UOHSX001MEP4

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R69/2009/VZ-3218/2010/310/JSl V Brně dne: 29. dubna 2010

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 7.5.2009 zadavatelem

- obcí Úholičky, IČ 00640727, se sídlem Roztocká 6, 252 64 Úholičky, za niž jedná Tomáš Divina, starosta,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S2/2009/VZ-2811/2009/540/VKu ze dne 16.4.2009, ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatele – obce Úholičky, IČ 00640727, se sídlem Roztocká 6, 252 64 Úholičky, při uzavření dodatku č. 3 ze dne 18.9.2007 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ke smlouvě o dílo č. 46/04 ze dne 1.7.2004 uzavřené na realizaci veřejné zakázky „BD s malometrážními byty Úholičky“, a při uzavření smlouvy o dílo č. 71/07 ze dne 21.9.2007 a jejího dodatku č. 1 ze dne 3.1.2008, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč

- společnost FISA, s. r. o., IČ 47541733, se sídlem Smečenská 117, 274 01 Slaný-Kvíc, za niž jedná Ing. Ivana Salačová, jednatelka

jsem podle § 152 odst. 5 písm. a) v návaznosti na ust. § 90 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S2/2009/VZ-2811/2009/540/VKu ze dne 16.4.2009

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – obec Úholičky, IČ 00640727, se sídlem Roztocká 6, 252 64 Úholičky (dále jen „zadavatel“), uzavřel dne 18.9.2007 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), se společností FISA, s. r. o., IČ 47541733, se sídlem Smečenská 117, 274 01 Slaný-Kvíc (dále jen „vybraný uchazeč“), dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo č. 46/04 ze dne 1.7.2004 (dále též jen „dodatek č. 3“), uzavřené na realizaci veřejné zakázky „BD s malometrážními byty Úholičky“. Dále zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dne 21.9.2007 smlouvu o dílo č. 71/07 a dne 3.1.2008 její dodatek č. 1 (dále též jen „dodatek č. 1“). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.

2. Úřad zjistil, že předmětné závazkové vztahy navazují na veřejnou zakázku přezkoumávanou již v minulosti v jiném správním řízení, kdy zadavatel zadal ještě za účinnosti zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, na základě výzvy více zájemcům veřejnou zakázku „BD s malometrážními byty“. Dne 1.7.2004 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 46/04, v níž byla cena díla stanovena částkou 29 851 147 Kč bez DPH. K této smlouvě byly postupně uzavřeny celkem tři dodatky, a to vždy na základě předchozího jednacího řízení bez uveřejnění. Postup zadavatele při uzavření prvních dvou dodatků dle § 27 odst. 3 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jimiž byla původní cena za dílo navýšena o částku celkem 5 345 505 Kč bez DPH, byl předmětem správního řízení evidovaného Úřadem pod sp. zn. S271/2007/VZ, v jehož rámci bylo vydáno rozhodnutí č. j. S271/2007/VZ-21353/2008/540/MK (nabylo právní moci dne 1.12.2008). Vzhledem k tomu, že dodatek č. 3 byl uzavřen až za účinnosti zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, a cena jím sjednaného plnění nedosahovala limitu 2 mil. Kč, nebyl tento dodatek č. 3 předmětem

předchozího správního řízení. Z předložené dokumentace však vyplynulo, že dodatkem č. 3 došlo k opětovnému navýšení ceny díla, a to o 1 150 318 Kč bez DPH na 36 346 970 Kč bez DPH. Ve svém vyjádření zadavatel orgánu dohledu sdělil, že potřeba dalších prací vznikla na základě požární zprávy a vyjádření Hasičského záchranného sboru Středočeského kraje a dalších zjištěných vad (tepelné mosty na fasádě, nedodržení minimální šířky balkonu pro osoby tělesně postižené). Zadavatel dále s vybraným uchazečem uzavřel dne 21.9.2007 smlouvu o dílo č. 71/07. Smluvními stranami byla sjednána cena díla ve výši 3 537 007 bez DPH, která byla dodatkem č. 1 navýšena o 992 771 Kč bez DPH na celkovou částku 4 529 778 Kč bez DPH. Důvodem navýšení ceny je dle přílohy č. 1 tohoto dodatku rozdělení objektu – stavební úpravy, akustické předstěny, komunikace a inženýrské sítě.

3. Úřad jako orgán příslušný k přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 112 zákona obdržel dne 13.1.2009 podnět k přezkoumání postupu zadavatele při uzavírání výše uvedených smluv a dodatků. Na podkladě obdržené dokumentace Úřad pojal pochybnost, zda zadavatel při uzavření dodatku č. 3 a smlouvy č. 71/07 a jejího dodatku č. 1 postupoval v souladu se zákonem, tj. zda mohl dodatek č. 3 uzavřít v jednacím řízení bez uveřejnění a zda mohl smlouvu o dílo č. 71/07 a její dodatek č. 1 s vybraným uchazečem uzavřít bez jakéhokoli zadávacího řízení. Ke dni 12.2.2009 proto bylo zahájeno správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky Úřad označil zadavatele a vybraného uchazeče.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 16.4.2009 vydal Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S2/2009/VZ-2811/2009/540/VKu (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, 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 zákona, a na tuto veřejnou zakázku dne 18.9.2007 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo č. 46/04 ze dne 1.7.2004 s vybraným uchazečem, a dále tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když bez zadání veřejné zakázky v některém ze zadávacích řízení dle § 21 odst. 1 zákona uzavřel smlouvu o dílo č. 71/07 ze dne 21.9.2007 a její dodatek č. 1 ze dne 3.1.2008 s vybraným uchazečem. Za uvedený správní delikt Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 50 000 Kč, splatnou do dvou měsíců ode dne nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

5. Orgán dohledu se v odůvodnění citovaného rozhodnutí nejprve zaměřil na dodatek č. 3. S odkazem na ustanovení § 21 odst. 2, § 23 odst. 4 písm. b) a § 23 odst. 7 písm. a) zákona uvedl, že 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, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno, tedy pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. Jednou z podmínek užití jednacího řízení bez uveřejnění dle výše citovaného ust. § 23 odst. písm. a) zákona je, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky. V šetřeném případě byla cena původní veřejné zakázky 29 851 147 Kč bez DPH. Hodnota 20 % ceny původní

veřejné zakázky činí 5 970 229,40 Kč bez DPH, původní cena navýšená o tuto částku odpovídá hodnotě 35 821 376,40 Kč bez DPH. Dodatkem č. 1 a č. 2 byla původní cena navýšena o částku celkem 5 345 505 Kč bez DPH, dodatkem č. 3 o částku 1 150 318 Kč bez DPH. Celková cena veřejné zakázky tedy dosáhla částky 36 346 970 Kč bez DPH. Z výše uvedeného vyplývá, že uzavřením dodatku č. 3 došlo k překročení limitu stanoveného citovaným ustanovením, když hodnota veřejné zakázky byla navýšena o cca 22 %. Z tohoto důvodu již Úřad nezkoumal splnění dalších dvou zákonem stanovených podmínek, protože všechny tři podmínky musejí být v daném případě splněny kumulativně. S ohledem na nedodržení podmínky rozsahu dodatečného plnění Úřad dospěl k závěru, že zadavatel nebyl oprávněn veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění. Úřad se také obsáhle vypořádal s námitkou zadavatele, podle níž došlo k naplnění podmínek uvedených v § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Zadavatel neprokázal naplnění ani jedné z uvedených podmínek opravňujících ho k použití jednacího řízení bez uveřejnění. V daném případě totiž byly důvodem zadání veřejné zakázky nedostatky zjištěné v projektové dokumentaci stavby a požadavky vyplývající z požární zprávy a vyjádření Hasičského záchranného sboru Středočeského kraje, které byly zapracovány do projektu ke dni 19.2.2007, a tedy nelze hovořit o existenci krajně naléhavého případu ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Závěr, že se v šetřeném případě nejedná o krajně naléhavý případ ve smyslu zákona, podporuje i skutečnost, že zadavatel zahájil jednací řízení bez uveřejnění více než čtyři měsíce po datu výzvy a téměř sedm měsíců po datu, které zadavatel uvádí jako datum změny původního projektu na základě požární zprávy a vyjádření Hasičského záchranného sboru Středočeského kraje. Ani možnost, že zadavateli bude hodnota dodatečných stavebních prací dle dodatku č. 3 v budoucnu uhrazena, není z pohledu povinnosti zadavatele postupovat při zadávání veřejných zakázek dle zákona relevantní. K zadavatelem zmiňovanému principu *ne bis in idem* Úřad uvedl, že výrok rozhodnutí Úřadu č. j. S271/2007/VZ-21353/2008/540/MK ze dne 10.11.2008 se týkal pouze dodatků č. 1 a č. 2 ke smlouvě o dílo č. 46/04. Úřad zde nerozhodoval o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem i při uzavření dodatku č. 3. V dané věci se tedy nejedná o případ, kdy je Úřadem vedeno řízení o shodném postupu zadavatele, o němž již bylo v jiném řízení rozhodnuto.

6. V další části odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval smlouvou o dílo č. 71/07 a dodatkem č. 1 k této smlouvě. Při posouzení, zda se jedná o zcela nové dílo, a tudíž i zcela samostatnou veřejnou zakázku, Úřad přihlédl k věcným, místním a časovým souvislostem a dospěl k závěru, že tato souvislost je v daném případě dána. Sjednané plnění navazuje na původní veřejnou zakázku, neboť výstavba komunikací a terénní úpravy byly provedeny na pozemku bezprostředně sousedícím se stavbou, jejíž zhotovení bylo předmětem původní veřejné zakázky, kuchyňské linky byly zhotoveny a zabudovány rovněž do této stavby, a k uzavření smlouvy o dílo č. 71/07 došlo jen tři dny po uzavření dodatku č. 3. Nepřijal ani argument, že daný pozemek je veřejným prostranstvím, a tedy nikoliv součástí objektu. Z předložené dokumentace vyplývá, že se jedná o jedinou stavební akci realizovanou jediným dodavatelem, přičemž jednotlivé práce na sebe bezprostředně časově navazovaly. Podle Úřadu není možné ani připustit, aby zadavatel odůvodňoval porušení zákona splněním podmínek pro získání dotace, neboť časové rozložení dotace není skutečností, která by zadavatele opravňovala k rozdělení

předmětu veřejné zakázky. Pro úplnost pak Úřad upozornil, že v daném případě by nebylo ani možné, aby zadavatel pro zadání veřejné zakázky použil jednací řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 zákona, a to z důvodů obdobných těm, které jsou uvedeny výše ve vztahu k dodatku č. 3. Vzhledem k této skutečnosti měl zadavatel vyhlásit otevřené, užší, případně zjednodušené podlimitní řízení, v němž by umožnil podat nabídku i dalším dodavatelům.

7. Pokud jde o uloženou pokutu, poté, co orgán dohledu odkázal na § 121 odst. 2 zákona, a poté, co ověřil, že jsou splněny podmínky pro její uložení, uvedl, že zadavatel tím, že pro zadání veřejné zakázky zvolil jednací řízení bez uveřejnění, aniž by dodržel podmínky stanovené v § 23 zákona, a dále tím, že původní veřejnou zakázku rozdělil a bez předchozího zadávacího řízení uzavřel smlouvu o dílo č. 71/07 a její dodatek č. 1, mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet i nabídky jiných uchazečů, kteří by nabídli výhodnější plnění než jediný zadavatelem oslovený uchazeč. Nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. Při stanovení výše pokuty přihlédl k tomu, že otázka podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění, stejně jako problematika porušení zákona nezadáním veřejné zakázky v některém ze zadávacích řízení, byla v rozhodovací praxi Úřadu opakovaně řešena. Dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, a to s odkazem na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Příjmy obce se pohybují v řádech desítek miliónů Kč, návrh rozpočtu obsahuje na straně příjmů částku ve výši 56,5 mil. Kč, a proto výši pokuty nelze považovat za likvidační. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů nicméně Úřad akcentoval preventivní funkci pokuty.

III. Námitky rozkladu

8. Zadavatel k dodatku č. 3 opětovně uvádí, že v dané věci již bylo vydáno Úřadem rozhodnutí č. j. S271/2007/VZ-21353/2008/540/MK ze dne 10.11.2008 které nabylo právní moci dne 2.2.2009 a které uvedený dodatek v rámci zkoumání celého díla a smluvního vztahu mělo k dispozici, posuzovalo a řešilo, tj. týkalo se smlouvy jako celku včetně všech jejích dodatků a příloh. Uvedené rozhodnutí navíc již bylo zadavatelem splněno. Zadavatel poukazuje na obecně platnou zásadu věci pravomocně rozhodnuté, na základě níž není možné, aby Úřad dalším rozhodnutím negoval nebo se snažil změnit své stanovisko vynesené předchozím rozhodnutím. Přestože tuto argumentaci zadavatel vznesl již v řízení v prvním stupni, orgán dohledu ji nesprávně považoval za irelevantní.

9. Z důvodu procesní opatrnosti zadavatel svou procesní obranou míří i proti závěru Úřadu o tom, že nepostupoval v souladu se zákonem, když dodatek č. 3 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění vybranému uchazeči. Zadavatel trvá na tom, že se jednalo o zcela novou veřejnou zakázku vyvolanou požadavkem Hasičského záchranného sboru Středočeského kraje, která byla až později zpracována do projektové dokumentace. Dále byly zjištěny tepelné mosty a nízká neprůzvučnost stěn; s těmito pracemi původní smlouva a cena díla nemohla počítat a zadavatel je ani nezpůsobil, ani vznik těchto prací nemohl předvídat. Tyto práce bylo navíc třeba

provést naléhavě, neboť na jejich provedení záviselo užívání, resp. kolaudace bytového domu. Zadavatel znovu uvádí, že pokud předseda Úřadu dodatek č. 3 neposoudí jako novou veřejnou zakázku, jedná se o případ uvedený v § 23 odst. 4 zákona, tedy o krajně naléhavý případ, který však nelze zúžit jen na „*vis maior*“, ale je třeba ho vztáhnout i na zadavatelovu situaci. Pokud by totiž bytový dům nebyl zkolaudován v termínu sjednaném ve smlouvě o poskytnutí státního příspěvku, vznikla by zadavateli značná škoda. Zadavatel konečně znovu připomíná, že uplatnil náhradu škody ve výši ceny díla sjednané v dodatku č. 3 proti projektantovi stavby, který měl uvedené záležitosti řešit již v projektové dokumentaci. Proto zde existuje reálná možnost, že tato část díla bude uhrazena projektantem, a tudíž se nebude jednat o prostředky z veřejných rozpočtů, a tedy ani o veřejnou zakázku ve smyslu zákona. Ačkoli ani tato argumentace nebyla Úřadem přijata, je zadavatel přesvědčen, že jeho stanovisko má v právu oporu.

10. K nové smlouvě o dílo č. 71/07 ze dne 21.9.2007, resp. k jejímu dodatku č. 1, zadavatel znovu upozorňuje, že bytový dům byl financován z dotace poskytnuté Ministerstvem pro místní rozvoj (o pravdivosti tohoto tvrzení již předložil důkazy). V rámci této dotace bylo nutné uzavřít smlouvu o dílo, na které se uvedená dotace vztahuje. Na dílo specifikované ve výše zmíněné smlouvě se však dotace nevztahovala, a proto toto dílo (terénní úpravy, výstavba komunikací a provedení kuchyňských linek) nemohlo být do původní veřejné zakázky zahrnuto. Zadavatel tak i v případě díla, jež bylo předmětem smlouvy o dílo č. 71/07 ze dne 21.9.2007 a jejího dodatku č. 1, trvá na tom, že se jednalo o dílo nové, zcela odlišné od stavební činnosti, jíž se týkala smlouva č. 46/04. Z uvedeného důvodu se muselo jednat i o zcela samostatnou stavební zakázku do limitu 6 mil. Kč.

11. K výši uložené pokuty zadavatel uvádí, že návrh rozpočtu obce je postaven na příjmech ze státního rozpočtu a rovněž z provozu skládky, která leží v katastrálním území obce. V době celosvětové krize, propadu hospodaření a vzestupu deficitu státního rozpočtu však budou tyto příjmy výrazně redukovány. Účastník je dále povinen platit státu penále z důvodu vrácení dotace na předmětný bytový dům. Výše pokuty tak ve svém celkovém kontextu a ve svých důsledcích pro zadavatele likvidační být může.

12. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu vyhověl podanému rozkladu a napadené rozhodnutí zrušil, případně aby uloženou pokutu snížil.

IV. Řízení o rozkladu

13. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád") a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

14. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou 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 a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

15. Úřad tím, že svým rozhodnutím č.j. ÚOHS-S2/2009/VZ-2811/2009/540/VKu ze dne 16.4.2009 rozhodl, 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 zákona, a na tuto veřejnou zakázku dne 18.9.2007 uzavřel dodatek č. 3 ke smlouvě o dílo č. 46/04 ze dne 1.7.2004 s vybraným uchazečem, a dále tím, že nedodržel postup stanovený v § 13 odst. 3 zákona, když bez zadání veřejné zakázky v některém ze zadávacích řízení dle § 21 odst. 1 zákona uzavřel smlouvu o dílo č. 71/07 ze dne 21.9.2007 a její dodatek č. 1 ze dne 3. 1. 2008 s vybraným uchazečem, rozhodl správně a v souladu se zákonem.

16. Pokud však jde o výši pokuty, která byla napadeným rozhodnutím za uvedený správní delikt uložena, dospěl jsem k pochybnostem, zda Úřad při jejím stanovení zohlednil zásadu absorpce, která je imanentní pro trestání souběhu správních deliktů. Z důvodu nedostatečného odůvodnění, které zatěžuje napadené rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti, bylo třeba toto rozhodnutí zrušit. Nepřezkoumatelnost totiž představuje vadu natolik závažnou, že musí být odstraněna v řízení v prvním stupni, neboť chybí-li podstatná část odůvodnění rozhodnutí, není, co by v řízení o rozkladu bylo možné přezkoumat. V odůvodnění tohoto rozhodnutí současně vyslovuji právní názor, jímž je Úřad při novém projednání věci vázán.

V. K námitkám rozkladu

17. K namítané překážce věci rozsouzené (*res iudicata*) uvádím, že ačkoli správní řízení sp. zn. ÚOHS-S2/2009/VZ/VKu navazuje na správní řízení vedené u Úřadu pod sp. zn. S271/2007/VZ/MK, které bylo ukončeno vydáním rozhodnutí č. j. S271/2007/VZ-21353/2008/540/MK ze dne 10.11.2008 (nabylo právní moci dne 1.12.2008), výrok naposledy zmíněného rozhodnutí se týkal pouze dodatků č. 1 a č. 2 ke smlouvě o dílo č. 46/04. V tomto rozhodnutí Úřad rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona tím, že uzavřel dodatek č. 1 a dodatek č. 2 ke smlouvě o dílo č. 46/04 ze dne 1.7.2004, přičemž nesplnil povinnost stanovenou v § 25 zákona, když použil pro zadání výše uvedené veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v § 27 odst. 3 písm. a) zákona, a tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Ve správním řízení sp. zn. ÚOHS-S2/2009/VZ však Úřad nerozhodoval o tom, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem i při uzavření dodatku č. 3 smlouvy o dílo č. 46/04, a to z toho důvodu, že se na něj vztahoval zákon č. 137/2006 Sb., a cena plnění nepřekročila limit 6 mil. Kč. V dané věci se tedy nejedná o případ, kdy je Úřadem vedeno řízení o shodném postupu zadavatele (tj. o témže skutku), o němž by již bylo v jiném řízení rozhodnuto. Názoru zadavatele, že napadeným rozhodnutím je negováno a měněno dřívější rozhodnutí Úřadu, tak nelze přisvědčit.

18. K otázce viny úvodem uvádím, že zadavatel v podaném rozkladu opětovně zpochybňuje otázku viny za spáchání výše specifikovaných správních deliktů. Tuto

námitku však neopírá o žádné nové skutečnosti a pouze opakuje argumenty již vznesené v řízení před orgánem dohledu. Odůvodnění napadeného rozhodnutí se přitom v části týkající se viny zadavatele za spáchání správního deliktu spočívajícího v porušení § 21 odst. 2 a § 13 odst. 3 zákona všemi těmito argumenty zcela vyčerpávajícím způsobem vypořádalo (blíže viz str. 5 až 9 napadeného rozhodnutí), a proto neshledávám důvody, proč se od jeho závěrů odchýlit.

19. K tvrzení, že se jak v případě dodatku č. 3, tak v případě smlouvy č. 71/07 a jejího dodatku č. 1 jednalo o nové veřejné zakázky, konstatuji, že zadavatel v podaném rozkladu neuvedl žádné relevantní skutečnosti, jimiž by zpochybnil závěr Úřadu o existenci věcné, místní i časové souvislosti mezi původní veřejnou zakázkou na straně jedné a mezi dodatkem č. 3 a smlouvou č. 71/07 a jejím dodatkem č. 1 na straně druhé. Z předložené dokumentace mám stejně jako orgán dohledu za prokázané, že se jedná o jedinou stavební akci, realizovanou jediným dodavatelem, přičemž jednotlivé práce na sebe bezprostředně časově navazovaly a kromě toho bylo již při zadání původní veřejné zakázky zřejmé, že bude třeba provést další navazující stavební práce; ty však zadavatel do původní veřejné zakázky nezahrnul a zadal je posléze jako samostatnou veřejnou zakázku. Oddělení části předmětu plnění nemohlo být odůvodněno ani skutečností, že zadavatel na jeho realizaci získal dotaci, neboť časové rozložení dotace není skutečností, která by zadavatele opravňovala k rozdělení předmětu veřejné zakázky.

20. Co se týče odkazu na krajně naléhavé případy, jejichž existence odůvodňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění, shodně jako orgán dohledu konstatuji, že zadavatel neprokázal naplnění ani jedné z podmínek předpokládaných ustanovením § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Nedostatky zjištěné v projektové dokumentaci stavby a nové požadavky hasičského záchranného sboru, které musely být později zapracovány do projektové dokumentace, nepředstavují krajně naléhavý případ ve smyslu citovaného ustanovení zákona. Tento závěr podporuje i skutečnost, že zadavatel zahájil jednací řízení bez uveřejnění výzvou ze dne 7.5.2007, jednání se uskutečnilo 23.5.2007, avšak dodatek č. 3 byl uzavřen teprve dne 17.9. 2007, tedy více než čtyři měsíce a téměř sedm měsíců po datu, které zadavatel uvádí jako datum změny původního projektu na základě požární zprávy a vyjádření hasičského záchranného sboru.

21. K namítanému uplatnění náhrady škody u projektanta stavby a z toho vyplývající možnosti, že finanční hodnota prací provedených na základě dodatku č. 3 bude zadavateli v budoucnu uhrazena, uvádím, že se plně ztotožňuji se závěrem orgánu dohledu, že případná budoucí (a v tuto chvíli toliko hypotetická) náhrada škody třetím subjektem není z pohledu povinnosti zadavatele postupovat při zadávání veřejných zakázek dle zákona relevantní. Plnění poskytnuté na základě dodatku č. 3 naplňuje definici veřejné zakázky, na čemž nic nemění ani případná budoucí náhrada škody ze strany projektanta stavby.

22. K důvodům pro zrušení napadeného rozhodnutí uvádím, že jakkoli není pochyb o vině zadavatele za spáchání výše uvedeného správního deliktu, důvodem zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci orgánu dohledu k novému projednání je způsob odůvodnění výše uložené pokuty. Jak již bylo výše naznačeno, dospěl jsem

k pochybnostem, zda orgán dohledu při stanovení výši sankce reflektoval zásadu absorpce, která se uplatní při postihu souběhu správních deliktů a jejíž podstata tkví v absorpci sazeb (*poena maior absorbet minorem* – tedy přísnější trest pohlcuje mírnější). Jak již v minulosti několikráte dovodil Nejvyšší správní soud (např. v rozsudku č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18.6.2009 nebo v rozsudku č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31.10.2008), při trestání správních deliktů týmž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat trestněprávní instituty i při trestání správním vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. Použití analogie ve správním trestání je v omezeném rozsahu přípustné tehdy, pokud právní předpis, který má být aplikován, určitou otázku vůbec neřeší, a nevede-li výklad za pomocí analogie ani k újmě účastníka řízení, ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem (viz rozsudky Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 27/2008 – 67 ze dne 16.4.2008 a č. j. 8 As 17/2007 – 135 ze dne 31.5.2007). Pro ukládání trestů za správní delikty se proto musí uplatnit obdobné principy a pravidla jako pro ukládání trestů za trestné činy.

23. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů narozdíl od úpravy trestněprávní neúplná. Zejména pak neřeší moment, do kdy je správní delikty možno považovat za sbíhající se, jakož ani důsledky, není-li z jakýchkoli důvodů vedeno společné řízení. Souhrnné či úhrnné tresty, jimiž se postihuje souběh trestných činů, přitom představují pro pachatele výhodnější postup, neboť je v nich zohledněna skutečnost, že pachatel se dopustil dalšího trestného činu, aniž byl varován odsuzujícím rozsudkem týkajícím se dřívějšího trestného činu.

24. V daném případě zadavatel více skutky naplnil skutkové podstaty různých správních deliktů. Protože se těchto správních deliktů dopustil v období před oznámením rozhodnutí, jímž byl za některý z nich potrestán, jednalo se o jejich vícečinný souběh nestejnorodý. Z těchto závěrů měl tedy orgán dohledu vyjít při ukládání sankce za uvedené delikty za pomoci absorpční metody. Z odůvodnění výše pokuty v napadeném rozhodnutí je sice patrné, že se Úřad věnoval hodnocení jednání zadavatele z hledisek uvedených v § 121 odst. 2 zákona, nelze z něj však vůbec zjistit, za který z výše uvedených deliktů primárně pokutu ukládal a jakým způsobem přihlédl k tomu, že byly spáchány (a v tuto chvíli i pravomocně potrestány) také delikty dřívější. Napadené rozhodnutí proto musí být z důvodu nedostatečného odůvodnění výše uloženého trestu za uvedené správní delikty jako celek zrušeno, byť jeho závěry o vině za výše uvedené správní delikty plně obstojí.

25. Pro úplnost však dodávám, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, jež mohly pochopitelně být primárně určeny k jiným účelům. Namítá-li v této souvislosti zadavatel, že v důsledku vydaných rozhodnutí byl nucen vrátit dotaci, kterou na realizaci předmětné veřejné zakázky obdržel ze státních fondů, a to včetně penále, pak uvádím, že povinnost vrácení uvedené dotace zpravidla vzniká již

samotným konstatováním porušení zákona, jinými slovy, bez ohledu na to, zda ve správním řízení byla za správní delikt uložena pokuta a případně v jaké výši.

VI. Závěr

26. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že napadené rozhodnutí bylo zatíženo vadami majícími vliv na jeho zákonnost a přezkoumatelnost, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro jeho zrušení a pro vrácení věci k novému projednání orgánu dohledu.

27. 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. Obec Úholičky, Roztocká 6, 252 64 Úholičky
2. FISA, s. r. o., Smečenská 117, 274 01 Slaný - Kvíc

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy