v podnětu a kompletní dokumentaci související s šetřenou veřejnou zakázkou.
3. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle bodu II.1.5) oznámení o zakázce „*komplexní revitalizace veřejného prostranství nedaleko centra města Karolinka, které plní funkci centra volného času pro občany města. V rámci revitalizace dojde k rekonstrukci chodníků a zpevněných ploch na východní straně areálu fotbalového hřiště, vybudování chodníku kolem jižní a západní strany fotbalového hřiště. U vstupu do areálu bude vybudováno parkoviště. Podél chodníku na východní straně bude revitalizována zeleň, na které bude umístěn herní a fitness mobiliář pro děti i dospělé. Vybudováno bude kryté pódium se zpevněnou plochou*“. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla zadavatelem v bodu II.2.1) oznámení o zakázce stanovena na 11 700 000 Kč bez DPH.
4. Z dokumentace o veřejné zakázce, je zřejmé, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem – TM Stav, spol. s r.o., IČO 48399477, se sídlem Jasenice čp. 729, 755 01 Vsetín (dále jen „vybraný uchazeč“) – smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky dne 13. 8. 2014.
5. Z dokumentace předložené zadavatelem je dále patrné, že dne 29. 10. 2014 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem ke smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014 dodatek č. 2.
6. Po přezkoumání obdržené dokumentace a vyjádření zadavatele Úřad získal pochybnost, zda zadavatel při uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem na plnění veřejné zakázky (dále jen „dodatek č. 2“), postupoval v souladu s § 82 odst. 7 zákona, tj. zda zadavatel neumožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy o dílo uzavřené zadavatelem dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem, a proto zahájil správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. S0078/2016/VZ ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Podle ust. § 113 zákona ve spojení s ust. § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 15. 2. 2016, kdy Úřad doručil zadavateli oznámení o zahájení řízení.
8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Zahájení správního řízení ve věci veřejné zakázky oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-05595/2016/533/LMa ze dne 12. 2. 2016.
10. Úřad dále zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-05711/2016/533/LMa ze dne 15. 2. 2016 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko.
11. Usnesením č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-07093/2016/533/LMa ze dne 23. 2. 2015 Úřad stanovil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace o výsledku hospodaření ve dvou předcházejících účetních obdobích.
12. Usnesením č. j. ÚOHS-S0078/2016/VZ-07680/2016/533/LMa ze dne 2. 3. 2016 Úřad stanovil zadavateli lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 18. 2. 2016

13. Úřad obdržel dne 19. 2. 2016 stanovisko zadavatele, v němž zadavatel uvedl, že veškeré postupy související s uzavřením dodatku č. 2 byly konzultovány s odbornou společností, která pro zadavatele zpracovala předmětné zadávací řízení, stejně jako s Úřadem regionální rady regionu soudružnosti Střední Morava. Zadavatel dále uvedl, že pokud by Úřad regionální rady regionu soudružnosti Střední Morava upozornil na nesrovnalosti vzniklé v souvislosti s uzavřením dodatku č. 2 dříve, mohl zadavatel včas zareagovat a vyhnout se negativním následkům v podobě krácení dotace.
14. Závěrem zadavatel uvedl, že při uzavření dodatku č. 2 se vědomě nedopustil žádného úmyslného porušení smluvních podmínek. Zadavatel měl za to, že jeho postup při uzavření dodatku č. 2 je legislativně zcela správný, neboť Úřad regionální rady regionu soudružnosti Střední Morava pokračoval ve vyplácení dotace bez jakéhokoliv upozornění, že zadavateli hrozí uložení pokuty ze strany Úřadu a možné krácení dotace.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

15. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce (včetně dokumentace týkající se uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo uzavřené zadavatelem dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem), vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014 nepostupoval v souladu se zákonem, a proto rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatelem a o uložení pokuty. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K právnímu postavení zadavatele

16. Podle ustanovení § 2 odst. 2 písm. c) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek.
17. Zřizovatelem zadavatele, který je příspěvkovou organizací, jak vyplývá z administrativního registru ekonomických subjektů (www.info.mfcr.cz/ares/), je podle informací dostupných na internetových stránkách zadavatele (www.mbpk.cz) Město Karolinka, IČO 00303909, se sídlem Radniční náměstí 42, 756 05 Karolinka, jenž je územním samosprávným celkem.
18. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona, protože se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

19. Podle § 82 odst. 2 zákona 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.
20. Podle § 82 odst. 7 písm. b) zákona zadavatel nesmí umožnit podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem. Za podstatnou

se považuje taková změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.

21. 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.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

22. Podle bodu IV.2.1) oznámení o zakázce byla zadavatelem stanovena jako základní hodnotící kritérium nejnižší nabídková cena.

23. V závazném návrhu smlouvy o dílo obsaženém v zadávacích podmínkách, je v příloze č. 1, v článku V. PLATEBNÍ PODMÍNKY, v bodu č. 1, mj. stanoven následující požadavek:

„a) k datu 15.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 50% ceny díla (+DPH) a na min. tuto částku vystaven daňový doklad

b) k datu protokolárního předání a převzetí díla musí být vystaven daňový doklad na zbývající část ceny za dílo“.

24. Z dokumentace o veřejné zakázce je zřejmé, že zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na předmět plnění veřejné zakázky dne 13. 8. 2014. Požadavek zadavatele uvedený v závazném návrhu smlouvy o dílo obsaženém v zadávacích podmínkách v příloze č. 1, v článku V. PLATEBNÍ PODMÍNKY, v bodu č. 1 (odstavec 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí), je shodně uveden i v citované smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014.

25. Z dokumentace o veřejné zakázce je dále patrné, že dne 29. 10. 2014 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem ke smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014 dodatek č. 2, jehož obsahem je následující ujednání:

„V průběhu provádění díla vznikla v důsledku objektivních okolností potřeba upravit harmonogram prováděných stavebních prací, dodávek a služeb a s tím souvisejících platebních podmínek. Důvodem je zejména nepřesně zpracované podklady vedení inženýrských sítí, kde jsou v místech zamýšlených uličních vpustí vedeny přípojky plynu. V důsledku této skutečnosti je nutno přeprojektovat podélné a příčné spády komunikace a nové umístění uličních vpustí. Dále se jedná o skutečnost, kdy dodavatelská firma dřevěných konstrukcí doporučila z důvodu zachování kvality dřeva použít modřínové prvky nikoli z letní, ale až ze zimní těžby. Rovněž výsadba dřevin bude vzhledem ke klimatickým podmínkám provedena v jarních měsících roku 2015.“

26. V dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014 je dále stanoveno, že znění smlouvy v článku V. PLATEBNÍ PODMÍNKY, bodu 1, je nově upraveno následovně:

„a) k datu 31.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 2 500 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad

b) k datu 31. 5. 2015 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 3 000 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad; k datu 31. 5. 2015 tedy budou provedeny a vyfakturovány stavební práce, dodávky a služby v souhrnné výši min. 5 500 000,00 Kč bez DPH

c) k datu protokolárního předání a převzetí díla musí být vystaven daňový doklad na zbývající část ceny za dílo “.

Posouzení věci

27. Úřad nejprve v obecné rovině konstatuje, že zákon o veřejných zakázkách je pramenem veřejného práva, jehož hlavní cíl tkví v zabezpečení co možná nejvíce efektivního vynakládání veřejných prostředků při zabezpečování potřeb veřejného charakteru. Vzhledem k tomu, že při zadávání veřejných zakázek dochází k vynakládání veřejných prostředků, konstruuje zákonodárce záměrně zadávací řízení jako vysoce formalizovaný proces. Zadavatel je tak povinen v celém průběhu zadávacího řízení postupovat striktně podle požadavků zákona tak, aby byly splněny základní zásady zadávacího řízení, vyjádřené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Popsané skutečnosti lze chápat i tak, že zákon, na rozdíl od soukromoprávních předpisů (typicky na rozdíl od zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů) upravujících kontraktní procesy, neumožňuje subjektům participujícím na zadávacím řízení takovou míru smluvní volnosti, jako je tomu u výše zmíněného pramene soukromého práva.
28. Zásadní dokument celého zadávacího řízení představuje zadávací dokumentace, na jejímž základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto zákon ukládá zadavateli povinnost vymezit prostřednictvím zadávací dokumentace veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli řádně zpracovat své nabídky. Zadávací dokumentace je tedy pro zpracování nabídek rozhodujícím podkladem, v němž zadavatel specifikuje předmět veřejné zakázky co do požadovaného druhu a množství a stanovuje v něm podmínky a požadavky na realizaci veřejné zakázky. Vzhledem k právě řečenému tudíž zadávací dokumentace musí obsahovat požadavky zadavatele a technické podmínky v takovém rozsahu, aby byla nejen úplná a správná, ale současně, aby byla jasná, srozumitelná, určitá a dostatečně podrobná tak, aby si kterýkoliv potenciální dodavatel po přečtení zadávací dokumentace mohl učinit představu, co je předmětem veřejné zakázky a zda se daného zadávacího řízení zúčastní. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace ze strany zadavatele lze spatřovat rovněž v tom, že na jejím základě budou dodavatelé schopni podat vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení podle předem stanovených kritérií.
29. Taktéž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010 zdůraznil, že *„zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.“*
30. Výše bylo konstatováno (viz odstavec 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že zadávací řízení představuje značně formalizovaný proces, s minimem prostoru pro smluvní volnost. Právě řečené je promítnuto i do znění ust. § 82 odst. 2 zákona, z něhož jednoznačně vyplývá, že smlouvu na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem je zadavatel povinen uzavřít výlučně v souladu s návrhem smlouvy obsaženým v nabídce tohoto vybraného uchazeče. Vzhledem k tomu, že zadavatel je povinen návrh smlouvy předložený vybraným uchazečem akceptovat, je zřejmé, že tento návrh smlouvy musí plně odpovídat zadávacím podmínkám. V této souvislosti považuje Úřad za nutné v návaznosti na výše citované rozhodnutí

Nejvyššího správního soudu zdůraznit, že zadavatelem v zadávacích podmínkách stanovené požadavky jsou závazné i pro samotného zadavatele, který je povinen je respektovat.

31. Úřad tudíž konstatuje, že i když je návrh smlouvy nedílnou součástí nabídky uchazeče, směřuje ustanovení § 82 odst. 2 zákona k tomu, aby byl smluvními stranami (tj. zadavatelem a vybraným uchazečem) fyzicky podepsán jiný, obsahově však vždy shodný, dokument jako ten, který vybraný uchazeč předložil v jím podané nabídce. Úřad dodává, že lze zásadně připustit jen změny týkající se některých „formálních“ náležitostí, které nemají dopad na práva a povinnosti stran smlouvy – neomezují je či nerozšiřují, a které se netýkají hodnotících kritérií; může se jednat např. o upravené kontaktní údaje či podobné drobné úpravy.
32. Z výše citovaného ustanovení zákona a důvodové zprávy k zákonu vyplývá, že jsou zakázány obsahové změny smlouvy, je však přípustné při vyhotovování čistopisu smlouvy bez dalšího učinit pouze takové změny v návrhu smlouvy (formální úpravy), které nemají charakter tzv. podstatných změn. V této souvislosti je zapotřebí rozlišit dva případy podstatné změny smluvních podmínek. Prvním případem je změna těch náležitostí smlouvy, které byly předmětem hodnotících kritérií v zadávacím řízení, event. podmínek účasti dodavatelů, pokud by tyto změny mohly ovlivnit průběh zadávacího řízení. V druhém případě je nutné za podstatné změny považovat i takové změny obsažené v původním zadání, které by mohly ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Uvedené platí tehdy, jestliže by v případě existence podmínek v již původním zadání nebylo možné vyloučit, že by se předchozího zadávacího řízení zúčastnilo více uchazečů. Úřad tudíž předepisuje, že přípustnost úprav smlouvy je nezbytné vždy zkoumat případ od případu.
33. V souvislosti s otázkou možnosti změn návrhu smlouvy odkazuje Úřad taktéž na rozsudek Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-454/06 ze dne 19. 6. 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GmbH). V citovaném rozsudku se SDEU podrobně zabýval změnou obsahu smlouvy uzavřené na základě provedeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku, přičemž stanovil základní pravidla, podle kterých je třeba u změny obsahu smlouvy posuzovat, zda se jedná o změnu nepodstatnou, a tedy přípustnou, nebo zda se jedná o změnu podstatnou, která přípustná není. SDEU zde mimo jiné jednoznačně konstatoval, že změna může být považována 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 pokud by umožnily přijmout jinou nabídku než tu, která byla vybrána“* a rovněž tehdy, *„jestliže mění způsobem, který nebyl v podmínkách původní zakázky předpokládán, hospodářskou rovnováhu smlouvy ve prospěch poskytovatele, jemuž byla zakázka zadána.“*
34. Pravidla, za kterých může docházet ke změnám uzavřených smluv na plnění veřejné zakázky na základě závazného postupu podle zákona, formuluje ustanovení § 82 odst. 7 zákona. Základním pravidlem vyplývajícím z daného ustanovení je, že smlouvu na plnění veřejné zakázky lze měnit, pokud se jedná o změnu nepodstatnou. Citované ustanovení zákona pak vymezuje hranice změny smlouvy tak, aby nedošlo k obcházení smyslu zákona a zejména férového prvku soutěže mezi dodavateli. Pod písmeny a) až d) ust. § 82 odst. 7 zákona přitom zákon taxativně stanovuje, jaké změny jsou považovány za podstatné. Jedná se o následující změny: rozšíření předmětu veřejné zakázky, tj. předmětu původní zadávané veřejné zakázky (uvedené tak typicky brání tomu, aby zadavatel neoprávněně navyšoval

množství stavebních prací, dodávek nebo služeb nad rámec původního předmětu veřejné zakázky, s výjimkou oprávněného použití jednacího řízení dle § 23 odst. 5 písm. b) a § 23 odst. 7 zákona); dále změna, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů (například pokud by došlo k zúžení předmětu veřejné zakázky, které by umožnilo podat nabídku více uchazečům, či ke změně charakteru předmětu veřejné zakázky); rovněž změna, která by za použití v původním zadávacím řízení mohla ovlivnit výběr nejhodnější nabídky (kupříkladu změna smlouvy týkající se parametrů hodnotících kritérií); a konečně změna, která by měnila ekonomickou rovnováhu smlouvy ve prospěch vybraného uchazeče (například změna smluvních podmínek apod.).

35. Úřad uvádí, že jednou z podstatných změn smlouvy definovaných v ust. § 82 odst. 7 zákona je změna specifikovaná pod písm. b) zákona, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů.
36. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel v rámci návrhu smlouvy obsaženém v zadávací dokumentaci (v příloze č. 1, v článku V. PLATEBNÍ PODMÍNKY, v bodu č. 1) stanovil dílčí termín pro realizaci části předmětu plnění veřejné zakázky, a to takovým způsobem, že k datu 15. 10. 2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby v rozsahu min. 50 % ceny díla, včetně DPH (viz odstavec 23 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvedený požadavek byl promítnut také ve smlouvě o dílo uzavřené dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem, přičemž současně bylo ve jmenované smlouvě stanoveno, že celková cena díla činí 9 510 362 Kč (bez DPH).
37. Z uvedeného je tedy zřejmé, že zadavatel v rámci návrhu smlouvy obsaženém v zadávací dokumentaci, stejně jako v samotné smlouvě o dílo uzavřené dne 13. 8. 2014, požadoval, aby k datu 15. 10. 2014 byly provedeny stavební práce, dodávky a služby v hodnotě minimálně 4 755 181 Kč (bez DPH).
38. Jak vyplývá z předložené dokumentace, zadavatel dodatkem č. 2 výše uvedený pevně stanovený dílčí termín a rozsah realizace části předmětu plnění veřejné zakázky (provedení stavebních prací, dodávek a služeb) změnil – tj. posunul na pozdější datum (31. 10. 2014) a současně snížil hodnotu stavebních prací, dodávek a služeb, jež měly být k tomuto datu provedeny, na 2 500 000 Kč bez DPH.
39. Je tedy zřejmé, že dodatkem č. 2 posunul zadavatel dílčí termín provedení stavebních prací, dodávek a služeb o 16 dní a současně snížil jejich rozsah vyjádřený hodnotou profinancované částky o 2 255 181 Kč.
40. Předmětem šetření Úřadu je tak otázka, zda právě uvedenou změnou (tzn. posunutím dílčího termínu provedení stavebních prací, dodávek a služeb o 16 dní a současně snížením jejich rozsahu o 2 255 181 Kč) zadavatel neumožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, kterou uzavřel s vybraným uchazečem, jak stanoví § 82 odst. 7 zákona.
41. S ohledem na skutečnost, že termín plnění veřejné zakázky nebyl předmětem hodnotícího kritéria v zadávacím řízení na veřejnou zakázku (viz odstavec 22 odůvodnění tohoto rozhodnutí), zabýval se Úřad při posuzování charakteru provedené změny (tj. zda se jedná o tzv. podstatnou změnu) otázkou, zda by v případě, pokud by byl termín provedení díla stanoven ve znění obsaženém v dodatku č. 2 již v původních zadávacích podmínkách, mohla

tato změna (tzn. faktická změna dílčího termínu a rozsahu realizace části předmětu plnění veřejné zakázky) ovlivnit okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.

42. Úřad na tomto místě zdůrazňuje, že zadavatelem v zadávacích podmínkách stanovený termín plnění veřejné zakázky (a to i dílčí termín plnění veřejné zakázky), včetně rozsahu prací, služeb a dodávek, které mají být v tomto určeném termínu splněny, je závazný i pro něho samotného a je povinen jej respektovat. S ohledem na skutečnost, že dodatkem č. 2 došlo k prodloužení původního dílčího termínu v zadávací dokumentaci pro provedení stavebních prací, dodávek a služeb o 16 dnů za současné změny rozsahu (tj. snížení hodnoty stavebních prací, dodávek a služeb, jež měly být k tomuto datu provedeny) na 2 500 000 Kč bez DPH, pak dle mínění Úřadu znamená tato změna (tj. posunutím dílčího termínu provedení stavebních prací, dodávek a služeb o 16 dní a současně snížením jejich rozsahu o 2 255 181 Kč) zcela jednoznačně podstatnou změnu podmínek, která mohla ovlivnit průběh samotného zadávacího řízení, neboť nelze vyloučit, že by tato změna v případě jejího uplatnění již v původním zadávacím řízení vedla k účasti i jiných potenciálních dodavatelů předmětu veřejné zakázky, přičemž v takovém případě mohla být vybrána výhodnější nabídka, než nabídka vybraného uchazeče. Jinými slovy řečeno, pokud by zadavatel dílčí termín a rozsah provedení díla změnil např. dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám (za předpokladu současného prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu ust. § 40 odst. 3 zákona), pak nelze vyloučit možnost, že by se popsaná změna pozitivně projevila na počtu podaných nabídek. Tím spíše v právě šetřeném případě, kdy zadavatel za současné změny dílčího termínu snížil také podstatně rozsah stavebních prací, služeb a dodávek, které měly být v uvedeném termínu hotovy, o 2 255 181 Kč (tedy původní požadavek zadavatele na 50 % prostavěnost byl snížen cca na 26 % prostavěnost). Tím, že zadavatel modifikoval dílčí termín a rozsah realizace výlučně inter partes, tedy pouze ve vztahu k vybranému uchazeči, mohl znemožnit účast v zadávacím řízení jiným potenciálním dodavatelům, kteří mohli původně stanovený termín a rozsah realizace díla považovat, např. vzhledem k jejich kapacitám, za termín nevyhovující, či dokonce za termín nereálný, a proto již a priori vzdali svou účast v zadávacím řízení.
43. Zadavatel tedy v šetřeném případě uzavřel dodatek č. 2 s vybraným uchazečem v rozporu s obsahem smlouvy uzavřené dne 13. 8. 2014, neboť zatímco ve smlouvě byl dílčí termín pro provedení stavebních prací, dodávek a služeb stanoven pevným datem a současně byl jejich rozsah vyjádřen procentuálně z celkové ceny díla (min. 50 % ceny díla), podle následně uzavřeného dodatku č. 2 byl dílčí termín a rozsah provedení stejných stavebních prací, dodávek a služeb určen odlišně. Jak bylo přitom Úřadem postaveno najisto, ona „neshoda“ mezi dílčím termínem a rozsahem pro provedení stavebních prací, dodávek a služeb, jež byl konkretizován ve smlouvě ze dne 13. 8. 2014 a termínem a rozsahem, který byl konkretizován v dodatku č. 2, mohla mít dopad na počet potenciálních dodavatelů.
44. Úřad uvádí, že výlučnou odpovědnost za průběh zadávacího řízení nese zadavatel. Zadavatel je tudíž povinen již před zahájením zadávacího řízení, mimo jiného, termín realizace veřejné zakázky naplánovat tak, aby tento následně odpovídal zadávacím podmínkám. S odkazem na ust. § 82 odst. 7 zákona by bylo teoreticky možné připustit takové změny termínu realizace, které přímo souvisejí s rozšířením předmětu veřejné zakázky v návaznosti na zákonný postup zadavatele podle ust. § 23 odst. 5 písm. b) zákona či § 23 odst. 7 zákona.

V návaznosti na výše uvedené proto Úřad dále posoudil, zda změna dílčího termínu a rozsahu plnění vyplývající z dodatku č. 2 vyplývala z rozšíření předmětu veřejné zakázky.

45. Z obsahu dodatku č. 2 vyplývá, že jeho předmětem je pouze posunutí dílčího termínu veřejné zakázky za současného snížení rozsahu stavebních prací, dodávek a služeb, které mají být k tomuto dílčímu termínu provedeny (tedy nikoliv rozšíření předmětu plnění), přičemž důvodem jsou podle zadavatele nepřesně zpracované podklady pro vedení inženýrských sítí a s tím související nutnost přeprojektování příčných spádů komunikace a nové umístění uličních vpustí. Jako další důvod pak zadavatel v dodatku č. 2 uvedl požadavek projektanta na použití modřínových prvků ze dřeva ze zimní těžby. V obou případech se tedy jedná o důvody nestojící na straně vybraného uchazeče. Nejedná se o relevantní důvod pro podstatnou změnu smlouvy ve smyslu ust. § 82 odst. 7 zákona uzavřené dne 13. 8. 2014. Tu nebyl oprávněn iniciovat a smluvně ujednat ani zadavatel. Vzhledem k tomu, že předmětem dodatku č. 2 není rozšíření předmětu veřejné zakázky, které by bylo odůvodněno oprávněným použitím jednacích řízení bez uveřejnění (přičemž v případě tohoto dodatku nebyl předmět veřejné zakázky rozšířen vůbec), nelze shledat provedené změny smlouvy ze dne 13. 8. 2014 dodatkem č. 2 za učiněné v souladu s ust. § 82 odst. 7 zákona.
46. Pro úplnost Úřad k obsahu dodatku č. 2 (respektive k okolnostem, které zadavatel uvedl v dodatku č. 2 jako důvody pro úpravu harmonogramu prováděných stavebních prací a s tím souvisejících platebních podmínek) doplňuje, že v ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona není rozlišováno, jaké okolnosti zadavatele k dané změně vedly. Je třeba vzít v úvahu, že zadavatel je ten, kdo formuluje zadávací podmínky a koncipuje text smlouvy. V šetřeném případě byla jedinou změnou smlouvy, týkající se dílčího termínu plnění, kterou zadavatel připustil v zadávacích podmínkách (v kapitole VII. TERMÍN PLNĚNÍ, bodu 4 zadávací dokumentace a současně ve smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014), možnost posunutí termínu ukončení realizace díla k datu 30. 5. 2015, a to pouze za předpokladu, že dojde ke změně zahájení doby plnění z důvodu ležícího na straně zadavatele (např. při posunutí termínu ukončení zadávacího řízení). Žádné další výjimky z povinnosti dodržet závazné termíny plnění (vč. dílčích termínů uvedených v harmonogramu stavby) zadavatel v zadávacích podmínkách nepřipustil.
47. Úřad dále konstatuje, že v prošetřovaném případě byl v zadávací dokumentaci nastaven s ohledem na termín ukončení zadávacího řízení (tj. uzavření smlouvy o dílo ze dne 13. 8. 2014) poměrně striktní požadavek na dílčí termín plnění veřejné zakázky (tj. provedení stavebních prací, dodávek a služeb k datu 15. 10. 2014), a to navíc ve značném rozsahu vyjádřeném finanční hodnotou předmětných stavebních prací (50 % ceny díla včetně DPH, tj. 4 755 181 Kč). Podle Úřadu se zadavatel takto striktně nastaveným požadavkem vystavil riziku, že i sebemenší nestandardní průběh stavebních prací (ať už zaviněných, či nezaviněných jednou ze smluvních stran) může splnění uvedeného termínu v požadovaném rozsahu narušit. A právě k této situaci došlo i v šetřeném případě, kdy při zahájení stavebních prací bylo zjištěno, že vedení inženýrských sítí neodpovídá původnímu předpokladu. Podle Úřadu se nejedná o nikterak ojedinělý problém, který by se nedal běžně vyřešit, např. přeložením inženýrských sítí, příp. úpravou projektu. V šetřeném případě však vyřešení vzniklé situace způsobilo (jak vyplývá ze Stavebního deníku č. 1, který je součástí dokumentace o veřejné zakázce) 16-ti denní prodlevu na pozemních stavebních pracích, která s ohledem na celkové předpokládané trvání plnění veřejné zakázky [1. 8. 2014 –

15. 5. 2015, tj. cca 9 měsíců, viz bod II.3) oznámení o zakázce] není nijak časově zásadní, nicméně v šetřeném případě tato prodleva zapříčinila, že původně naplánovaný harmonogram prací, stejně tak i finanční harmonogram, již nebylo možné splnit. Zadavatel svým přístupem, který se odráží v zadávacích podmínkách, způsobil, že v případě vzniku problému jako shora uvedeného nelze nastavené podmínky dodržet. Přitom zadavatel mohl postupovat odlišně při formulování zadávacích podmínek a do rozporu se zákonem by se nedostal.

48. Na místě je i zdůraznit, že kromě časové změny v termínu zadavatel uzavřením dodatku č. 2 provedl také výraznou změnu (vyjádřenou procentuálně z celkové ceny díla) v rozsahu stavebních prací, služeb a dodávek, které měly být v určeném termínu realizovány, když původní 50 % prostavěnost snížil cca na 26 % prostavěnost, neboť právě původní požadavek mohl mít značný vliv na rozhodování uchazečů, zda budou schopni soustředit svou kapacitu na splnění předmětu předmětné veřejné zakázky v požadovaném rozsahu a zda se tedy budou o veřejnou zakázku ucházet.
49. K požadavku projektanta na použití modřínových prvků ze dřeva ze zimní těžby, jakožto další skutečnosti, kterou zadavatel zmínil v úvodu dodatku č. 2, Úřad uvádí, že z harmonogramu stavby, který byl součástí smlouvy o dílo ze 13. 8. 2014, je zřejmé, že stavební prvky, které měly být vyrobeny z modřínového dřeva (tj. SO 03.1 Pódium – v celkové ceně 573 886 Kč, SO 03.2 Kryté sezení – v celkové ceně 818 825 Kč, SO 07 Oplocení – v celkové ceně 241 988 Kč), měly být již podle původních smluvních ujednání realizovány převážně v druhé polovině března roku 2015 (pouze v případě SO 07 Oplocenky měly být stavební práce, služby a dodávky zahájeny již 1. 9. 2014). Pokud tedy zadavatel vyhověl požadavku projektanta na využití modřínového dřeva ze zimní těžby, namísto jarní těžby, nemělo toto rozhodnutí vliv na harmonogram stavebních prací (jak vyplývá z harmonogramu stavby, který byl součástí smlouvy o dílo ze dne 13. 8. 2014, ve srovnání s harmonogramem stavby, který byl součástí následně uzavřeného dodatku č. 2) do té míry, aby odůvodnilo změnu původní smlouvy o dílo v takovém rozsahu, v jakém ji zadavatel dodatkem č. 2 provedl (tj. posunutí dílčího termínu provedení stavebních prací, dodávek a služeb o 16 dní a současně snížení jejich rozsahu o 2 255 181 Kč).
50. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona při uzavření dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona, neboť uzavřením předmětného dodatku umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, když původní ustanovení uvedené v citované smlouvě o dílo ve znění:

„a) k datu 15.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 50% ceny díla (+DPH) a na min. tuto částku vystaven daňový doklad“,

uzavřením citovaného dodatku č. 2 nahradil textem:

„a) k datu 31.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 2 500 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad“

b) k datu 31. 5. 2015 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 3 000 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad; k datu 31. 5. 2015 tedy budou provedeny a vyfakturovány stavební práce, dodávky a služby v souhrnné výši min. 5 500 000,00 Kč bez DPH“;

čímž podstatným způsobem změnil požadavek na dílčí termín a rozsah provedení částí plnění veřejné zakázky, a zadavatel uzavřel dne 29. 10. 2014 dodatek č. 2 ke jmenované smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014. Tento postup přitom mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, neboť nelze zcela vyloučit možnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, podali by nabídky i další potenciální dodavatelé, kteří mohli nabídnout výhodnější podmínky pro zadavatele, než tomu bylo v případě vybraného uchazeče, v důsledku čehož mohlo dojít k úspoře financí z veřejných zdrojů, což je ostatně základním účelem a cílem zákona. Zadavatel tak současně svým jednáním výrazně omezil hospodářskou soutěž.

51. Jak již uvedl předseda Úřadu ve svém rozhodnutí sp. zn. R128/2014, zákon nevyžaduje prokázání vlivu na výběr nejhodnější nabídky, postačí takové jednání zadavatele, které mohlo mít vliv na výběr nejhodnější nabídky. Jak rovněž konstatoval Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 58/2010-159 ze dne 20. 3. 2012 „*Pro naplnění skutkové podstaty deliktu je přitom takováto možnost zcela postačující a soudu tedy nezbyvá než uzavřít s tím, že žalobce nevyvrátil, že by existovala možnost, že by v případě řádného zadání veřejné zakázky byla podána nabídka další, přičemž nelze vyloučit alespoň potenciální možnost, že by se taková nabídka stala nabídkou vítěznou...K tomu je třeba poukázat na to, že se jedná toliko o možnost (hypotézu), kterou není možné jakkoli prokazovat*“. Zadavatel svým jednáním tak naplnil všechny znaky skutkové podstaty správního deliktu. Obdobně pak v rozhodnutí sp. zn. R406/2013 předseda Úřadu konstatoval, že „*v tomto kontextu je třeba poukázat na znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož postačuje pouhá možnost podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky, což vyplývá z formulace tohoto ustanovení zákona, cit.: „...nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku*“. V rozhodnutí č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009 již předseda konstatoval, že „*Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění*“. Je tedy zřejmé, že není nezbytné prokázat, že ke skutečnému podstatnému ovlivnění výběru nejhodnější nabídky fakticky došlo, ale postačí „pouhá“ eventualita, resp. potencialita, podstatného ovlivnění výběru nejhodnější nabídky. Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 7. 10. 2011 č. j. 62 Af 41/2010-72, dovodil, že „*pro spáchání správního deliktu podle tohoto ustanovení [Pozn. Úřadu: § 120 odst. 1 písm. a)] (a pro uložení pokuty podle § 120 odst. 2 ZVZ) musí být prokázáno, že zadavatel porušil ZVZ, přitom k porušení ZVZ ze strany zadavatele došlo kvalifikovaným způsobem. Tento kvalifikovaný způsob porušení ZVZ (závažnější, „nebezpečnější“ porušení ZVZ) je dán tehdy, pokud kromě*

samotného nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ již došlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a zároveň pokud samotné nedodržení pravidla podávaného z některého z ustanovení ZVZ buď podstatně ovlivnilo, nebo mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky“.

52. Krajský soud v Brně pak v rozsudku č. j. 31 Af 23/2012-40 ze dne 26. 9. 2012 k materiální stránce deliktu uvedl, že „z dikce „podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit“ vyplývá, že může jít o poruchový nebo i ohrožovací správní delikt. Zákonodárce tedy (za běžných okolností) spatřuje společenskou škodlivost již v tom, že mohlo dojít, nikoli nutně muselo, k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Není tedy pravdou, že nedošlo k naplnění materiálního znaku správního deliktu... již pouhá existence takové možnosti je společensky škodlivá, a došlo tedy k naplnění materiálního znaku (společenské škodlivosti) správního deliktu uvedeného v ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách“.
53. Z uvedeného důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení pokuty

54. 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.
55. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při uzavření dodatku č. 2 ze dne 29. 10. 2014 ke smlouvě o dílo, kterou zadavatel uzavřel dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky, nedodržel postup stanovený v ustanovení § 82 odst. 7 písm. b) zákona, neboť uzavřením předmětného dodatku umožnil podstatnou změnu práv a povinností vyplývajících ze smlouvy, která by za použití v původním zadávacím řízení umožnila účast jiných dodavatelů, když původní ustanovení uvedené v citované smlouvě o dílo ve znění:

„a) k datu 15.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 50% ceny díla (+DPH) a na min. tuto částku vystaven daňový doklad“,

uzavřením citovaného dodatku č. 2 nahradil textem:

„a) k datu 31.10.2014 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 2 500 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad

b) k datu 31. 5. 2015 musí být provedeny stavební práce, dodávky a služby ve výši min. 3 000 000,00 Kč bez DPH a na min. tuto částku vystaven daňový doklad; k datu 31. 5. 2015 tedy budou provedeny a vyfakturovány stavební práce, dodávky a služby v souhrnné výši min. 5 500 000,00 Kč bez DPH“,

čímž podstatným způsobem změnil požadavek na dílčí termín a rozsah provedení částí plnění veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 29. 10. 2014 dodatek č. 2 ke jmenované smlouvě o dílo ze dne 13. 8. 2014.

56. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezhájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.

57. Podle § 121 odst. 3 zákona (účinného od 6. 3. 2015) odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
58. V návaznosti na čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod Úřad konstatuje, že v případě správního trestání je nutné zohlednit příznivější právní úpravu pro zadavatele. Z tohoto důvodu Úřad vycházel při posuzování odpovědnosti zadavatele za správní delikt z ustanovení zákona ve znění zákona č. 40/2015 Sb., tedy z právní úpravy příznivější.
59. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 21. 1. 2016. Deliktní jednání zadavatele započalo dne 29. 10. 2014, když zadavatel uzavřel dodatek č. 2 ke smlouvě uzavřené dne 13. 8. 2014 s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání výše uvedeného správního deliktu bylo zahájeno dne 15. 2. 2016. Úřad podotýká, že od spáchání správního deliktu uběhl jeden rok a cca 4 měsíce. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za výše uvedený správní delikt nezanikla.
60. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
61. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. písm. a) zákona a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí částku ve výši 11 507 538 Kč včetně DPH. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 1 150 753,8 Kč.
62. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
63. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán).
64. Úřad při stanovení výše pokuty vzal v první řadě v úvahu závažnost správního deliktu, za který ukládá sankci. Provedení změny již uzavřené smlouvy na původní veřejnou zakázku posunutím dílčích termínů plnění vedlo k tomu, že zadavatel podstatně omezil soutěž potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, a tím nezajistil dostatečné nediskriminační prostředí, které má být zárukou co nejehospodárnějšího vynakládání finančních prostředků. Jedná se tedy o správní delikt závažného charakteru, neboť v důsledku nezákonného jednání zadavatele bylo podstatným způsobem narušeno konkurenční prostředí.
65. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. V daném případě měl spáchaný správní delikt za následek, že vybraný uchazeč nebyl při zadávání veřejné zakázky vystaven takové konkurenci, jako v případě, že by již v zadávacích podmínkách na původní veřejnou zakázku byly sjednány předmětné dílčí termíny plnění

v takovém znění, v jakém je zadavatel sjednal dodatkem č. 2. Zadavatel tak nenaplnil elementární účel zákona, kterým je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Nezákonným postupem zadavatele mohlo reálně dojít k omezení počtu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky. Nelze přitom vyloučit, že nabídka jiného uchazeče mohla být pro zadavatele ekonomicky výhodnější, čímž by došlo k úspoře finančních prostředků z veřejných zdrojů. Úřad v této souvislosti dodává, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo.

66. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu, nemá Úřad žádné indicie, že by zadavatel jednal v přímém či nepřímém úmyslu vyloučit soutěžní prostředí. Úřad naopak zohlednil skutečnosti, které zadavatel uvedl ve svém vyjádření ze dne 18. 2. 2016, a to, že veškeré postupy související s uzavřením dodatku č. 2 byly konzultovány s odbornou společností, která pro zadavatele zpracovala předmětné zadávací řízení, stejně jako s Úřadem regionální rady regionu soudružnosti Střední Morava. Způsob spáchání správního deliktu tedy nevykazuje znaky svědčící o tom, že by uložená pokuta měla být adekvátním způsobem zvýšena. V neposlední řadě také Úřad přihlédl k charakteru zadavatele, neboť v šetřeném případě se jedná o menšího zadavatele – příspěvkovou organizaci, jejímž zřizovatelem je samosprávný celek (jak je uvedeno v odstavci 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí), jejíž hlavní činností je především správa a údržba nemovitostí, a která zaměstnává pouze 29 pracovníků (včetně vedení). Uvedené tedy podle názoru Úřadu svědčí o tom, že by uložená pokuta měla být spíše snížena.
67. Jako polehčující okolnost vzal Úřad v úvahu skutečnost, že dodatkem č. 2 nebyla odsunuta realizace celého předmětu plnění veřejné zakázky, nýbrž pouze jeho některých dílčích částí (specifikovaných v Harmonogramu stavby, který byl součástí dodatku č. 2). Dále vzal Úřad v úvahu v pozitivním smyslu tu skutečnost, že uzavřením dodatku č. 2 nedošlo ke změně výsledné celkové ceny díla. Úřad zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, které by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad však k těmto okolnostem přihlédl při zvažování výše sankce.
68. V rámci posouzení závažnosti správního deliktu Úřad vychází rovněž ze skutečnosti, že se v šetřeném případě jedná o smlouvu na veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota byla stanovena zadavatelem na částku 11 700 000 Kč bez DPH (a smluvní cena činila 9 510 362 Kč bez DPH). Úřad konstatuje, že v rámci posouzení závažnosti správního deliktu je tedy nutné zohlednit, že porušení zákona při zadávání veřejné zakázky, jejíž předpokládaná hodnota odpovídala podlimitní veřejné zakázce, představuje zásah střední intenzity do veřejného zájmu chráněného zákonem. Nelze tedy zdaleka říci, že závažnost správního deliktu spáchaného v souvislosti s šetřenou veřejnou zakázkou dosahuje takové intenzity zásahu do veřejného zájmu, k jakému by došlo při spáchání stejného správního deliktu v souvislosti s veřejnou zakázkou, jejíž předpokládaná hodnota by byla zadavatelem stanovena kupříkladu v řádu desítek milionů či několik miliard korun.
69. Pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť

uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. S přihlédnutím k následkům spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva a odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

70. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z předložené rozvahy a výkazu zisku a ztrát za rok 2015, Úřad zjistil, že zadavatel dosáhl v roce 2015 kladného výsledku hospodaření běžného účetního období v řádu desítek tisíc korun českých. Je tedy zřejmé, že stanovenou výši pokuty nelze považovat za likvidační.
71. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěným správním deliktům zadavatele přistoupil k uložení pokuty. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokutu ve výši 15 000 Kč uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
72. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj 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 1926/7, Černá Pole, 604 55 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. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

Městský bytový podnik Karolinka, příspěvková organizace, Kortiše 633, 756 05 Karolinka

Vypraveno dne:

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