UOHSX003IAC7

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R2/2011/VZ-5073/2011/310/JSl V Brně dne: 3. května 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 1. 2011 podaném zadavatelem –

- **Státní léčebné lázně Karlova Studánka, státní podnik**, IČ 14450216, se sídlem Karlova Studánka 6, 793 24 Karlova Studánka, za něhož jedná Doc. Ing. Lubomír Schellong, Ph.D., ředitel,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S154/2010/VZ-11410/2010/530/EDo ze dne 10. 12. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Státní léčebné lázně Karlova Studánka, státní podnik, IČ 14450216, se sídlem Karlova Studánka 6, 793 24 Karlova Studánka, při zadávání veřejné zakázky **„Bazén a vodoléčebná atrakce v budově Letních lázní Státních léčebných lázní Karlova Studánka, s. p. – etapa č. 1 – Stavební část (včetně suché a parní sauny, solné jeskyně)“**, zadávané v užším řízení podle § 25 odst. 2 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo zveřejněno na centrální adrese dne 22. 5. 2006 pod evidenčním číslem 50021441, a při uzavření celkem 19 dodatků ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- **Bedřich Nykl, podnikatel**, IČ 12672190, s místem podnikání Světlá 244, 793 31 Světlá Hora,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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-S154/2010/VZ-11410/2010/530/EDo ze dne 10. 12. 2010

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Státní léčebné lázně Karlova Studánka, státní podnik, IČ 14450216, se sídlem Karlova Studánka 6, 793 24 Karlova Studánka, za něhož jedná doc. Ing. Lubomír Schellong, Ph.D., ředitel (dále též jen „zadavatel“), uveřejnil podle § 84 odst. 1 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 40/2004 Sb.“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 22. 5. 2006 pod evidenčním číslem 50021441 oznámení užšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „Bazén a vodoléčebná atrakce v budově Letních lázní Státních léčebných lázní Karlova Studánka, s. p. – etapa č. 1 – Stavební část (včetně suché a parní sauny, solné jeskyně)“. V období od 2. 9. 2006 do 1. 11. 2007 uzavřel dále zadavatel s vybraným uchazečem – Bedřichem Nyklem, podnikatelem, IČ 12672190, s místem podnikání Světlá 244, 793 31 Světlá Hora (dále jen „vybraný uchazeč“) celkem 19 dodatků ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006, která byla výsledkem výše zmíněného užšího řízení, a to formou jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Pozn.: pokud je dále 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 úkonů jednotlivých účastníků řízení.

2. Úřad jako orgán příslušný podle § 112 zákona zahájil na základě obdrženého podnětu ke dni 7. 6. 2010 správní řízení z moci úřední, neboť z předložené dokumentace získal pochybnosti o tom, zda zadavatel postupoval při realizaci veřejné zakázky a při uzavírání dodatků v souladu se zákony. Za účastníky správního řízení označil zadavatele a vybraného uchazeče.

3. V průběhu správního řízení se zadavatel k zahájenému správnímu řízení vyjádřil v tom smyslu, že po zahájení zemních prací byly zjištěny neočekávaně složité základové poměry nové stavby s vlivem na statiku navrhované stavební konstrukce. V důsledku toho zadavatel pověřil projekční kancelář Wach, s. r. o. (která dle vyjádření technického dozoru stavby Ing. Michala Řezníčka nezvládla povinnosti generálního projektanta, neboť některé skutečnosti vyhodnotila chybně, resp. vůbec) přepracováním projektové dokumentace; v návaznosti na její změny pak byly v souladu se zákonem uzavírány dodatky ke smlouvě

o dílo ze dne 10. 8. 2006. Potřeba dodatečných prací, které nebyly obsaženy v původní veřejné zakázce, tak byla dle názoru zadavatele vynucena naléhavými skutečnostmi, které nebyly zadavateli známy v době zadávání předmětné veřejné zakázky a které nezpůsobil.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 10. 12. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S154/2010/VZ-11410/2010/530/EDo (dále jen „napadené rozhodnutí“), jehož prvním výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 a § 50 odst. 1 tohoto zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a dne 10. 8. 2006 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a druhým výrokem rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 uzavřel postupně 19 dodatků, přičemž nesplnil povinnost stanovenou v § 21 zákona tím, že použil pro zadání citované veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž pro to byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona. Za spáchání výše uvedených deliktů Úřad zadavateli uložil pokutu ve výši 100 000 Kč, splatnou do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. Současně, podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), uložil zadavateli povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 1 000 Kč.

5. Orgán dohledu poté, co odkázal na ustanovení § 48 odst. 1, § 50 odst. 1, § 25, § 27 odst. 3 a § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., a na § 21 odst. 1 a 2, § 23 odst. 4 a 7 písm. a) zákona, konstatoval, že zadavatel pochybil již ve stádiu přípravy zadávacího řízení a vymezení zadávací dokumentace, neboť projektová dokumentace, která byla nedílnou součástí zadávací dokumentace, byla zpracována chybně a nedostatečně, nezohledňovala podmínky lokality, neodrážela skutečné potřeby zadavatele, nebyla dostatečně konzultována se zadavatelem a některé části stavby vůbec neřešila. Již na počátku zadávacího řízení tak bylo evidentní, že nabídka zpracovaná na základě této zadávací dokumentace nebude v praxi realizovatelná, aniž k ní nebude třeba uzavřít vícero dodatků. Argumentace zadavatele, že při zpracování zadávací dokumentace a při následném uzavření smlouvy o potřebě dodatečných prací nevěděl, neboť se řídil projektem vypracovaným jím najatou projekční kanceláří, je v daném případě irelevantní, neboť zadavatel přímo ze zákona odpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace. Součástí zadávací dokumentace stavby je také projektová dokumentace stavby zpracovaná do podrobností nezbytných pro zpracování nabídky. Předmětná projektová dokumentace však zpracovaná v podrobnostech nezbytných ke zpracování nabídky prokazatelně nebyla. Výše zmíněným postupem se tak zadavatel dopustil porušení § 48 odst. 1 a § 50 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb.

6. K uzavření celkem 19 dodatků ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 Úřad s odkazem na ustálenou rozhodovací praxi uvedl, že význam pojmu „naléhavý případ“ nelze ze strany zadavatele vykládat svévolně, ale vždy v souladu s ustanovením § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb. Ve smyslu citovaného ustanovení zákona č. 40/2004 Sb. se jedná o události výjimečné povahy, které si ve svém důsledku vyvolají mimořádné řešení vzniklé situace, odchylující se od obecných či standardních postupů souvisejících se zadáním veřejné

zakázky. V souvislosti s posouzením, je-li vzniklá situace naléhavým případem, musí vždy dojít ke kumulativnímu naplnění obou předpokládaných podmínek, tj. musí se jednat o událost, kterou zadavatel nemohl předvídat a zároveň ji ani nezpůsobil. V daném případě základové podmínky lokality stavby jakož i další výše zmíněné okolnosti existovaly od počátku zadávacího řízení, nedošlo k žádným jejich změnám vlivem např. živelné pohromy či jiné neočekávané události. Tyto podmínky byly pouze chybně a nedostatečně posouzeny a zohledněny projekční kanceláří a v této podobě převzaty zadavatelem do zadávací dokumentace, proto je zadavatel nemůže uvádět jako argumenty pro zdůvodnění svého následného postupu. Jedná se tedy o vícepráce zapříčiněné chybně zpracovanou projektovou dokumentací, která byla součástí zadávací dokumentace a za kterou zadavatel nese odpovědnost. V šetřeném případě nebyl naplněn ani další předpoklad umožňující veřejnou zakázku zadat v jednacím řízení bez uveřejnění, a to podmínka, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní zakázky. Celková výše dodatečných prací zde překročila 45 % ceny původní veřejné zakázky. Výše zmíněným postupem se tak zadavatel dopustil porušení § 21 zákona v návaznosti na § 23 zákona. Pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, není vyloučeno, že by přijal více nabídek od oslovených zájemců k podání nabídek v užším řízení.

7. S odkazem na § 102 odst. 1, § 105 odst. 1 a 3 zákona č. 40/2004 Sb. a § 120 odst. 1 písm. a), § 121 odst. 2 a 3 zákona Úřad poté, co ověřil splnění podmínek pro uložení pokuty, k uložené sankci uvedl, že cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí, za kterou může být zadavateli uložena pokuta, byla sjednaná ve smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 a činí 30 584 711 Kč bez DPH, tedy 36 395 808 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) zde tedy činí částku ve výši 1 819 790 Kč. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku II. napadeného rozhodnutí, za kterou může být zadavateli uložena pokuta, byla sjednána postupně v 19 uzavřených dodatcích ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 a činila částku 13 847 599 Kč bez DPH, tedy 16 874 451 Kč s DPH. Horní hranice možné pokuty zde tedy činí částku ve výši 823 932 Kč. V souladu se zásadou absorpce v rámci správněprávního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, což je z výše uvedených v šetřeném případě správní delikt podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb., jehož se zadavatel dopustil tím že nedodržel postup stanovený tímto zákonem tím že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, neboť v tomto případě může Úřad uložit zadavateli pokutu až do výše 1 819 790 Kč. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k tomu, že otázka podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění byla v rozhodovací praxi Úřadu již opakovaně řešena a v podrobnostech odkázal na některá dříve vydaná rozhodnutí. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu a při zohlednění nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněného ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., konstatoval, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatel disponuje, považovat za likvidační, neboť výše kmenového jmění zadavatele činí 17 233 582 Kč, jeho minimální výše by pak neměla poklesnout pod částku 10 000 000 Kč. 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 především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad preferoval preventivní charakter pokuty a stanovenou výši pokuty posoudil jako dostačující.

8. Závěrem napadeného rozhodnutí odkázal Úřad na § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle kterého se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují. Dále podle § 79 odst. 5 správního řádu správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1 000 Kč. Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno ve čtvrté části výroku napadeného rozhodnutí.

III. Námitky rozkladu

9. Rozklad podal zadavatel do všech výroků napadeného rozhodnutí. V prvé řadě napadá závěry orgánu dohledu o svém pochybení, ke kterému mělo dojít již ve fázi přípravy zadávacího řízení a vymezení zadávací dokumentace. Zadavatel znovu opakuje, že projektová dokumentace byla zpracována specializovanou společností, která se zabývala ojedinělým typem poptávaných bazénů. Zadavatel ze své pozice neměl šanci zjistit vady projektové dokumentace, a to s ohledem na absentující odbornost. Z tohoto důvodu by mu nemělo být kladeno za vinu, že nebyl vyhotoven posudek třetí strany, který by řádnost a úplnost projektové dokumentace posoudil. Ze stejných důvodů napadá zadavatel i závěr o tom, že již od počátku bylo zřejmé, že nabídka zpracovaná na základě zadávací dokumentace nebude v praxi realizovatelná bez uzavření vícero dodatků řešících danou situaci *ad hoc*. Zadavatel i v této souvislosti uvádí, že si v době výběru uchazeče a uzavření smlouvy nebyl vědom žádné skutečnosti, která by vyvolávala pochybnosti o možnosti řádné realizace díla. Zjištěné problémy se však snažil řešit bez zbytečného odkladu poté, co o nich byl informován, a to tak, aby nedošlo k zastavení nebo přerušení stavebních prací (naléhavost řešení problémů byla umocněna nejen finančními dopady, ale také hrozícím narušením statiky sousedních historických budov). Pokud tedy jde o odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace, je zadavatel přesvědčen, že je ji třeba hodnotit vždy s ohledem ke skutečnostem známým v okamžiku uveřejnění oznámení o veřejné zakázce, nikoli zpětně, jak činí Úřad. Dodatečné stavební práce nemohly být technicky ani ekonomicky odděleny od původní zakázky, aniž by toto oddělení způsobilo újmu zadavateli. Rychlé dokončení původní zakázky bylo nezbytné pro provedení původních stavebních prací, a proto i provedení dodatečných prací bylo svěřeno vybranému uchazeči. Celkový rozsah dodatečných prací nebyl znám a byl upřesňován postupně na základě informací poskytnutých subjekty

s potřebnou odbornou způsobilostí. Navíc na sebe průběh jednotlivých prací bezprostředně navazoval a případná účast více dodavatelů by komplikovala, neřkuli znemožnila koordinaci jejich činnosti a řešení rozporů a právních důsledků jejich činnosti (prokazování odpovědnosti za vady díla). Zadavatel tak nesouhlasí s tím, že nešlo o naléhavý případ ve smyslu § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., a znovu opakuje, že se jednalo o událost, kterou nemohl předvídat a kterou nezpůsobil. Výklad orgánu dohledu, že naléhavým případem jsou pouze události výjimečné povahy, které si ve svém důsledku vyvolají mimořádné řešení situace odchylující se od obecných či standardních postupů, považuje zadavatel za nesprávné, když jde nad rámec citovaného § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se napadené rozhodnutí zrušuje a věc se Úřadu vrací k novému posouzení a rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

10. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

11. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

12. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S154/2010/VZ-11410/2010/530/EDo ze dne 10. 12. 2010 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. tím, že nedodržel postup stanovený v § 48 odst. 1 a § 50 odst. 1 tohoto zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, a dne 10. 8. 2006 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem, a že se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 uzavřel postupně 19 dodatků, přičemž nesplnil povinnost stanovenou v § 21 zákona tím, že použil pro zadání citované veřejné zakázky jednací řízení bez uveřejnění, aniž pro to byly splněny podmínky stanovené v § 23 zákona, za což mu Úřad uložil pokutu ve výši 100 000 Kč a povinnost uhradit náklady správního řízení ve výši 1 000 Kč ve smyslu § 79 odst. 5 správního řádu, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

13. Zadavatel v podaném rozkladu trvá na splnění podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 zákona při uzavření 19 dodatků ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006, neboť se v daném případě jednalo o tzv. naléhavý případ ve smyslu § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb. [resp. o tzv. krajně naléhavý případ ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona],

a znovu poukazuje na faktickou nemožnost odhalit vady projektové dokumentace již ve fázi výběru nejvhodnější nabídky nebo nejpozději při uzavření smlouvy. V tomto ohledu se tedy rozklad omezuje na argumenty, které již zadavatel přednesl před vydáním prvostupňového rozhodnutí. Jak jsem zjistil přezkoumáním odůvodnění napadeného rozhodnutí, orgán dohledu se otázkou úplnosti zadávací dokumentace i naplněním podmínek pro uzavření 19 dodatků ke smlouvě o dílo ze dne 10. 8. 2006 formou jednacího řízení bez uveřejnění důkladně zabýval a všechny rozhodné skutečnosti v odůvodnění vzal v úvahu a správně právně posoudil. Podaný rozklad tedy do věci nepřináší nic nového (a to ani z hlediska skutkového, ani z hlediska právního) a pokud jde o stěžejní závěr Úřadu týkající se nezákonnosti postupu zadavatele, není schopen napadené rozhodnutí zvrátit.

14. Pro úplnost znovu uvádím, že zadavatel pochybil již ve stádiu přípravy zadávacího řízení a vymezení zadávací dokumentace. Přestože zadavatel není z povahy své činnosti subjektem erudovaným pro projekční činnost, nezbavuje jej tato skutečnost odpovědnosti za správnost a úplnost zadávací dokumentace; odpovědnost zakotvenou v § 48 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb. není možné přenést na jiný subjekt. S ohledem na takto koncipovanou právní úpravu objektivní odpovědnosti v § 48 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb. musí být zadavatel obezřetný při volbě zpracovatele projektové dokumentace tak, aby byla zajištěna nejen její úplnost a správnost, ale také aby byly zohledněny všechny požadavky a potřeby zadavatele, včetně podmínek dané lokality. Předmětná projektová dokumentace však podle naposledy zmíněných zásad a požadavků vypracována nebyla, což ostatně připustil sám zadavatel a o čemž rovněž svědčí nutnost uzavření řady dodatků, které řešily její konkrétní nedostatky. Závěr Úřadu o tom, že zadavatel nesplnil povinnost zakotvenou v § 48 odst. 1 v návaznosti na § 50 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb., tedy považuji za správný a učiněný v souladu se zákonem.

15. Co se týče naplnění pojmu „naléhavý případ“ ve smyslu § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb., resp. „krajně naléhavý případ“ ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona, stejně jako orgán dohledu odkazuji na ustálený výklad, prezentovaný jak na příslušných webových stránkách Úřadu, tak v sérii rozhodnutí, v nichž Úřad v podrobnostech formuloval své stanovisko k možnosti využití jednacího řízení bez uveřejnění (§ 23 zákona). V prvé řadě je třeba zdůraznit, že krajně naléhavý případ podle § 17 písm. k) zákona č. 40/2004 Sb. je událost výjimečné povahy, která si vyžaduje mimořádné řešení vzniklé situace, odchylující se od standardních postupů pro zadání veřejné zakázky; podmínky, že tuto událost nemohl zadavatel předvídat a zároveň ji nezpůsobil, musí být naplněny kumulativně. Podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona lze krajní naléhavost spatřovat v tom, že při ohrožení života nebo zdraví lidí či kvůli hrozícím škodám nelze z časového hlediska dodržet běžné, zákonem stanovené postupy zadávání veřejných zakázek. Jednalo by se o takové práce, které směřují k odstraňování následků škod, jako je např. zprovoznění důležitých železničních tratí a pozemních komunikací, telekomunikačních zařízení, čištění komunikací a vodních zdrojů či obnovení dodávek plynu, elektrické energie a vody. Lze tedy konstatovat, že zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona lze použít pouze v případech, kdy je zadavatel nucen v co nejkratší době řešit určitý závažný problém vznikající v důsledku *vis maior*. V této souvislosti je však nutno zdůraznit, že posouzení, zda se jedná o krajně naléhavý případ, nemůže být postaveno pouze na subjektivním názoru či

domněnce zadavatele, nýbrž musí být založeno na zcela objektivních a doložitelných skutečnostech.

16. K možnému podřazení zadavatelova postupu pod § 23 odst. 7 písm. a) zákona předně uvádím, že i v tomto případě musí být současně kumulativně splněny všechny podmínky uvedené v jeho bodech 1. až 3. V nejobecnější rovině platí, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat možnost realizace prací, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. vícepráce), tj. prací, které nebyly v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění a tedy o novou veřejnou zakázku, která však s tou původní bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka může být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení, příkladmo v jednacím řízení bez uveřejnění, přičemž zadavatel může v souladu se zákonem nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku s tím, že vícepráce bývají sjednány formou dodatku k původní smlouvě.

17. Co se však týče odkazu na krajně naléhavé případy, jejichž existence odůvodňuje použití jednacího řízení bez uveřejnění, tak shodně jako orgán dohledu konstatuji, že zadavatel neprokázal naplnění všech podmínek předpokládaných ustanovením § 23 odst. 4 písm. b) zákona, resp. § 23 odst. 7 písm. a) zákona č. 40/2004 Sb. Nedostatky zjištěné v projektové dokumentaci stavby, které si vyžádaly nové práce, které musely být později zapracovány do projektové dokumentace, nepředstavují krajně naléhavý případ ve smyslu citovaného ustanovení zákona, neboť byly zapříčiněny chybně zpracovanou projektovou dokumentací, což ostatně uznal i zadavatel ve vyjádřeních podaných v průběhu řízení před orgánem dohledu a rovněž i v podaném rozkladu (o odpovědnosti za správnost a úplnost zadávací dokumentace bylo pojednáno výše). V neposlední řadě nebyl naplněn ani předpoklad uvedený v § 23 odst. 7 písm. a) bod 3. zákona, tj. podmínka, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky (celková výše dodatečných stavebních prací překročila 45 % ceny původní veřejné zakázky).

18. Závěrem je třeba uvést, že k omezení soutěžního prostředí došlo již tím, že zadávací dokumentace (resp. projektová dokumentace) nebyla vypracována v souladu se zákonem, a proto neumožňovala podání nabídky, na základě které by bylo možné předmět plnění bez problémů realizovat jako celek, bez uzavírání dodatků ke smlouvě o dílo. I z tohoto důvodu nelze vyloučit, že by zadavatel, pokud by zadávací dokumentaci zpracoval řádně, nemohl již v užším řízení obdržet více nabídek, z nichž některá mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. Dále platí, že jednací řízení bez uveřejnění, v rámci něhož zadavatel uzavřel výše zmíněné dodatky ke smlouvě o dílo, je oproti ostatním druhům zadávacího řízení podstatně méně formalizované. Procedura zaměřená na dosažení pro zadavatele co nejpříznivější shody na podmínkách plnění, jež se promítne v konečném znění smlouvy, se fakticky blíží „běžným“ kontraktačním pravidlům obchodních smluv. Přestože i v rámci tohoto druhu zadávacího řízení je třeba trvat na dodržení zásad podávaných v § 25 odst. 1 zákona č. 40/2004 Sb. (§ 6 zákona), je třeba jednací řízení bez uveřejnění pojímat jako nejméně transparentní způsob zadání veřejné zakázky (zákon oproti např. otevřenému řízení neobsahuje prakticky žádná pravidla postupu zadavatele), čemuž také odpovídá jeho omezená použitelnost. Volbou jednacího řízení bez uveřejnění tak došlo

k dalšímu omezení soutěžního prostředí, neboť mohli existovat i další dodavatelé, kteří by byli schopni předmět veřejné zakázky realizovat, a to za výhodnějších podmínek než vybraný uchazeč.

19. Jelikož jsem neshledal důvody pro odlišné posouzení otázky odpovědnosti zadavatele za spáchání správních deliktů podle § 102 odst. 1 písm. b) zákona č. 40/2004 Sb. a § 120 odst. 1 písm. a) zákona, nebylo ani důvodu odchýlit se od závěrů orgánu dohledu týkajících se otázky uložené sankce. Otázka podmínek použití jednacího řízení bez uveřejnění byla v dosavadní rozhodovací praxi opakovaně řešena, nehledě na výkladová stanoviska, která Úřad na svých webových stránkách pravidelně zveřejňuje. Tato výkladová stanoviska a předchozí rozhodovací praxe Úřadu měly být pro zadavatele vodítkem, jaký další postup zvolit, případně jak v zadávacím řízení dále rozhodně nepostupovat. Úřad při uložení pokuty správně aplikoval zásadu absorpce, která ovládá nejen řízení trestní, ale také řízení správní (k tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 28/2009-62 ze dne 18. 6. 2009 nebo č. j. 5 Afs 9/2008-328 ze dne 31. 10. 2008). Pokuta byla navíc uložena na samé dolní hranici možné sazby (1 819 790 Kč) a nebyl zjištěn a ani namítán její možný likvidační dopad na hospodaření zadavatele. Závěrem dodávám, že s ohledem na shora uvedené není důvod odchýlit se ani od závěrů Úřadu ohledně povinnosti k náhradě nákladů správního řízení (výrok IV. napadeného rozhodnutí), navíc k této skutečnosti není v rozkladu zadavatele uváděna žádná argumentace.

VI. Závěr

20. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.

21. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem 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. Státní léčebné lázně Karlova Studánka, s. p., Karlova Studánka 6, 793 24 Karlova Studánka
2. Bedřich Nykl, IČ 12672190, Světlá 244, 793 31 Světlá Hora

Vypraveno dne:

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