



UOHSX0043MA3

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R236/2011/VZ-4006/2012/310/PMo

V Brně dne: 20. 3. 2012

Ve správním řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 17. 10. 2011 zadavatelem –

- **městem Bohumín**, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín, IČ 00297569, zastoupeným Ing. Petrem Víchou, starostou,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe, o přezkoumání úkonů zadavatele, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- **Ing. Jaroslav Sebera – Bohumínská stavební**, s místem podnikání J. Koczura 493, 735 81 Bohumín, IČ 44915225,

učiněných v souvislosti s uzavřením dodatku č. 1 ze dne 19. 7. 2007 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z ze dne 11. 5. 2007 na realizaci veřejné zakázky „**Stavební úpravy areálu FIT školky na ul. Okružní – Bohumín**“, zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení dle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb., na základě výzvy ze dne 8. 3. 2007,

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

I.

Výrok I. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe, podle § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád,

ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 písm. b) téhož zákona, **potvrzují** a podaný rozklad do výroku I. rozhodnutí **zamítám**.

II.

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 21. 9. 2011, č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe, podle § 90 odst. 1 písm. c) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 152 odst. 4 téhož zákona, **mění** takto:

„Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – městu Bohumín, IČ 00297569, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín – ukládá pokuta ve výši **10 000 Kč** (slovy: deset tisíc korun českých). Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.“

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Město Bohumín, se sídlem Masarykova 158, 735 81 Bohumín, IČ 00297569 (dále jen „**zadavatel**“), zadalo ve zjednodušeném podlimitním řízení podle § 38 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 110/2007 Sb. (dále jen „**zákon**“)¹, na základě výzvy ze dne 8. 3. 2007 veřejnou zakázku „Stavební úpravy areálu FIT školky na ul. Okružní – Bohumín“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. V předmětném zadávacím řízení podalo nabídku 6 uchazečů. Ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 2. 4. 2007 vyplynulo, že hodnotící komise 1 nabídku vyřadila a na základě hodnocení zbývajících nabídek vybrala hodnotící komise jako nejvhodnější nabídku uchazeče Ing. Jaroslav Sebera – Bohumínská stavební, s místem podnikání J. Koczura 493, 735 81 Bohumín, IČ 44915225 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Dne 11. 5. 2007 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 9/2007/Z na daný předmět plnění (dále jen "**smlouva**") s nabídkovou cenou ve výši 5 328 607,50 Kč bez DPH. Dne 2. 7. 2007 vyzval zadavatel vybraného uchazeče výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, k jednání ve věci dodatečných stavebních prací, které v původní veřejné zakázce nebyly obsaženy.
4. Dne 19. 7. 2007 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo č. 9/2007/Z (dále jen "**dodatek ke smlouvě**"), přičemž předmětem dodatku byla mimo jiné změna původní ceny díla na částku 6 383 390,50 Kč bez DPH, přičemž dle článku IV. dodatku

¹ Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

byla cena upravena tak, že došlo k jejímu navýšení za *vícepráce* o 1 310 008,- Kč bez DPH a snížení o 255 225,- Kč bez DPH za *méněpráce*.

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 20. 4. 2011 podnět, v němž jeho podavatel napadl postup zadavatele při uzavírání dodatku ke smlouvě. Na základě podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a vyžádal si stanovisko zadavatele k obsahu podnětu.
6. Dopisem ze dne 4. 5. 2011 se ke svému postupu v zadávacím řízení vyjádřil zadavatel. Dle něj bylo při provádění stavby zjištěno, že je nutno provést ještě stavební práce, které nebyly obsaženy v původní zadávací dokumentaci, a které jsou nezbytné k dokončení díla. Zadavatel zvolil jednací řízení bez uveřejnění a dne 19. 7. 2011 uzavřel dodatek ke smlouvě, v němž byl současně proveden odpočet *méněprací*, které nebylo třeba provádět. Zákonný limit 20 % pro dodatečné stavební práce zadavatel posuzoval dle § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3 zákona jako výsledek zápočtu *víceprací* a *méněprací*. K pochybení zadavatele došlo dle jeho názoru neúmyslně, protože v době zadání dodatečných prací neměl k dispozici výklad zákona, že nelze vzájemně započítat *méněpráce* a *vícepráce*.
7. Úřad oznámil zahájení správního řízení jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-11744/2011/530/JNe ze dne 27. 7. 2011, v němž účastníky řízení seznámil se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí. Usnesením č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-11745/2011/530/JNe ze dne 27. 7. 2011 účastníkům stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy a v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele bylo zahájeno dne 29. 7. 2011, kdy bylo oznámení o jeho zahájení doručeno prvním z účastníků².

II. Napadené rozhodnutí

8. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 21. září 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe (dále jen "**napadené rozhodnutí**"), v jehož výrokové části I. konstatoval, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a dne 19. 7. 2007 uzavřel dodatek ke smlouvě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ve výrokové části II. Úřad zadavateli uložil za spáchání předmětného správního deliktu dle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 20 000,- Kč.
9. Úřad uvedl v odůvodnění napadeného rozhodnutí následující skutečnosti. Dle Úřadu z předložené dokumentace vyplynulo, že zadavatel po zahájení stavebních prací realizovaných na základě smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku vyzval dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona výzvou ze dne 2. 7. 2007 vybraného uchazeče k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu nutnosti zajištění nově vzniklých stavebních prací, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky.

² Žádný z účastníků správního řízení se ve stanovených lhůtách ani později k zahájení správního řízení nevyjádřil.

10. Dále poznamenal, že rozsah nově vzniklých stavebních prací je specifikován v dodatku ke smlouvě, kde jsou uvedeny *vícepráce* (stavební a dispoziční úpravy v 1. nadzemním podlaží školky, úpravy zpevněných ploch, demontáž přístřešku a montáž stříšky nad vstupy do družiny a školky), přičemž dodatek ke smlouvě obsahuje i *méněpráce* (dodávka a montáž hliníkové prosklené stěny, oklepání a oprava vnějších štukových omítek, demontáž a montáž krytiny upravovaného přístřešku včetně nátěru). V části IV. dodatku ke smlouvě (*Cena*) je uvedeno, že cena díla se dle bodu 4.1 upravuje takto: a) *vícepráce* (dle položkového rozpočtu) v hodnotě 1.310.008,- Kč, b) *méněpráce* (dle položkového rozpočtu) v hodnotě 255.225,- Kč, c) *cena dle dodatku bez DPH* 1.054.783,- Kč, d) *původní cena díla bez DPH* 5.328.607,50 Kč, e) *cena díla včetně dodatku bez DPH* 6.383.390,50 Kč, f) *DPH 19 %* 1.212.844,10 Kč a g) *celková cena díla včetně DPH* 7.596.234,60 Kč.
11. Z výše uvedených skutečností dle Úřadu vyplynulo, že v návaznosti na nově vzniklé požadavky zadavatele na provedení stavebních prací byla cena díla navýšena z původních 5.328.607,50 Kč bez DPH na 6.638.615,50,- Kč bez DPH – jedná se tedy o původní cenu a cenu víceprací v hodnotě 1.310.008,- Kč bez DPH.
12. K této problematice Úřad dále podotkl, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat skutečnost, že je třeba realizovat práce (dodávky, služby), které nebyly předmětem původní veřejné zakázky, tedy tzv. „*vícepráce*“. Jelikož vícepráce zadavatel v podmínkách původní veřejné zakázky neuvedl, jedná se o nový předmět plnění, tedy o novou veřejnou zakázku. Podle zákona pak taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení, přičemž pokud to zákon připouští, může zadavatel nový předmět plnění veřejné zakázky (tedy vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku, v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.
13. Dle Úřadu může zejména při realizaci rekonstrukcí staveb docházet ke změně původního předmětu plnění veřejné zakázky jak o *méněpráce*, tak o *vícepráce*. V této souvislosti není vyloučeno, aby za účelem jejich sjednání zadavatel s dodavatelem uzavřel jeden dodatek k původní smlouvě. Při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky však podle Úřadu nelze vycházet ze vzájemného započítání *méněprací* a *víceprací*, neboť novou veřejnou zakázkou jsou *vícepráce*, které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny.
14. K výše uvedenému následně Úřad shrnul, že v dodatku ke smlouvě (kde jsou uvedeny *vícepráce*) je uvedena cena těchto víceprací ve výši 1.310.008,-Kč bez DPH s tím, že cena *víceprací* činí 24,58 % z původní ceny veřejné zakázky (tedy 5.328.607,50 Kč bez DPH). Na základě tohoto výpočtu Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nesplnil jednu z podmínek nezbytných pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Z ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona totiž vyplývá, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací pro účely použití jednacím řízení bez uveřejnění nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky, přičemž v šetřeném případě byla tato hranice prokazatelně překročena.
15. K otázce uložení pokuty Úřad poukázal na to, že cena veřejné zakázky (*víceprací*), při jejímž zadání se zadavatel dopustil předmětného správního deliktu, činila 1.558.909,50 Kč

(tedy 1 310 008,- Kč + 19% DPH) – horní hranice možné pokuty tak činila 77.945,50 Kč. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu skutečnost, že zadavatel svým postupem omezil soutěžní prostředí tím, že dodatečné *vícepráce* nezadal ve standardním zadávacím řízení, ačkoliv hodnota prací překročila 20 % ceny původní veřejné zakázky a nebyly tak splněny podmínky pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Omezení soutěžního prostředí je přitom považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek.

16. Jako polehčující okolnosti vzal Úřad při stanovení výše pokuty v potaz to, že ke spáchání deliktu došlo ze strany zadavatele neúmyslně a především z důvodu neznalosti výkladu zákona, a dále skutečnost, že navýšení původní ceny veřejné zakázky nebylo oproti zákonem povolenému navýšení markantní (zákonná hranice byla překročena o 4,58 %).

III. Námitky rozkladu

17. Dne 14. 10. 2011 podal zadavatel proti výše uvedenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen dne 17. 10. 2011, tedy v zákonem stanovené lhůtě.

V době zadání zakázky nebyl k dispozici výklad zákona, dle něhož vícepráce a méněpráce nelze vzájemně započítat

18. Zadavatel v první řadě poukazuje na skutečnost, že v době zadání dodatečných stavebních prací neměl k dispozici výklad zákona, dle něhož pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nelze vycházet ze vzájemného započítání *méněprací* a *víceprací*, neboť novou veřejnou zakázkou jsou *vícepráce*, které zadavatelem nebyly v původní veřejné zakázce vymezeny. Dodává, že tento výklad byl Úřadem učiněn právě proto, že i jiní zadavatelé postupovali na základě zápočtů, což dle něj vyplývá i z rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S50/2009/VZ-10263/2009/540/JSI ve spojení s rozhodnutím č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu.

To, že ke spáchání deliktu došlo z důvodu neznalosti předmětného výkladu zákona, Úřad zohlednil jen ve vztahu k výši pokuty

19. Dále podotýká, že skutečnost, že ke spáchání správního deliktu ze strany zadavatele došlo z důvodu jeho neznalosti předmětného výkladu zákona, byla Úřadem zohledněna pouze ve vztahu k výši uložené pokuty a nepromítla se tak do rozhodnutí ohledně spáchání správního deliktu.

Z textu zákona nešlo ke dni 19. 7. 2007 jednoznačně dovodit nemožnost zápočtu

20. V této souvislosti namítá, že zákon nabyl účinnosti dne 1. 7. 2006, přičemž z textu zákona vztahujícího se k zápočtu *víceprací* a *méněprací* nešlo ke dni 19. 7. 2007 (tedy v době uzavírání dodatku ke smlouvě) jednoznačně dovodit nemožnost takového zápočtu.

Závěr rozkladu

21. Na základě shora uvedených skutečností a s poukazem na rozhodovací praxi Úřadu ve spojení se zásadou legitimního očekávání zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

Stanovisko předsedy Úřadu

22. Správní orgán prvního stupně neshledav důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), předal v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu spis orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
23. Po projednání rozkladu zadavatele 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 napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu zadavatele a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S284/2011/VZ-13779/2011/530/JNe ze dne 21. 9. 2011, jehož výrokem I. konstatoval spáchání správního deliktu zadavatelem podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup dle § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a dne 19. 7. 2007 uzavřel dodatek ke smlouvě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
25. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za správní delikt uvedený ve výroku I. uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda lze její výši považovat za přiměřenou závažnosti správního deliktu, zejména způsobu jeho spáchání a jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán. Z uvedeného důvodu jsem přistoupil ke změně napadeného rozhodnutí (resp. jeho výroku II.), neboť současná právní úprava obsažená v ust. § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu dovoluje napadené rozhodnutí změnit, pokud by tím některému z účastníků, jemuž je ukládána povinnost, nehrozila újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se. Tuto podmínku považuji za splněnou. V další části tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke snížení uložené pokuty.

V. K námitkám rozkladu

Změna výrokové části II. napadeného rozhodnutí – snížení uložené pokuty

26. K výši uložené sankce uvádím, že jakkoli není pochyb o odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, tj. správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona,

kterého se zadavatel dopustil tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny zákonné podmínky, a uzavřel dodatek ke smlouvě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, přistoupil jsem ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. Byť správní orgán prvního stupně pokutu uložil v rámci zákonného rozpětí, po přihlídnutí k závažnosti správního deliktu a k jeho následkům a okolnostem, za nichž byl spáchán (§ 121 odst. 2 zákona), vyhodnotil jsem jiným způsobem existující polehčující a přitěžující okolnosti spáchání správního deliktu.

27. Při úvahách o snížení pokuty jsem byl veden zejména úvahou týkající se problematiky překročení původní ceny veřejné zakázky dle § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona. Ačkoli v daném případě došlo k překročení původní ceny veřejné zakázky, nejedná se o překročení, jež by bylo značné. Přihlédnu-li k části IV. dodatku ke smlouvě, nemohu neakcentovat skutečnost, že se jedná o překročení v podstatě zanedbatelné, a sice překračující výše uvedenou zákonnou hranici pouze o 4,58 %. K tomu podotýkám, že tato skutečnost je důvodem pro snížení pokuty uložené Úřadem, poněvadž snižuje závažnost spáchaného správního deliktu.
28. S ohledem na výše uvedené je třeba zdůraznit, že jsem tuto okolnost shledal více významnou a oproti Úřadu jsem jí proto přisoudil větší důležitost. Na rozdíl od Úřadu jsem více akcentoval to, že se jedná v podstatě o bagatelní překročení výše uvedeného zákonem stanoveného limitu. Dle mého tedy Úřad do svých úvah, v jaké konkrétní výši pokutu uloží, ne zcela adekvátně promítl závažnost spáchaného správního deliktu (jež je determinována zejména způsobem jeho spáchání, jeho následky a okolnostmi, za nichž byl spáchán). Jinými slovy, Úřad při stanovení výše pokuty dostatečným způsobem nezohlednil to, že navýšení původní ceny veřejné zakázky nebylo oproti zákonem povolenému navýšení markantní (zákonná hranice byla překročena o 4,58 %), třebaže je tato argumentace v bodě 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí obsažena.
29. V porovnání s napadeným rozhodnutím jsem tedy jinak přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu. Jak jsem již výše podotkl, závažnost předmětného správního deliktu je nutné (ve srovnání s Úřadem) posoudit jako nižší zejména s ohledem na skutečnost, že cena díla byla v důsledku uzavření dodatku ke smlouvě (s vybraným uchazečem) navýšena z původních 5 328 607,50,- Kč bez DPH na 6 638 615,50,- Kč bez DPH, tedy o částku 1 310 008,- Kč bez DPH. Celkový rozsah dodatečných stavebních prací tak překročil cenu původní veřejné zakázky o 24,58 %, přičemž ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) bod 3 zákona připouští ve vztahu k dodatečným stavebním pracím 20% překročení ceny původní veřejné zakázky. Veden touto stěžejní myšlenkou jsem přesvědčen, že závažnost předmětného správního deliktu je vzhledem k výše uvedenému zásadním způsobem oslabena, což ospravedlňuje snížení pokuty uložené Úřadem.

30. Nadto zdůrazňuji, že ani okolnost, že v důsledku spáchání předmětného správního deliktu došlo k omezení soutěžního prostředí³ tím, že vícepráce nebyly zadány ve standardním zadávacím řízení (ačkoli hodnota prací překročila 20 % ceny původní veřejné zakázky a nebyly tak splněny podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění)⁴, není skutečností, jež by ospravedlňovala původní výši pokuty stanovenou Úřadem (z dodatku ke smlouvě vyplývá, že cena víceprací dosahuje částky 1.310.008,-Kč bez DPH). Co se týče následků protiprávního jednání zadavatele, v bodě 20. odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad dostatečně a srozumitelně vysvětlil, že porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť není vyloučeno, že pokud by zadavatel dodatečné stavební práce zadal např. v otevřeném nebo užším řízení, mohl obdržet více nabídek, z nichž některá mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče.
31. Jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. Jednou z podmínek užití jednacího řízení bez uveřejnění dle výše citovaného § 23 odst. 7 písm. a) zákona je, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky. Pro úplnost dodávám, že zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců.
32. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny podmínky pro jeho použití. Z tohoto důvodu nemohu, stejně jako Úřad, akceptovat postup, kterým zadavatel účelově obešel zákonem stanovená pravidla pro zadávání dodatečných stavebních prací tím, že předmět *víceprací* zadal bez řádného zadávacího řízení vybranému uchazeči. Neshledal jsem tudíž ani důvody, proč se odchýlit od závěrů napadeného rozhodnutí, že postupem zadavatele došlo ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že zadavatel zadal dodatečné stavební práce vybranému uchazeči v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž pro takový postup byly důvody, namísto toho, aby zvolil některý jiný (formálnější) druh zadávacího řízení ve smyslu § 21 odst. 2 zákona, přičemž svým postupem mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
33. K tomu shrnuji, že s ohledem na výše uvedené jsem přistoupil ke změně výroku II. napadeného rozhodnutí a uloženou pokutu jsem přiměřeně snížil. Na druhou stranu nebylo možné od uložené pokuty zcela upustit, neboť jednání, kterého se zadavatel dopustil, bylo opakovaně předmětem přezkumu v jiných správních řízeních. Nadto se podstatně

³ Byť je omezení soutěžního prostředí považováno za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek.

⁴ Tato argumentace je obsažena v bodě 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

dotýká základních principů, na nichž je zadávání veřejných zakázek vystavěno, tedy zejména povinnosti zadávat veřejné zakázky závaznými postupy dle zákona a dále principu transparentnosti zadávacího řízení a zákazu diskriminace jednotlivých (i jen potenciálních) dodavatelů. Kromě toho negativní důsledky porušení zákona (tedy omezení soutěže o veřejnou zakázku) již v tuto chvíli není možné účinně zhojit způsobem, který by potenciálním dodavatelům umožnil se o veřejnou zakázku nebo její část ucházet, protože smlouva na kompletní realizaci stavebních úprav objektu mateřské školky a družiny včetně demolice kočárkárny již byla uzavřena a bylo z ní plněno.

34. V dané souvislosti se pak ztotožňuji s konstatováním Úřadu obsaženým v bodě 32. odůvodnění napadeného rozhodnutí, dle něhož má pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona 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 v souladu se zákonem. Byť byla výše uložené pokuty stanovena v dolní polovině její maximální možné výše, vzhledem k okolnostem případu jsem ji posoudil jako nepřiměřeně vysokou. Na rozdíl od Úřadu jsem přesvědčen, že preventivní funkci může v tomto případě plnit i pokuta nižší. V rámci volné úvahy jsem proto výši uložené pokuty poměrně snížil na 10 000 Kč.
35. Se zřetelem na výše uvedené je třeba učinit závěr, že existuje více polehčujících okolností, než které shledal orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, a proto je třeba výši uložené pokuty adekvátně přehodnotit. Ačkoli Úřad správně uvedl, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, jsem přesvědčen, že v tomto případě může výchovnou funkci pokuty plnit i pokuta nižší. Akcentoval jsem tedy její preventivní funkci a výši pokuty jsem přiměřeně snížil na polovinu částky původně uložené.
36. Je však třeba zdůraznit, že na závěru, že se zadavatel dopustil spáchání správního deliktu dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, se nic nemění, poněvadž nedodržel postup vyplývající z ustanovení § 21 odst. 2 zákona⁵, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny zákonné podmínky, a uzavřel dodatek ke smlouvě, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky (viz následující body tohoto rozhodnutí).

K jednotlivým námitkám

V době zadání zakázky nebyl k dispozici výklad zákona, dle něhož vícepráce a méněpráce nelze vzájemně započítat

37. Ve vztahu k námitce zadavatele, že v době zadání dodatečných stavebních prací neměl k dispozici výklad zákona, dle něhož pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nelze vycházet ze vzájemného započítání *méněprací* a *víceprací*, neboť novou veřejnou zakázkou jsou *vícepráce*, které zadavatelem nebyly v původní veřejné zakázce

⁵ Dle tohoto ustanovení "Zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízením s uveřejněním nebo jednacím řízením bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti".

vymezeny, uvádím následující. Skutečnost, že zadavatel neměl v době uzavírání dodatku ke smlouvě k dispozici výklad zákona, dle něhož pro účely stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nelze vycházet ze vzájemného započítání *méněprací* a *víceprací*, byla Úřadem zohledněna při stanovení výše pokuty (viz bod 30. odůvodnění napadeného rozhodnutí).

38. Zdůrazňuji, že absence předmětného výkladu učiněného Úřadem nemá a nemůže mít vliv na protiprávní charakter jednání, kterého se zadavatel v souvislosti s nedodržením postupu vyplývajícího z ust. § 21 odst. 2 zákona dopustil, poněvadž předmětné jednání zakládá správní delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, resp. naplňuje příslušné znaky skutkové podstaty tohoto deliktu. Nejedná se o relevantní liberační důvod, který by zadavatele zprošťoval jeho odpovědnosti za spáchání předmětného správního deliktu. S ohledem na tyto skutečnosti je tedy předmětná námitka neopodstatněná. Z výše uvedených důvodů neobstojí ani tvrzení, dle něhož Úřad tento výklad učinil právě proto, že i jiní zadavatelé postupovali na základě zápočtů.

To, že ke spáchání deliktu došlo z důvodu neznalosti předmětného výkladu zákona, Úřad zohlednil jen ve vztahu k výši pokuty

39. V souvislosti s námitkou, dle níž byla skutečnost, že ke spáchání správního deliktu ze strany zadavatele došlo z důvodu jeho neznalosti předmětného výkladu zákona, Úřadem zohledněna pouze ve vztahu k výši uložené pokuty, přičemž se nepromítla do rozhodnutí ohledně spáchání správního deliktu, uvádím následující. Jak již bylo výše konstatováno, skutečnost, že zadavatel neměl k dispozici předmětný výklad zákona, Úřad zohlednil při stanovení výše pokuty. Následně ji zdůvodnil v příslušných bodech odůvodnění napadeného rozhodnutí, byť dle mého ne zcela dostatečně (viz body 26 až 32 tohoto rozhodnutí týkající se snížení uložené pokuty). Tato argumentace zadavatele však současně nemůže představovat důvod rozhodný pro upuštění od sankce, případně pro učinění závěru, že se zadavatel předmětného správního deliktu nedopustil. Jak vyplynulo z průběhu šetření tohoto případu i z napadeného rozhodnutí, zadavatel v důsledku svého (protiprávního) jednání, byť neúmyslně, porušil výše deklarované ustanovení zákona, přičemž spáchání předmětného správního deliktu bylo ze strany Úřadu prokazatelně zjištěno a tímto rozhodnutím následně i potvrzeno.
40. Jak jsem již výše deklaroval, z ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona vyplývá, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací pro účely použití jednacímho řízení bez uveřejnění nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky, přičemž v šetřeném případě byla tato hranice prokazatelně překročena. V dodatku ke smlouvě, kde jsou uvedeny *vícepráce*, je totiž uvedena cena těchto víceprací ve výši 1.310.008,-Kč bez DPH s tím, že cena *víceprací* činí 24,58 % z původní ceny veřejné zakázky, tedy 5.328.607,50 Kč bez DPH.
41. V této souvislosti proto nelze nijak zpochybnit závěr Úřadu obsažený mimo jiné v bodě 19. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že zadavatel v daném případě nesplnil jednu z podmínek nezbytných pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění. Úřad tedy nemohl to, že zadavatel v době uzavírání dodatku neměl k dispozici předmětný výklad zákona, zohlednit

při rozhodování o spáchání daného správního deliktu (tedy v rámci úvahy mající vliv na charakter výroku o vině obsaženého v napadeném rozhodnutí). Z toho důvodu je třeba předmětnou námitku vznesenou zadavatelem v rozkladu označit za nedůvodnou a jako takovou ji zamítnout.

Z textu zákona nešlo ke dni 19. 7. 2007 jednoznačně dovodit nemožnost zápočtu

42. Ve vztahu k námitce, že zákon nabyl účinnosti dne 1. 7. 2006, přičemž v době uzavírání dodatku ke smlouvě (tedy ke dni 19. 7. 2007) nešlo z textu zákona vztahujícího se k zápočtu *víceprací a méněprací* jednoznačně dovodit nemožnost takového zápočtu, uvádím následující. Skutečnost, že v době uzavírání dodatku ke smlouvě zadavatel neznal předmětný výklad zákona, dle něhož při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky nelze vycházet ze vzájemného započítání *méněprací a víceprací* (neboť novou veřejnou zakázkou jsou *vícepráce*, které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny), ani v něm obsažené skutečnosti jiným způsobem sám nedovodil, nemá sebemenší vliv na existenci odpovědnosti zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu (viz předchozí body tohoto rozhodnutí). Všechna ustanovení zákona, jak podotýká sám zadavatel, nabyla dne 1. 7. 2006 účinnosti, a z toho důvodu jsou závazná pro všechny adresáty tohoto právního předpisu, tedy i pro zadavatele. S ohledem na tyto skutečnosti je proto zřejmé, že i tato námitka je zcela neopodstatněná a tudíž nemůže obstát.

VI. Závěr

43. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že pokuta uložená napadeným rozhodnutím byla nepřiměřeně vysoká, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro změnu napadeného rozhodnutí tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
44. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Město Bohumín, Masarykova 158, 735 81 Bohumín
2. Ing. Jaroslav Sebera – Bohumínská stavební, J. Koczura 493, 735 81 Bohumín

Vypraveno dne:

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