UOHSX006Q9TQ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S1095/2014/VZ-3814/2015/542/JVo Brno 13. února 2015

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 19. 12. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

ve věci možného spáchání správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona v souvislosti s možným nedodržením závazného postupu zadavatele při zadání dodatečných stavebních prací v jednacím řízení bez uveřejnění navazujících na veřejnou zakázku „R35 Bílý Kostel – Hrádek n. N.“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 10. 2008 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 10. 2008 pod ev. č. 60024168 a odesláno k uveřejnění v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 10. 2008,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení na dodatečné stavební práce, tím, že při zadávání veřejné zakázky na dodatečné stavební práce navazující na veřejnou zakázku „R35 Bílý Kostel – Hrádek n. N.“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku v rozsahu evidenčního listu změny stavby č. 004 ze dne 26. 10. 2009 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona s tím, že do předmětu plnění citované veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 191.1

„Opravy stávajících komunikací“ zahrnul rovněž plnění spočívající v rekonstrukci a vybudovaní nových komunikací, které nesplňovalo podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se nejednalo o dodatečné stavební práce, jejichž potřeba vznikla z důvodu jejich objektivně nepředvídaných okolností, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl sjednán evidenční list změny stavby č. 004 ze dne 26. 10. 2009 s vybraným uchazečem – „Sdružení R35 Bílý Kostel – Hrádek“, jehož členy byly Stavby silnic a železnic, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dnes EUROVIA CS, a. s., se sídlem tamtéž); Integra Liberec a. s., IČO 25014391, se sídlem Hradecká 156, 460 01 a ELTODO EG, a. s. IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4.

II.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v době zahájení zadávacího řízení na dodatečné stavební práce, tím, že při zadávání veřejné zakázky na dodatečné stavební práce navazující na veřejnou zakázku „R35 Bílý Kostel – Hrádek n. N.“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku v rozsahu evidenčního listu změny stavby č. 031 ze dne 10. 8. 2010 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) citovaného zákona s tím, že do předmětu plnění citované veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 221 „Opěrná zeď v MÚK Bílý Kostel“ zahrnul rovněž plnění spočívající ve změně tvaru opěrné zdi, které nesplňovalo podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se nejednalo o stavební práce nezbytné pro provedení původních stavebních prací, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl sjednán evidenční list změny stavby č. 031 ze dne 10. 8. 2010 s vybraným uchazečem – „Sdružení R35 Bílý Kostel – Hrádek“, jehož členy byly Stavby silnic a železnic, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dnes EUROVIA CS, a. s., se sídlem tamtéž); Integra Liberec a. s., IČO 25014391, se sídlem Hradecká 156, 460 01 a ELTODO EG, a. s. IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4.

III.

Za spáchání správních deliktů uvedených ve výroku I. a II. tohoto rozhodnutí se podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

ukládá pokuta ve výši 80 000,- Kč (osmdesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) zahájil zadávací řízení veřejné zakázky „R35 Bílý Kostel

– Hrádek n. N.“ zadávané podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 10. 2008 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 10. 2008 pod ev. č. 60024168 a odesláno k uveřejnění v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 10. 2008 (dále jen „původní veřejná zakázka“).

2. Z bodu II. 1.5) Oznámení o zakázce vyplývá, že předmětem plnění původní veřejné zakázky byla realizace stavby rychlostní silnice R35 v úseku Bílý Kostel – Hrádek n. N. o celkové délce 7,636 km v kategorii S11,5/80 s asfaltovým krytem, včetně přeložek inženýrských sítí a prvků inteligentních dopravních systémů.

3. Dne 3. 2. 2009 rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče „Sdružení R35 Bílý Kostel – Hrádek“, jehož členy byly Stavby silnic a železnic, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dnes EUROVIA CS, a. s., se sídlem tamtéž); Integra Liberec a. s., IČO 25014391, se sídlem Hradecká 156, 460 01 a ELTODO EG, a. s. IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4 (dále jen „vybraný uchazeč“).

4. Dne 10. 3. 2009 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo na realizaci předmětu původní veřejné zakázky.

5. Z dokumentace o původní veřejné zakázce rovněž vyplývá, že v průběhu realizace předmětu plnění veřejné zakázky byly prostřednictvím evidenčních listů stavby sjednány změny v předmětu plnění veřejné zakázky. Konkrétně dne 26. 10. 2009 byla sjednána změna stavby č. 004 a dne 10. 8. 2010 byla sjednána změna stavby č. 031.

Postup Úřadu před zahájením správního řízení

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel podnět, týkající se postupu zadavatele při realizaci víceprací, které byly provedeny během plnění původní veřejné zakázky.

7. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele dokumentaci o původní veřejné zakázce. Po jejím přezkoumání získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem při sjednání dodatečných stavebních prací, které byly vymezeny evidenčními listy změny stavby č. 004 a č. 031, a z tohoto důvodu zahájil správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

Posouzení právního postavení zadavatele

8. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky (dále jen „zadavatel“) pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.

9. Podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona je veřejným zadavatelem státní příspěvková organizace.

10. Úřad před zahájením správního řízení ověřil, zda byl zadavatel povinen postupovat při zadávání dodatečných stavebních prací navazující na původní veřejnou zakázku podle zákona.

11. Ze zřizovací listiny státní příspěvkové organizace Ředitelství silnic a dálnic ČR, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 1, ze dne 4. 12. 1996 ve znění následujících dodatků (dále jen „zřizovací listina“), z bodu IV „právní postavení organizace“ vyplývá, že zadavatel je státní příspěvkovou organizací podle § 54 a násl. zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích. S ohledem na výše uvedenou zřizovací listinu Úřad konstatuje, že zadavatel je veřejný zadavatel ve smyslu § 2 odst. 2 písm. b) zákona a tudíž je povinen postupovat při zadávaní veřejných zakázek podle zákona.

12. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.

13. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení přípisem pod č. j. ÚOHS-S1095/2014/VZ-26929/2014/542/MBa dne 19. 12. 2014, přičemž ho seznámil se zjištěnými skutečnostmi. Následně usnesením č. j. ÚOHS-S1095/2014/VZ-26933/2014/542/MBa ze dne 19. 12. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy, činit jiné návrhy, vyjádřit v řízení své stanovisko a lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno dne 19. 12. 2014 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení.

14. Zadavatel v průběhu správního řízení neučinil žádné návrhy, nevyjádřil své stanovisko ani se nevyjádřil k podkladům rozhodnutí.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

15. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejných zakázkách, a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění, tím, že při zadávání veřejných zakázek na dodatečné stavební práce navazující na původní veřejnou zakázku „R35 Bílý Kostel – Hrádek n. N.“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce v rozsahu evidenčního listu změny stavby č. 004 ze dne 26. 10. 2009 a č. 031 ze dne 10. 8. 2010 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona s tím, že do předmětu veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 191.1 „Opravy stávajících komunikací“ zahrnul rovněž plnění spočívající v rekonstrukci a vybudovaní nových komunikací, které nesplňovalo podmínky použití jednacího řízení bez uveřejněné, neboť se nejednalo o dodatečné stavební práce jejichž potřeba vznikla z důvodu jejich objektivně nepředvídaných okolností, a když v rámci stavebního objektu SO 221 „Opěrná zeď v MÚK Bílý Kostel“ zahrnul plnění spočívající ve změně tvaru opěrné zdi, přestože se nejednalo o stavební práce nezbytné pro provedení původních stavebních prací, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tyto veřejné zakázky byly sjednány evidenční listy změny stavby č. 004 ze dne 26. 10. 2009 a č. 031 ze dne 10. 8. 2010 s vybraným uchazečem – „Sdružení R35 Bílý Kostel – Hrádek“, jehož členy byly Stavby silnic a železnic, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dnes EUROVIA CS, a. s., se sídlem tamtéž); Integra Liberec a. s., IČO 25014391, se sídlem Hradecká 156, 460 01 a ELTODO EG, a. s. IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

16. Podle § 6 zákona je zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

17. Podle § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění.

18. Podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona může v jednacím řízení bez uveřejnění zadavatel zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že

    1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
    2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
    3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.

IV. K postupu zadavatele při sjednávání změn prostřednictvím (formou) změnových listů

19. K postupu zadavatele při sjednání změnových listů Úřad uvádí, že jde o kontraktační proces, který svým postupem fakticky odpovídá jednacímu řízení bez uveřejnění, jedná se tedy o postup, který je ze všech předepsaných postupů podle zákona nejméně formalizovaný a nejméně kontrolovatelný. Skutečnost, že Úřad podřadil jednání stěžovatele pod druh zadávacího řízení, který svoji podstatou nejvíce odpovídá faktickému postupu zadavatele při uzavření změnových listů, vyjadřuje vůli Úřadu pohlížet na jednání zadavatele v rámci zákonných postupů a ne jen formalisticky označit jednání stěžovatele za postup neupravený v zákoně. Úřad na tomto místě poznamenává, že k faktickému postupu zadavatele, který naplňuje znaky jednacího řízení bez uveřejnění, se totožně vyjádřil Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 72/2010-138 ze dne 19. 1. 2012 a Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 1 Afs 23/2012-102 ze dne 28. 11. 2012.

20. Z evidenčních listů změny stavby č. 004 ze dne 26. 10. 2009 (dále jen „změnový list č. 4“) a č. 031 ze dne 10. 8. 2010 (dále jen „změnový list č. 31“) vyplývá, že dodatečné stavební práce vznikly v důsledku skutečností zjištěných při realizaci stavby a zadavatel jejich provedení zadal vybranému uchazeči původního zadávacího řízení. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že sjednáním změnových listů v průběhu realizace původní veřejné zakázky došlo de facto k zadání stavebních prací v rozsahu vymezenými příslušnými změnovými listy v jednacích řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a to i přes skutečnost, že formálně sjednání příslušných změnových listů tak nebylo označeno. V šetřeném případě

tedy Úřad dovodil, že zadavatel zadal stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

21. Úřad v obecné rovině k problematice zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Použití jednacího řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání. Zadavatel se v tomto druhu zadávacího řízení může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, to je však možné pouze za splnění podmínek uvedených v § 23 zákona.

22. V souvislosti s použitím jednacího řízení bez uveřejnění Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 29 Af 65/2012 ze dne 29. 5. 2014, ve kterém soud uvedl, že *„použití jednacího řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek (§ 23 zákona), aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Jednací řízení 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 plynoucích z § 6 zákona, je třeba jednací řízení bez uveřejnění pojímat jako nejméně transparentní způsob zadání veřejné zakázky, čemuž odpovídá jeho omezená použitelnost.“.*

23. Úřad uvádí, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat skutečnost, že je třeba realizovat práce (dodávky, služby), které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. „vícepráce“). Takové práce (či množství materiálu) nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku, byť s původní veřejnou zakázkou bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení. Pokud to zákon připouští, může zadavatel nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku, na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

24. Úřad dále uvádí, že při použití jednacího řízení bez uveřejnění musí být splněny všechny zákonné podmínky, kterými je jeho použití podmíněno. S ohledem na výše uvedené musí zadavatel v každém (jednotlivém) případě pečlivě zvážit, zda může být jednací řízení bez uveřejnění použito, resp. zda jsou dány důvody, které zadavatele k tomuto postupu opravňují. Zadavatel je současně povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která jej vedla k aplikaci jednacího řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. Zadavatel má tedy povinnosti prokázat oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění.

25. Úřad v této souvislosti odkazuje na závěry rozsudku Soudního dvora Evropské unie (dříve Evropského soudního dvora) ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (dále jen „rozsudek SDEU C-385/02“), z něhož vyplývá, že důkazní břemeno ohledně existence podmínek odůvodňujících výjimku (tedy použití jednacího řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se jich dovolává. V souladu s výše uvedeným rozsudkem SDEU C-385/02 je to tedy

zadavatel, který je povinen prokázat existenci důvodů, jež jej při zadávání veřejné zakázky opravňovaly k použití jednacího řízení bez uveřejnění.

26. Úřad konstatuje, že výše uvedené závěry týkající se důkazního břemena ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících použití jednacího řízení bez uveřejnění judikoval rovněž Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 62 Af 95/2013 ze dne 13. 1. 2015, ve kterém soud uvedl: *„…důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky (tu použití jednacího řízení bez uveřejnění) nese ten, kdo se jich dovolává, tj. zadavatel“.*

27. Ke konstatování oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění je zadavatel povinen prokazatelně doložit, že k naplnění podmínek pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění skutečně došlo. Pokud tedy zadavatel v předmětném případě sjednal dodatečné stavební práce v rozsahu změnového listu č. 4 a č. 31, je povinen prokazatelně doložit, že se jednalo o takové stavební práce, jejichž zadání v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona je v souladu se zákonem. S ohledem na výše uvedené přistoupil Úřad k posouzení skutečností a podkladů předložených k prokázání oprávněnosti použití jednacích řízení bez uveřejnění.

28. V šetřeném případě z dokumentu „Změna soupisu množství“, který je přílohou změnových listů stavby č. 4 a č. 31 vyplývá, že předmětem jednotlivých dodatečných stavebních prací byla změna množství původních položek (nejčastěji navýšení počtu těchto jednotek). Je tedy zřejmé, že sjednáním změnových listů byly realizovány stavební práce nad rámec předmětu původní veřejné zakázky, tj. že zhotovitel musel provést dodatečné práce k tomu, aby mohl realizovat změnovými listy stavby nově definovaný předmět veřejné zakázky. Uvedeným postupem tak došlo k rozšíření předmětu plnění původní veřejné zakázky. V šetřeném případě je dále nutné postavit najisto, zda zadavatel použil k zadání dodatečných stavebních prací, kterými došlo rozšíření předmětu plnění, jednací řízení bez uveřejnění v souladu se zákonem.

29. Pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona k zadání veřejné zakázky na stavební práce je mimo jiné nezbytné kumulativní splnění následujících podmínek:

    1. jde o dodatečné stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách,
    2. potřeba těchto prací vznikla v důsledku nepředvídaných okolností,
    3. provedené dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací.

30. S ohledem na výše uvedené Úřad uvádí, že přistoupil k přezkumu existence podmínek odůvodňující jednotlivá jednací řízení bez uveřejnění k zadání dodatečných stavebních prací v rámci změnového listu č. 4 a č. 31, přičemž ke kumulativnímu splnění výše uvedených podmínek se vyjadřuje v rámci odůvodnění k jednotlivým výrokům rozhodnutí.

K výroku I. rozhodnutí

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

31. Ze změnového listu č. 4 vyplývá, že v rámci stavebního objektu „Opravy stávajících komunikací“, číslo objektu SO 191.1 bylo po zpřístupnění staveniště nutno zpevnit stávající polní cesty a vybudovat nové komunikace v trase trvalého (dočasného) záboru, přičemž je zde odkazováno na zápis z 3. kontrolního dne ze dne 16. 9. 2009 bod č. 3. 7. a z 4. kontrolního dne 14. 10. 2009 bod č. 4. 5.

32. Ze změnového listu č. 4 dále vyplývá, že z důvodu nemožnosti úplné uzavírky silnice I/35 byla změněna technologie úpravy na frézování, pokládku ložné vrstvy 7 cm a krytu 5 cm, přičemž technologie remixu byla přesunuta na část úseku č. 3 (náhrada za frézování a ložnou vrstvu).

33. Ze změnového listu č. 4 rovněž vyplývá, že cena za provedení výše uvedených stavebních prací (tj. zpevnění stávající polní cesty a vybudování nové komunikace a stavebních prací souvisejících se změnou technologie opravy silnice I/35) byla stanovena na 24 262 255, 96 Kč bez DPH.

34. Z technické zprávy, která je přílohou dokumentace pro zadání stavby SO 191 oprava stávajících komunikací z ledna 2008 (dále jen „technická zpráva“) vyplývá, že některé komunikace v okolí budoucí silnice budou po dobu stavby zatíženy vlivem staveništní dopravy – přístup do staveniště, přeprava zemin na skládky nebo dovoz stavebních materiálů na staveniště. Proto je v rámci SO 191 počítáno s jejich opravou, a to jednak po ukončení stavby a u některých komunikací také před zahájením samotné stavby.

35. Z bodu 4. technické zprávy vyplývá, že opravy komunikací se dělí do dvou horizontů – na opravy před zahájením stavby a opravy po dokončení stavby. Před zahájením stavby dojde u vybraných komunikací k úpravám, které zvýší jejich únosnost tak, aby zvýšená zátěž vlivem staveništní dopravy výrazně nepoškodila jejich stávající stav, případně aby jejich povrch umožnil bezproblémový pohyb staveništní dopravy.

K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění

36. V šetřeném případě se Úřad zabýval splněním podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Z dokumentu „změna soupisu množství“, který je přílohou změnového listu č. 4 vyplývá, že oproti původně stanovenému výkazu výměr došlo u 12 položek k navýšení rozsahu stavebních prací a materiálu a u jedné položky došlo ke snížení rozsahu prováděných prací. V případě vyjádření uvedené změny v peněžních jednotkách, došlo u uvedených 12 položek k navýšení ceny o 32 806 455, 96 Kč a snížení ceny o 8 544 200 Kč u zbývající položky, což celkově představovalo navýšení ceny oproti původnímu výkazu výměr o 24 262 255, 96 Kč. Z uvedeného vyplývá, že stavební práce a tomu odpovídající stavební materiál nebyly v takovém rozsahu v původním výkazu výměr sjednány. Lze tedy uzavřít, že v šetřeném případě byly změnovým listem č. 4 sjednány takové stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, z čehož vyplývá, že byla splněna jedna z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

37. Úřad se následně zabýval otázkou, zda byla splněna další z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zda potřeba uvedených prací vznikla v důsledku nepředvídaných okolností. Zde Úřad nejprve považuje za vhodné uvést, že v rámci změnového listu č. 4 byly

sjednány dvě skupiny prací. První skupina prací zahrnovala stavební práce související s vybudováním a zpevněním komunikací v trase trvalého (dočasného) záboru a druhou skupinu tvořily stavební práce související se změnou technologie opravy silnice I/35. V případě první skupiny prací Úřad konstatuje, že potřeba těchto prací nevznikla na základě nepředvídaných okolností, neboť z technické zprávy (viz bod 34 odůvodnění tohoto rozhodnutí) jednoznačně vyplývá, že zadavatel měl k dispozici informace, ze kterých potřeba úpravy stávajících, případně vybudování nových komunikací vyplývala, a to v době před zahájením zadávacího řízení.

38. Skutečnost, že zadavatel měl k dispozici technickou zprávu, ze které potřeba provedení zpevnění a rekonstrukce komunikací jednoznačně vyplývala, představuje takovou okolnost, která použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona vylučuje, jelikož za situace, kdy zadavatel měl prokazatelně k dispozici informace o potřebě úpravy dotčených komunikací, nelze následně na tyto práce nahlížet jako na objektivně nepředvídané.

39. Vzhledem k tomu, že zákonem stanovené podmínky pro použití výjimečného druhu zadávacího řízení dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona nebyly minimálně v části předmětu plnění veřejné zakázky na dodatečné stavební práce (tj. v první skupině prací – rekonstrukce a vybudování nových komunikací) kumulativně splněny, Úřad se z důvodů procesní ekonomie druhou skupinou prací nezabýval, neboť i kdyby druhá skupina prací podmínky splňovala, nebylo v souladu se zákonem možné použití jednacího řízení bez uveřejnění na dodatečné stavební práce v rozsahu sjednaném změnovým listem č. 4 a tato skutečnost by neměla vliv na rozhodnutí Úřadu v šetřeném případu.

40. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce v rozsahu změnového listu č. 4 ze dne 26. 10. 2009 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona s tím, že do předmětu citované veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 191.1 „Opravy stávajících komunikací“ zahrnul rovněž plnění spočívající v rekonstrukci a vybudovaní nových komunikací, které nesplňovalo podmínku použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se nejednalo o dodatečné stavební práce jejichž potřeba vznikla z důvodu jejich objektivně nepředvídaných okolností, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl sjednán evidenční list změny stavby č. 004 ze dne 26. 10. 2009 s vybraným uchazečem – „Sdružení R35 Bílý Kostel – Hrádek“, jehož členy byly Stavby silnic a železnic, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dnes EUROVIA CS, a. s., se sídlem tamtéž); Integra Liberec a. s., IČO 25014391, se sídlem Hradecká 156, 460 01 a ELTODO EG, a. s. IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4. Nelze totiž vyloučit, že pokud by dodatečné stavební práce zadavatel zadal v některém z druhů zadávacích řízení, u nichž je kladen větší důraz na otevřenost soutěže, mohla být vybrána nabídka obsahující pro zadavatele výhodnější podmínky plnění.

K výroku II. rozhodnutí

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

41. Ze změnového listu č. 31 vyplývá, že v rámci stavebního objektu „Opěrná zeď v MÚK Bílý Kostel“, číslo objektu SO 221 byl ve stupni realizační dokumentace stavby upraven tvar opěrné zdi respektující budoucí možné čtyřpruhové uspořádání komunikace.

42. Ze změnového listu č. 31 dále vyplývá, že zároveň byla s ohledem na nedostatek vhodného zásypového materiálu (viz zpráva geologa stavby z 10/2009) změněna položka výplně ze zemin se zhutněním na násyp z armovaných zemin.

K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění

43. V šetřeném případě se Úřad zabýval splněním podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Z dokumentu „změna soupisu množství“, který je přílohou změnového listu č. 31 vyplývá, že oproti původně stanovenému výkazu výměr došlo u 10 položek k navýšení rozsahu stavebních prací a materiálu, u třech položek došlo ke snížení rozsahu prováděných prací a byla přidána jedna nová položka, která nebyla v původním výkazu výměr obsažena. V případě vyjádření uvedené změny v peněžních jednotkách, došlo u uvedených 11 položek k navýšení ceny o 11 450 100,- Kč a snížení ceny o 2 092 469,- Kč u zbývajících položek, což celkově představovalo navýšení ceny oproti původnímu výkazu výměr o 9 357 631,- Kč. Z uvedeného vyplývá, že stavební práce a tomu odpovídající stavební materiál nebyly v takovém rozsahu v původním výkazu výměr sjednány. Lze tedy uzavřít, že v šetřeném případě byly změnovým listem sjednány takové stavební práce, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, z čehož vyplývá, že byla splněna jedna z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.

44. Úřad se následně zabýval otázkou, zda byla splněna další z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění, tj. zda provedené dodatečné stavební práce jsou nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Úřad v souvislosti se změnovým listem č. 31 uvádí, že v rámci tohoto změnového listu byly realizovány dvě skupiny prací. První skupina prací zahrnovala úpravu tvaru opěrné zdi a druhou skupinu tvořily stavební práce související se změnou zásypového materiálu. V případě první skupiny stavebních prací Úřad konstatuje, že z popisu navržených změn vyplývá, že zadavatel upravil tvar opěrné zdi respektující budoucí možné čtyřpruhové uspořádání komunikace. Zadavatel sjednáním změnového listu č. 31 tedy provedl změny projektu z důvodu výhledové možné změny uspořádání komunikace. Úřad rovněž uvádí, že z popisu navržených změn není jisté kdy, případně zda vůbec změny v uspořádání komunikace, které vedly zadavatele ke změně tvaru opěrné zdi, nastanou. Z uvedeného popisu navržených změn tak vyplývá, že zadavatel sjednal dodatečné stavební práce nikoliv z objektivních důvodů, ale na základě očekávání, že v budoucnu možná dojde ke změně uspořádání jízdních pruhů, které by si případně vyžádaly určité stavební změny.

45. Úřad dále uvádí, že ze soupisu změny množství, který je přílohou evidenčního listu změny stavby č. 31 vyplývá, že realizované změny nespočívaly pouze ve změně tvaru opěrné zdi bez dopadu na množství a rozsah stavebních prací a materiálu, ale naopak došlo provedenou změnou k navýšení rozsahu realizovaných stavebních prací a navýšení množství použitého materiálu. Za situace, kdy dochází k navýšení ceny díla, je nutné nahlížet na sjednané

stavební práce v rozsahu změnového listu č. 31 jako na dodatečné stavební práce, jejichž realizace je možná pouze při splnění zákonných podmínek a nikoliv jako na změny ryze konstrukčního charakteru.

46. Úřad v souvislosti s provedenými změnami tvaru opěrné zdi uvádí, že zadat dodatečné stavební práce v jednacím řízení bez uveřejnění je možné pouze za splnění zákonných podmínek pro jejich použití stanovených v § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Z uvedeného důvodu není možné realizovat formou dodatečných stavebních prací takové změny na díle, jejichž potřeba vychází z důvodů, které nejsou nikterak blíže specifikovány či podloženy relevantními dokumenty (v šetřeném případě se hovoří o budoucí možné změně, která není blíže určena), neboť v takovém případě dochází k navyšování ceny díla, aniž by bylo postaveno najisto, že takové navýšení je bezpodmínečně nutné pro dosažení požadovaných funkčních vlastností díla.

47. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že sjednané dodatečné stavební práce v rozsahu změnového listu č. 31 související se změnou tvaru opěrné zdi nelze považovat za nezbytné k provedení původních stavebních prací, neboť v případě, kdy by zadavatel nesjednal změnový list č. 31 a nerealizoval navržené změny, bylo možné realizovat stavební práce v původním rozsahu a tyto práce dokončit. V šetřeném případě, tak zadal zadavatel dodatečné stavební práce v rozsahu změnového listu č. 31 v jednacím řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona v rozporu se zákonem, neboť minimálně v části týkající se změny tvaru opěrné zdi nebyly současně splněny všechny zákonem stanovené podmínky pro tento druh zadávacího řízení, když veškeré sjednané stavební práce v rozsahu dodatku č. 31 nebyly nezbytné pro provedení původních stavebních prací.

48. Vzhledem k tomu, že zákonem stanovené podmínky pro použití výjimečného druhu zadávacího řízení dle § 23 odst. 7 písm. a) zákona nebyly minimálně v části předmětu plnění veřejné zakázky na dodatečné stavební práce (tj. první skupině prací – změna tvaru opěrné zdi) kumulativně splněny, Úřad se z důvodů procesní ekonomie druhou skupinou prací nezabýval, neboť i kdyby druhá skupina prací podmínky splňovala, nebylo v souladu se zákonem možné použití jednacího řízení bez uveřejnění na dodatečné stavební práce v rozsahu sjednaném změnovým listem č. 31 a tato skutečnost by neměla vliv na rozhodnutí Úřadu o neoprávněnosti užití jednacího řízení bez uveřejnění v šetřeném případu.

49. Úřad s ohledem na výše uvedené skutečnosti konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce v rozsahu změnového listu č. 31 ze dne 10. 8. 2010 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona s tím, že do předmětu citované veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 221 „Opěrná zeď v MÚK Bílý Kostel“ zahrnul rovněž plnění spočívající ve změně tvaru opěrné zdi, které nesplňovalo podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se nejednalo o stavební práce nezbytné pro provedení původních stavebních prací, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a na tuto veřejnou zakázku byl sjednán evidenční list změny stavby č. 031 ze dne 10. 8. 2010 s vybraným uchazečem – „Sdružení R35 Bílý Kostel – Hrádek“, jehož členy byly Stavby silnic a železnic, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní třída 10, 113 19 Praha 1 (dnes EUROVIA CS, a. s., se sídlem tamtéž); Integra Liberec a. s., IČO 25014391, se sídlem Hradecká 156, 460 01 a ELTODO EG, a. s. IČO 45274517, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 01 Praha 4. Nelze totiž vyloučit, že pokud by dodatečné stavební práce

zadavatel zadal v některém z druhů zadávacích řízení, u nichž je kladen větší důraz na otevřenost soutěže, mohla být vybrána nabídka obsahující pro zadavatele výhodnější podmínky plnění.

50. Úřad v souvislosti s realizací víceprací prostřednictvím změnových listů uvádí, že vzhledem k tomu, že se jedná o postup zadavatele, který fakticky odpovídá jednacímu řízení bez uveřejnění, spočívá důkazní břemeno o oprávněnosti sjednání změnových listů, resp. použití jednacího řízení bez uveřejnění na straně zadavatele. Vzhledem k tomu, že v průběhu správního řízení se zadavatel k realizovaným vícepracím prostřednictvím změnových listů nikterak nevyjádřil, ani nepředložil žádné relevantní důkazy o oprávněnosti jednacího řízení bez uveřejnění, vycházel Úřad pouze z dokumentů obsažených v dokumentaci o veřejné zakázce a předložených evidenčních listů změny stavby a z těchto dokumentů vyvodil výše uvedené závěry.

51. Závěrem Úřad dále uvádí, že zadavatel v šetřeném případě neunesl důkazní břemeno ohledně oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť nepředložil během správního řízení žádné vyjádření, ani nepředložil žádné dokumenty, ze kterých by bylo možné oprávněnost použití jednacího řízení bez uveřejnění pro zadání dodatečných stavebních prací dovodit.

Ke spáchání správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona

52. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění platném do 31. 12. 2009, se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82.

53. Podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, ve znění platném do 31. 3. 2012, 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.

54. Vzhledem k tomu, že zadavatel při zadávání veřejných zakázek na dodatečné stavební práce navazující na původní veřejnou zakázku „R35 Bílý Kostel – Hrádek n. N.“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce v rozsahu změnových listů č. 4 ze dne 26. 10. 2009 a č. 31 ze dne 10. 8. 2010 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona s tím, že do předmětu plnění veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 191.1 „Opravy stávajících komunikací“ zahrnul rovněž plnění spočívající v rekonstrukci a vybudovaní nových komunikací, které nesplňovalo podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se nejednalo o dodatečné stavební práce jejichž potřeba vznikla z důvodu jejich objektivně nepředvídaných okolností, a když v rámci stavebního objektu SO 221 „Opěrná zeď v MÚK Bílý Kostel“ zahrnul rovněž plnění spočívající ve změně tvaru opěrné zdi, přestože se nejednalo o stavební práce nezbytné pro provedení původních stavebních prací, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel zadal v jednacím řízení bez uveřejnění veřejné zakázky na dodatečné stavební práce v rozsahu sjednaném změnovým listem č. 4 a č. 31, byla jeho postupem naplněna skutková

podstata správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění, jak ve vztahu k veřejné zakázce vymezené změnovým listem č. 4, tak k veřejné zakázce vymezené změnovým listem č. 31, a proto rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí.

K uložení sankce

55. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě se zadavatel dopustil správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění tím, že při zadávání veřejných zakázek na dodatečné stavební práce navazující na původní veřejnou zakázku „R35 Bílý Kostel – Hrádek n. N.“ nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona, když veřejné zakázky na dodatečné stavební práce v rozsahu sjednaném změnovými listy č. 4 ze dne 26. 10. 2009 a č. 31 ze dne 10. 8. 2010 zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona s tím, že do předmětu plnění veřejné zakázky v rámci stavebního objektu SO 191.1 „Opravy stávajících komunikací“ zahrnul rovněž plnění spočívající v rekonstrukci a vybudovaní nových komunikací, které nesplňovalo podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění, neboť se nejednalo o dodatečné stavební práce jejichž potřeba vznikla z důvodu jejich objektivně nepředvídaných okolností, a když v rámci stavebního objektu SO 221 „Opěrná zeď v MÚK Bílý Kostel“ zahrnul rovněž plnění spočívající ve změně tvaru opěrné zdi, přestože se nejednalo o stavební práce nezbytné pro provedení původních stavebních prací. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanoveným zákonem a zadal příslušné části plnění veřejné zakázky vymezené změnovým listem č. 4 a č. 31, spočívající ve vybudování a rekonstrukci staveništní komunikace a změně tvaru opěrné zdi, v souladu se zákonem, mohl obdržet i jiné výhodnější nabídky.

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

57. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správních deliktů dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 24. 7. 2014. Ke sjednání změnového listu č. 4 a č. 31, tedy k zadání stavebních prací v rozsahu vymezeném příslušnými změnovými listy a zároveň ke spáchání správních deliktů zadavatelem došlo dne 26. 10. 2009 a dne 10. 8. 2010, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 19. 12. 2014. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikty nezanikla.

58. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ve znění platném do 31. 12. 2009, se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a).

59. Podle ustanovení § 120 odst. 2 písm. a) zákona, ve znění platném do 31. 3. 2012, se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

60. K uložení pokuty za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I. a II. tohoto rozhodnutí Úřad předně uvádí, že při stanovení výše sankce je nutné postupovat v souladu se zásadou 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 orgánem 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.

61. Úprava zákona o veřejných zakázkách je ve vztahu k trestání souběhu správních deliktů na rozdíl 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.

62. V souladu s výše citovanou zásadou absorpce v rámci správně právního trestání Úřad ve správním řízení uloží pokutu podle přísněji trestného správního deliktu, a proto se Úřad nejprve zabýval otázkou, jaký správní delikt je v šetřeném případě možné považovat za závažnější, tj. za který z nich je možno uložit přísnější sankci (vyšší pokutu).

63. V posuzovaném případě se zadavatel dopustil správních deliktů dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění, přičemž za spáchání každého z nich lze podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona zadavateli uložit pokutu do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit.

64. Cena veřejných zakázek vymezená změnovým listem č. 4 a č. 31, při jejichž zadání se zadavatel dopustil správních deliktů, a za kterou mu může být uložena pokuta, činí v případě veřejné zakázky vymezené změnovým listem č. 4 celkem 24 262 256,- Kč bez DPH a v případě veřejné zakázky vymezené změnovým listem č. 31 celkem 9 357 631,- Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky vč. DPH) tedy činí v případě veřejné zakázky vymezené změnovým listem č. 4 po zaokrouhlení 1 443 604,- Kč a v případě veřejné zakázky vymezené změnovým listem č. 31 po zaokrouhlení 561 458,- Kč.

65. Úřad uzavírá, že správním deliktem, za který lze v šetřeném případě uložit přísnější sankci je správní delikt zadavatele dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění spáchaný

v případě veřejné zakázky vymezené změnovým listem č. 4, neboť za něj může Úřad uložit pokutu až ve výši 1 443 604,- Kč. Z toho důvodu Úřad s ohledem na použití zásady absorpce přistoupil k uložení pokuty za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí a ke spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí bude přihlédnuto jako k přitěžující okolnosti.

66. Podle § 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.

67. 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).

68. Při stanovování výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil v případě realizace stavebních prací v rozsahu sjednaném změnovým listem č. 4 účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a vyloučil tak soutěžní prostředí. Vybraný uchazeč nebyl vystaven ve vztahu k tomuto plnění jakékoli konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky.

69. Nezákonné omezení, resp. v daném případě vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z vůbec nejzávažnějších porušení zákona. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, mohl obdržet nabídky i od dalších dodavatelů, kteří by mu mohli předložit na vybrané stavební práce výhodnější nabídku než uchazeč, se kterým je smlouva uzavřena.

70. Úřad zohlednil při zvažování výše pokuty jako přitěžující okolnost skutečnost, že se zadavatel dopustil rovněž spáchání správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona v rozhodném znění uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí, za který mu nebyla podle zásad absorpce sice uložena pokuta, avšak při stanovování výše pokuty nelze abstrahovat od skutečnosti, že ze strany zadavatele došlo i v případě realizace stavebních prací v rozsahu sjednaném změnovým listem č. 31 k porušení zákona.

71. 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“, přičemž pokuty, jež mají likvidační charakter, jsou nepřípustné. Z výkazu zisku a ztráty stanoveného ke dni 31. 12. 2013 vyplývá, že zadavatel realizoval zisk před zdaněním ve výši 63 223 787,- Kč. Úřad při stanovování výše pokuty naznal, že s ohledem na výsledek hospodaření, kterého zadavatel dosáhnul v roce 2013, nepředstavuje pokuta ve výši 80 000 Kč pokutu likvidační.

72. 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. Po zvážení všech okolností případu a uvážení

všech argumentů Úřad konstatuje, že výše uložené pokuty dostatečně naplňuje obě funkce právní odpovědnosti.

73. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

74. 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, třída 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

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží
Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

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