



UOHSX0050FH3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R361/2012/VZ-13365/2013/310/LPa

Brno 16. července 2012

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 12. 2012, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 5. 12. 2012, jež podal zadavatel –

- **Česká republika – Ředitelství vodních cest ČR**, IČ 67981801, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 53 Praha 3, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 14. 5. 2012 advokátní kanceláří Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČ 26454807, se sídlem Týn 1048/3, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-9889/2012/540/PVé ze dne 19. 11. 2012 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, spáchaného výše uvedeným zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce železničního mostu Kolín – zajištění inženýrských činností**“ v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) citovaného zákona, na kterou byla dne 27. 5. 2009 uzavřena smlouva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 19. 11. 2012, č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-9889/2012/540/PVé

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Česká republika – Ředitelství vodních cest ČR, IČ 67981801, se sídlem Vinohradská 184/2396, 130 53 Praha 3, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 14. 5. 2012 advokátní kancelář Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, IČ 26454807, se sídlem Týn 1048/3, 110 00 Praha 1, (dále jen „**zadavatel**“), zahájil na základě výzvy k jednání ze dne 23. 4. 2009 jednací řízení bez uveřejnění dle § 23 odst. 4 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce železničního mostu Kolín – zajištění inženýrských činností“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Na základě podnětu k přezkoumání postupu zadavatele si Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) vyžádal od zadavatele veškerou spisovou dokumentaci související s uvedenou veřejnou zakázkou.
3. Z bodu IV. 1 Mandátní smlouvy na realizaci veřejné zakázky, kterou zadavatel dne 27. 5. 2009 uzavřel se Správou železniční dopravní cesty, státní organizací, IČ 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „**vybraný uchazeč**“ nebo „**SŽDC**“) vyplývá, že tato smlouva zavazovala vybraného uchazeče ke – spolupráci při výběru technologií, uplatňování sankcí při vadném plnění, zajišťování potřebné koordinace a vytváření podmínek pro výkon autorského dozoru zpracovateli projektové dokumentace, sjednání SOD na výkon činnosti BOZP a geotechnického dozoru, provádění průběžné kontroly dodávek prací, požadování homologovaných výrobků při výběru výrobců a zhotovitelů, předložení veškerých podkladů nezbytných pro provedení kolaudace stavby zadavateli, vykonávání činnosti dle předmětu

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

smlouvy s odbornou péčí, v souladu se zákonem, obecně platnými právními předpisy a oprávněnými zájmy zadavatele, s nimiž byl seznámen. Dále se v bodu IV. 6 této smlouvy vybraný uchazeč zavázal k výkonu technického dozoru.

4. Z nabídky vybraného uchazeče pak vyplývá, že na plnění veřejné zakázky se jako subdodavatel podílela společnost ARCADIS Geotechnika a.s., která prováděla geotechnické práce za smluvní cenu ve výši 647 960,- Kč bez DPH a společnost SGS Czech Republic, s.r.o. jako koordinátor BOZP za smluvní cenu ve výši 389 765,- Kč bez DPH.
5. Z písemné zprávy zadavatele ze dne 12. 5. 2009, vyhotovené v souladu s ustanovením § 85 zákona, ve kterém zadavatel odůvodňuje zvolené jednací řízení bez uveřejnění, pak vyplývá, že podle názoru zadavatele mohla být veřejná zakázka splněna z technických důvodů předpokládaných ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona pouze vybraným uchazečem, když se jedná o stavbu, která navazuje a doplňuje stavbu „Průjezd železničním uzlem Kolín“ a která je z 95% prováděna na majetku ČR s právem hospodaření vybraným uchazečem. Jde přitom o železniční zařízení, do kterého není oprávněn zasahovat a vstupovat třetí subjekt s tím, že na předmětné stavbě lze spatřovat technická specifika zejména pak v oblasti zásahu a úprav ve stávajícím bezpečnostním zařízení, kde dozorovou činnost mohou vykonávat pouze specialisté vybraného uchazeče. Obdobný závěr pak lze vyvodit i v případě dalších dozorových činností na železničním svršku, železničním spodku, staveb železničního spodku (mostní objekty, zárubní a jiné zdi...), drážním trakčním vedením, drážních silnoproudých zařízeních a drážním sdělovacím zařízením, kde tuto činnosti vykonávají specialisté vybraného uchazeče. Nutno pak podotknout, že vybraný uchazeč vykonává dozorovou činnost na všech stavbách na celostátní i regionální dráze v majetku ČR, kde mu svědčí právo hospodaření.
6. V souvislosti se zadavatelem vyjádřenými důvody pro použití jednacího řízení bez uveřejnění v rámci zadávacího řízení vznesl k posuzovaným skutečnostem Úřad dotaz k Ministerstvu dopravy (dále jen „**ministerstvo**“). Dne 3. 2. 2012 pak obdržel vyjádření, ve kterém bylo po uvedení některých ustanovení relevantních zákonů zhodnoceno, že z ustanovení § 20 a § 21 zákona č. 266/1994 Sb., o drahách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o drahách**“) rozhodně nevyplývá, že inženýrskou činnost na stavbách železniční infrastruktury musí nebo může zajišťovat vlastník nebo provozovatel dráhy (tj. SŽDC) přímým zadáním v jednací řízení bez uveřejnění. Podle názoru ministerstva vybraný uchazeč pouze dokončenou stavbu, která je součástí dráhy, přejímá do trvalého užívání, a to zpravidla po kladném vyhodnocení zkušebního provozu, vydání certifikátů shody subsystému notifikovanou osobou a po vydání kolaudačního souhlasu.
7. Po přezkoumání předložené dokumentace a stanoviska ministerstva nabyt Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem a proto dopisem č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-2943/2012/540/PVé ze dne 20. 4. 2012 oznámil zadavateli zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Účastníkem správního řízení byl určen zadavatel. Současně Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-2944/2012/540/PVé ze stejného dne stanovil účastníku řízení lhůtu, v níž je možné navrhnout důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, resp.

vyjádřit se k podkladům pro rozhodnutí. Dne 20. 4. 2012, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno zadavateli, bylo správní řízení zahájeno.

8. K oznámení o zahájení správního řízení se zadavatel vyjádřil dopisem, který byl Úřadu doručen dne 24. 5. 2012, ve kterém obhajoval svůj postup mimo jiné konstatováním, že z hlediska důležitosti předmětné železniční trati (kdy přerušení dopravy z důvodu rekonstrukce mostu mělo velmi negativní vliv na železniční dopravu) i z hlediska zajištění maximální ochrany lidských životů a zdraví bylo nezbytné, aby v průběhu stavby byla věnována zvýšená pozornost technickému dozoru nad správným prováděním stavby, výběrem vhodných technologií a zajištěním koordinace jednotlivých aktivit v rámci realizace takto složité stavby. Paralelně byla přitom v době přípravy projektu plánována velká dopravní stavba „Průjezd železničním uzlem Kolín“, která na rekonstrukci železničního mostu v Kolíně místně, časově i technicky navazovala a jejímž investorem byl SŽDC. Z důvodu nezbytnosti zajištění potřebné koordinace obou souvisejících staveb, minimalizace omezení železniční dopravy a s tím související bezpečnosti drážního provozu uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem dne 10. 2. 2009 Dohodu o spolupráci a posléze pak v návaznosti na jednací řízení bez uveřejnění Mandátní smlouvu ze dne 27. 5. 2009.
9. Zadavatel vyjádřil dále své přesvědčení, že uzavření uvedené Mandátní smlouvy na realizaci veřejné zakázky vůbec nespadá do předmětu úpravy zákona, přičemž v této souvislosti upozornil na právní úpravu popsanou v Pracovním dokumentu Komise týkající se použití práva EU o zadání veřejných zakázek na vztahy mezi zadavateli („spolupráce v rámci veřejného sektoru“) ze dne 4. 10. 2011 SEK(2011)1169. Na základě výše uvedeného vyjádřil zadavatel své přesvědčení o tom, že veřejná zakázka je příkladem tzv. horizontální spolupráce při společném plnění veřejných úkolů jako výjimky z působnosti zákona, pro jejíž naplnění je potřeba kumulativního splnění tří podmínek:
 - Dohoda se týká pouze zadavatelů, neúčastní se jí soukromý kapitál.
 - Dohoda má povahu skutečné spolupráce zaměřené na společné provedení společného úkolu.
 - Spolupráce se řídí pouze ohledy souvisejícími s veřejným zájmem.
10. Podle názoru zadavatele došlo v posuzovaném případě ke splnění všech tří podmínek, kdy oba zúčastněné subjekty, zadavatel i SŽDC představují organizace zřízené, a ze 100 % ovládané státem, které se v daném případě podílely na plnění společného úkolu (koordinovaná realizace obou souvisejících staveb), kdy se jejich spolupráce řídila výhradně ohledy souvisejícími s veřejným zájmem (zajištění labské vodní cesty, zajištění železniční dopravy a minimalizace negativních následků spojených s realizací stavby). Z uvedeného podle zadavatele vyplývá, že by na předmětnou veřejnou zakázku měla být aplikována výjimka uvedená v § 18 odst. 2 písm. f) zákona.
11. Dále zadavatel uvedl, že i kdyby se Úřad neztotožnil s výše uvedenou argumentací související s horizontální spoluprací mezi zadavateli, již ze složitosti předmětné stavby, kterou ve svém vyjádření podrobně popsal a její funkční provázanosti se stavbou „Průjezd železničním uzlem Kolín“ vyplývá, že jsou splněny podmínky pro využití jednacího řízení bez uveřejnění

v souladu s ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona, neboť nikdo kromě vybraného uchazeče by nemohl zakázku realizovat za současného splnění dalších podmínek vyplývajících ze zákona a z rozhodnutí příslušných orgánů včetně SŽDC. Zadavatel se pak v této souvislosti opřel zejména o ustanovení § 4a zákona o drahách, podle kterého nikdo nesmí bez jeho souhlasu jakožto provozovatele dráhy vykonávat činnosti, které jsou považovány za podnikání či vstupovat na dráhu. Podle § 22 odst. 3 písm. a) zákona o drahách je pak vybraný uchazeč oprávněn udílet osobám nacházejícím se v obvodu dráhy pokyny k zajištění jejich bezpečnosti, bezpečnosti jiných osob a pokyny k ochraně majetku třetích osob a veřejného pořádku. Podle § 22 odst. 1 písm. a) zákona o drahách je vybraný uchazeč povinen zajistit provozování dráhy pro potřeby plynulé a bezpečné drážní dopravy. Ze všech těchto uvedených ustanovení podle názoru zadavatele vyplývá skutečnost, že jiný subjekt než vybraný uchazeč nebyl schopen a oprávněn veřejnou zakázku realizovat. K uvedenému pak uvedl své přesvědčení, že v České republice neexistuje jiný dodavatel, který by měl zkušenosti s realizací technického dozoru velkých železničních staveb v míře, která by zadavateli garantovala bezchybnou realizaci veřejné zakázky.

12. Vyjádření ministerstva ze dne 3. 2. 2012 zadavatel shledal irelevantním, kdy dle jeho názoru ministerstvo vůbec neodpovídá na dotazy Úřadu, ale pouze cituje vybraná ustanovení zákona o drahách a na závěr shrnuje, že ze zákona nevyplývá, že by inženýrskou činnost na drážních stavbách musel zajišťovat provozovatel dráhy. Proto navrhl k relevantním dotazům opětovné vyžádání stanoviska ministerstva.
13. Na závěr svého vyjádření zadavatel shrnul své stanovisko, že veřejná zakázka vůbec nespadá do věcné působnosti zákona, nýbrž se jedná o neinstitutizovanou (horizontální) spolupráci zadavatelů při společném plnění svých úkolů. I pokud by ovšem Úřad dospěl k závěru opačnému, zadavatel podle svého mínění při zadávání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění postupoval v souladu se zákonem a nemohl se tak dopustit správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Z uvedeného důvodu navrhl tedy zastavení správního řízení.

II. Napadené rozhodnutí

14. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 19. 11. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-9889/2012/540/PVé (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výrokové části I. konstatoval, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona a veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Ve výrokové části II. napadeného rozhodnutí byla zadavateli za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. uložena pokuta ve výši 100 000,- Kč.
15. Úřad ve svém odůvodnění výrokové části I. uvedl, že jednacím řízení bez uveřejnění podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona je možné použít jen při splnění zákonem

stanovených podmínek, kdy možnost tohoto druhu zadávacího řízení vázaného pouze na jediného dodavatele, který může požadované plnění zadavateli poskytnout, je možné pouze za předpokladu existence objektivních a zákonem taxativně vymezených důvodů. Jejich prokázání přitom není vázáno pouze na předložení listiny ve formě dokladu (např. ochranné známky, užitného vzoru či licence), ale na jejich faktickou existenci.

16. Úřad v souvislosti s výše uvedeným konstatoval, že v daném případě nebyly dány technické důvody pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ani tyto důvody nevyplývaly ze zvláštního právního předpisu, jak uvedl zadavatel. Co se týče technických důvodů, Úřad uvedl, že zadavatelem uváděné okolnosti popsané v bodě 14. a 15. napadeného rozhodnutí nemohou být považovány za technické důvody, které by omezovaly výkon technického dozoru resp. realizaci předmětu plnění. Funkční propojení veřejné zakázky s jinou stavbou, podle Úřadu s ohledem na povahu činností souvisejících s výkonem technického dozoru, žádným způsobem technicky neomezovalo dodavatele ve schopnosti zrealizovat předmět plnění, zvláště pak, pokud technický dozor tvořil pouze jednu z částí zadávaného plnění. Takovéto případné omezení, i kdyby bylo prokázáno, nemohlo by být vztahováno k rozsahu celého předmětu plnění. Podle názoru Úřadu taktéž zadavatel svou argumentaci týkající se technických důvodů dostatečným způsobem důkazně nedoložil a z jeho argumentace je zjevné, že se svými tvrzeními v této části není plně ztotožněn. Z výše uvedených důvodů Úřad technické důvody, jako okolnost opravňující zadavatele k použití jednacím řízení bez uveřejnění, zhodnotil jako nedostatečné a postup zadavatele v tomto ohledu za neoprávněný.
17. K učinění vlastního závěru o otázce, zda (jak tvrdí zadavatel) z ustanovení zákona o drahách vyplývá výlučné právo vybraného uchazeče dozírat nad řádnou realizací stavby, si Úřad dožádal výše uvedené stanovisko ministerstva, jako orgánu vykonávajícího vrchní státní dozor ve věcech drah. Předně Úřad návrh zadavatele, aby si pro neúplnost vyžádal stanovisko nové, nepovažoval za důvodný, když dle jeho názoru toto stanovisko pokrylo plně rozsah otázek jím formulovaných v žádosti o vyjádření. Vyjádření ministerstva, které jednoznačně popřelo závěr zadavatele o tom, že by jej ustanovení zákona o drahách opravňovaly k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, naopak Úřad shledal stěžejním podkladem pro učinění závěru, že zadavatel nebyl k tomuto oprávněn ani s poukazem na zvláštní právní úpravu. K tomuto závěru ostatně dle vyjádření Úřadu přispívá například i skutečnost vyplývající z textu ustanovení bodu 6 čl. II. Dohody o spolupráci, kterou uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem ještě před uzavřením Mandátní smlouvy, kde je uvedeno, že se vybraný uchazeč zavazuje v případě zájmu zadavatele zabezpečit na jeho náklady technický dozor na části stavby Železniční most Kolín zasahující do železniční stanice Kolín. Toto ustanovení chápe Úřad jako fakultativní a pouze týkající se určitých stanovených míst a jako takové představuje důkaz toho, že ze zákona o drahách výlučné právo vybranému uchazeči nenáleží.
18. Argumentaci zadavatele, že na dráze nemůže vykonávat žádnou činnost nikdo jiný kromě vybraného uchazeče, vyvrací podle názoru Úřadu i fakt, že zadavatel na plnění veřejné zakázky uzavřel subdodavatelskou smlouvu s externími subjekty uvedenými v bodě 27. napadeného rozhodnutí.

19. Úřad nepřipustil ani argument zadavatele, že v České republice neexistuje jiný dodavatel než vybraný uchazeč, který by měl zkušenosti s realizací technického dozoru velkých železničních staveb v míře, která by zadavateli garantovala bezchybnou realizaci veřejné zakázky, když poukázal na instrumenty v zákoně, které by k zajištění těchto požadavků sloužily vhodněji, jako např. kvalifikační předpoklady či smluvní podmínky.
20. K otázce horizontální spolupráce zadavatelů v rámci veřejného sektoru Úřad uvedl, že i když určité rysy šetřeného případu mohou být shodné s případy uváděnými v Pracovním dokumentu Komise, týkajícího se použití práva EU o zadávání veřejných zakázek na vztahy mezi zadavateli, pro aplikaci předmětné výjimky nebyla naplněna jedna ze základních podmínek - účast pouze zadavatelů bez participace soukromého kapitálu, když z předložených dokumentů je zřejmé, že se na straně vybraného uchazeče podílely na plnění veřejné zakázky dva výše uvedené externí soukromé subjekty. Tuto skutečnost tedy Úřad zhodnotil jako překážku pro aplikaci výjimky ze zákona a konstatoval, že zadavatel v daném případě měl povinnost postupovat podle zákona a zadat veřejnou zakázku v souladu s ustanovením § 21 odst. 2 zákona.
21. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad dospěl k závěru, že zadavatel porušil zákon, když nedodržel postup zákonem stanovený a veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, přičemž tento jeho postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že by v případě zadání veřejné zakázky v některém ze zadávacích řízení umožňujících soutěž dodavatelů mohl obdržet výhodnější nabídky jiných dodavatelů a zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem.
22. V souvislosti s problematikou výše uložené pokuty se Úřad zabýval nejprve výpočtem její maximální horní hranice, kterou lze za spáchaný správní delikt uložit, když ji určil v souladu s ustanovením § 120 odst. 2. písm. a) zákona, ve znění účinného ke dni zahájení zadávacího řízení, jako 5% z ceny veřejné zakázky na částku 956 400,- Kč. Při určování její konkrétní výměry pak přihlédl k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
23. V otázce závažnosti spáchaného správního deliktu shledal Úřad za rozhodující především tu skutečnost, že zadavatel svým postupem znemožnil účast v zadávacím řízení jakýchkoliv jiných potenciálních dodavatelů a zcela tak vyloučil soutěžní prostředí. V tomto smyslu tedy došel Úřad k závěru, že se jedná o delikt vážný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže o cenu v souladu se základními principy vyplývajícími z ustanovení § 6 zákona. Pochybením zadavatele došlo podle Úřadu k významnému omezení konkurenčního prostředí v daném zadávacím řízení, v důsledku čehož nebyl vybraný uchazeč vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídek, přičemž je zřejmé, že tento postup mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. K výše uvedenému tedy Úřad přihlédl jako k přitěžující okolnosti v postupu zadavatele.

24. Co se týče způsobu spáchání správního deliktu a okolností, za nichž byl spáchán, vzal Úřad v úvahu fakt, že zadavatel veřejnou zakázku zadal státní organizaci na základě mylného výkladu zákona, přičemž podíl soukromého kapitálu na předmětu plnění byl minimální. Z důvodu tedy, že v daném případě nedošlo k úplnému nekontrolovatelnému vyvedení finančních prostředků z veřejných zdrojů, vzal tuto okolnost Úřad za do jisté míry polehčující. I přes toto konstatování ovšem Úřad znovu připomněl rozpor postupu zadavatele se zákonem, který měl za následek omezení soutěžního prostředí, které Úřad shledal za jedno z nejzávažnějších pochybení v procesu zadávání veřejných zakázek. Z tohoto důvodu výše uvedené polehčující okolnosti nebyla přiznána taková intenzita, aby zhojila uvedené porušení zákona.
25. Dále Úřad při stanovení výše pokuty zohlednil i ekonomickou situaci zadavatele v kontextu likvidačního charakteru pokuty s poukazem na nálezy Ústavního soudu č. Pl. ÚS 3/02. K tomuto pak konstatoval, že vzhledem k tomu, že v daném případě je zadavatel organizační složkou státu, nemůže mít jemu uložená pokuta charakter zásahu do vlastnických práv, jak je uváděno v předmětném nálezu, a proto stanovenou výši pokuty nelze v tomto ohledu považovat za likvidační.
26. Po té, co Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť předmětná smlouva na realizaci veřejné zakázky byla již uzavřena a nápravy již tak nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad zadavateli pokutu ve výši 100 000,- Kč, kterou vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, shledal jako dostačující.

III. Námitky rozkladu

27. V zákonné lhůtě uplatnil zadavatel rozklad ze dne 4. 12. 2012, doručený Úřadu dne 5. 12. 2012, který napadá rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-9889/2012/540/PVé ze dne 19. 11. 2012 v celém jeho rozsahu z důvodu, že je považuje za nesprávné a nezákonné.
28. Předně zadavatel ve svém rozkladu shrnul tři důvody, které, jak podotkl, již uplatnil v průběhu správního řízení, a které každé samostatně odůvodňují, proč svým postupem neporušil zákon:
- Veřejná zakázka mohla být plněna pouze SŽDC z technických důvodů.
 - Veřejná zakázka mohla být plněna pouze SŽDC z důvodů vyplývajících z právního předpisu.
 - Vůbec se nejedná o veřejnou zakázku, nýbrž o právem povolený způsob horizontální spolupráce veřejných zadavatelů.
29. Co se týče zadavatelem tvrzených technických důvodů, pro které nebylo možné, aby veřejnou zakázku realizoval někdo jiný než vybraný uchazeč, zadavatel k tomuto zopakoval pasáž textu ze svého vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 24. 5. 2012, přičemž k tomuto doplnil, že Úřad dle jeho názoru nevyvrátil tyto technické důvody, které vedly

zadavatele k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky, či spíše se s argumenty a důkazy předloženými zadavatelem nezabýval a je nevypořádal. Z uvedeného důvodu považuje zadavatel v této části napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné.

30. Zadavatel dále polemizuje s vyjádřením Úřadu, uvedeném v napadeném rozhodnutí, že není rozhodný názor zadavatele, že v České republice neexistuje jiný dodavatel, který by byl schopen veřejnou zakázku splnit. K tomuto zadavatel uvádí, že je zřejmě povinen realizovat zadávací řízení i v případě, že je již od začátku zjevné, že nastavené kvalifikační předpoklady nikdo kromě SŽDC nesplní. Zadavatel přitom podotkl, že vzhledem ke specifickým české právní úpravy drážní dopravy, jejího řízení a bezpečnostním standardům, nemohl podle jeho mínění potřebnou kvalifikaci splnit ani žádný zahraniční subjekt. Navíc pokud by nabídku podal jen jediný uchazeč nebo by pouze jediný uchazeč splnil kvalifikační předpoklady, nebylo by dle vyjádření zadavatele vzhledem k současné právní úpravě možné veřejnou zakázku zadat a ani tato cesta by pro zadavatele řešení nepřinesla.
31. K druhé skupině důvodů, vyplývajících podle zadavatele z právních předpisů a opravňujících jej k uzavření smlouvy se SŽDC zadavatel taktéž uvedl související text ze svého vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 24. 5. 2012, ve kterém zejména poukázal na některá ustanovení zákona o drahách. Nadto pak zopakoval svou námitku směřující proti vyjádření ministerstva, když podle jeho názoru toto vůbec nezodpovídá dotazy Úřadu a ve skutečnosti z něj vyplývá, že ministerstvo chybně pochopilo, na co se Úřad tázal, a vyjádřilo se ke skutečnosti, zda mohla být veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění. Zadavatel v této souvislosti uvedl, že podle jeho názoru některé dílčí inženýrské činnosti by patrně mohly v případě realizace stavby SŽDC být zajištěny jinými dodavateli, to ovšem pouze za předpokladu, že celkový dohled a koordinaci takovýchto činností by zajišťovala právě SŽDC. Dále zadavatel namítá, že se předmětné vyjádření ministerstva ani napadené rozhodnutí nezabývá jím zmiňovanou právní úpravou § 4a a § 22 zákona o drahách, proto i v tomto ohledu považuje napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů. Zadavatel je navíc přesvědčen, že Úřad jakožto orgán příslušný k vydání rozhodnutí ve věci je povinen správně vyložit a aplikovat všechny relevantní právní předpisy a nemůže se této povinnosti toliko zprostit odkazem na vyjádření ministerstva.
32. Zadavatel ve svém rozkladu dále poznamenal, že za bezpečnost drážní dopravy odpovídá provozovatel dráhy, tedy SŽDC, přičemž v případě výkonu inženýrských činností by nebylo možné tuto bezpečnost drážní dopravy garantovat. Za situace, kdy zadavatel převzal staveniště včetně dráhy, přešla by povinnost k zajištění bezpečnosti na něj, aniž by ovšem disponoval příslušnými oprávněními. Z uvedeného podle zadavatele vyplývá, že skutečnost, že v rámci výkonu inženýrské činnosti SŽDC zajišťovala i koordinaci prací na dráze a bezpečnost drážní dopravy, představovala jediné možné a legální řešení této situace.
33. Dále zadavatel namítá tu skutečnost, že Úřad neprovedl, ba se ani nevyjádřil k jím navrženému důkaznímu návrhu, aby si vyžádal stanovisko SŽDC k otázce zajištění technického dozoru a tím zatížil napadené rozhodnutí podstatnou vadou. Navíc Úřad nesprávně interpretoval text Dohody o spolupráci mezi zadavatelem a SŽDC když dovodil, že nabídka SŽDC na realizaci inženýrských činností byla pouze fakultativní a vázaná na zájem

ze strany zadavatele. Zadavatel je naopak přesvědčen, že z dohody nelze dovodit, že by SŽDC vyslovila souhlas s realizací stavby bez toho, aby sama prováděla dozor.

34. Ke svému tvrzení, že veřejná zakázka nespadá do předmětu úpravy zákona, nýbrž se jedná o horizontální spolupráci při společném plnění veřejných úkolů, rovněž zadavatel v rozkladu uvedl relevantní pasáž ze svého předchozího vyjádření k zahájení správního řízení. Dále pak k závěru Úřadu, že pro horizontální spolupráci zadavatelů nebyla naplněna podmínka účasti pouze zadavatelů bez soukromého kapitálu, když se na plnění veřejné zakázky podílely soukromé externí subjekty, zadavatel uvedl, že Úřad zřejmě nepochopil význam této podmínky a poukázal na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ze dne 11. 1. 2005 ve věci C-26/03, Stadt Halle, Sb. rozh. s. I-26. V tomto rozsudku Soudní dvůr EU judikoval, že v daném případě smlouvy uzavřené mezi Stadt Halle a společnostmi, v níž mělo město majetkovou účast 75% a soukromý investor 25%, nejsou dány podmínky pro aplikaci této výjimky a to z důvodu účasti soukromého kapitálu ve společnosti, s níž město smlouvu uzavřelo. Z uvedeného zadavatel vyvozuje, že se v žádném případě nejedná o absolutní vyloučení možných subdodávek, jak si předmětnou podmínku vyložil chybně Úřad a považuje za nepochybné, že uvedenou podmínku absence soukromého kapitálu splnil, když on sám je organizační složkou státu a v případě SŽDC se jedná o státní organizaci bez jakékoliv účasti soukromého kapitálu.
35. K tomuto závěrem poukazuje na marginální podíl subdodávek v rozsahu cca 5% z hodnoty plnění, které označuje za zcela dílčí a zanedbatelné s bezvýznamným vlivem na celkový charakter veřejné zakázky. Přitom doplňuje, že podle právní úpravy by se i v celkovém součtu u těchto subdodávek jednalo o zakázku malého rozsahu, kterou by mohl zadavatel bez omezení zadat přímo. Představa, že spolupráce mezi zadavateli by měla probíhat zcela s vyloučením jakýchkoliv subdodávek, např. i elektrické energie, je podle zadavatele zcela nereálná.

Závěry rozkladu

36. Na základě v rozkladu uvedených skutečností zadavatel navrhl, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

37. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

38. 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 v celém rozsahu soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem dospěl k následujícímu závěru.

39. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S91/2012/VZ-9889/2012/540/PVé ze dne 19. 11. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno v napadeném rozhodnutí, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

40. V prvé řadě konstatuji, že jsem se plně ztotožnil s napadeným rozhodnutím i jeho odůvodněním, které je plně srozumitelné a je z něj seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil. Nutno podotknout, že podaný rozklad neobsahuje žádné nové skutečnosti, které by nebyly zahrnuty již do úvah, kterými se zabýval Úřad při vydání napadeného rozhodnutí. Přesto však považuji za nutné se k nim vyjádřit.
41. K námitkám zadavatele, týkajícím se technických důvodů, pro které může být veřejná zakázka splněna pouze jediným dodavatelem podle ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona předně uvádím, že se obecně musí jednat o případ, kdy je objektivně a beze vší pochybnosti prokázáno, že předmět veřejné zakázky může být realizován pouze jedním jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, z důvodu specifčnosti tohoto předmětu plnění či zvláštních okolností, za nichž je veřejná zakázka zadávána. Z uvedeného vyplývá, že musí být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů, poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. K tomuto podotýkám, že zadavatel je povinen nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky a to nejen z dodavatelů v rámci České republiky ale i celého území Evropské unie. O aplikaci příslušného druhu zadávacího řízení tedy rozhoduje zadavatel, který současně za volbu správného způsobu zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Přitom k posouzení existence technických důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. Podstatná je pak povinnost zadavatele zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná ze strany orgánu dohledu.
42. V posuzovaném případě se ztotožňuji s názorem Úřadu v tom smyslu, že složitost předmětné stavby a její funkční provázanost se stavbou „Průjezd železničním uzlem Kolín“, jakož i snaha o zajištění bezpečnosti drážního provozu, minimalizace jeho omezení, snížení nákladů obou staveb i koordinace jejich provádění nemohou být dostatečnými důvody pro aplikaci výjimky a zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když zadavatel neprokázal a důkazně nedoložil, že uvedené požadavky je schopen splnit pouze jediný subjekt na trhu – vybraný uchazeč. Ani ve svém rozkladu, ve kterém opětovně popisuje realie veřejné zakázky, nepřináší žádné nové informace, které by bylo možné považovat za důkaz technického omezení plnění předmětu veřejné zakázky. Přitom je s ohledem na výše uvedené nutno vzít v potaz i názor Soudního dvora Evropské unie vyjádřený v rozhodnutích ze dne 10. 4. 2003 sp. zn. C-20/01 Likvidace odpadu a sp. zn. C-28/01 Komise proti Německu, která uvádějí, že: „*Možnost výjimky ze soutěžních*

pravidel (tzn. použití jednacím řízení bez uveřejnění) je třeba interpretovat v úzkém smyslu a důkazní břemeno leží na zadavateli, který musí prokázat, že skutečně nastaly mimořádné okolnosti, jež výjimku ospravedlňují.“ Nemohu se tedy ztotožnit s tvrzením zadavatele, že Úřad nevyvrátil jím tvrzené technické důvody, které jej vedly k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky s vybraným uchazečem ba se zadavatelovými argumenty a důkazy nezabýval, a napadené rozhodnutí je tedy v tomto nepřezkoumatelné, když Úřad správně zhodnotil, že tyto zadavatelovy argumenty netvoří dostatečný podklad pro vyvození závěru, že vybraný uchazeč je jediným subjektem na trhu, který by mohl splnit veřejnou zakázku. K tomuto podotýkám, že zadavatel se svých povinností nemůže zbavit snahou o přesunutí důkazního břemene na bedra Úřadu. Zadavatelova tvrzení by nemohl dostatečně prokázat ani jím navrhovaný důkaz vyjádření stanoviska vybraného uchazeče, když názor vybraného uchazeče již byl Úřadu v době vynesení rozhodnutí znám ze spisové dokumentace k veřejné zakázce. Vyžádání dalšího stanoviska by pak patrně nebylo možno považovat za účelné, zvláště pak za situace, kdy je zjevné, že by se jednalo toliko o subjektivní vyjádření ke skutečnostem, k nimž již Úřad disponoval názorem kompetentní autority, který by takovýmto vyjádřením vybraného uchazeče nemohl být vyvrácen.

43. Plně se ztotožňuji se závěrem Úřadu, že v daném případě nemohly být naplněny podmínky pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění s odkazem na technické důvody, už jen z toho důvodu, že technický dozor, ke kterému zadavatel vztahoval technická omezení, představoval pouze část poptávaného plnění. I kdyby se tedy zadavateli podařilo v části technického dozoru prokázat jistá technická omezení, která by zapříčinila možnost jeho provedení pouze jediným dodavatelem, což se zadavateli prokázat nepodařilo a Úřad na rozdíl od tvrzení zadavatele učiněné v rozkladu tuto možnost nepřipustil, nebylo by možné zadat ani z tohoto důvodu veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, když si lze jen těžko představit technická omezení pro výkon celého požadovaného plnění. Ze situace na trhu naopak vyplývá, že předmět veřejné zakázky bylo možno splnit i jinými subjekty.
44. Pokud zadavatel tvrdí, že v České republice popř. ani v zahraničí neexistuje jiný dodavatel než vybraný uchazeč, který by měl zkušenosti s realizací technického dozoru velkých železničních staveb v míře, která by garantovala bezchybnou realizaci veřejné zakázky a nepředloží ke svému tvrzení žádný relevantní důkaz, lze jen připomenout, že zadavatel je povinen dodržet zákonem stanovený postup při zadávání veřejných zakázek a svůj postup také patřičně odůvodnit, resp. doložit jej vhodnými a průkaznými prostředky v dokumentaci o zadání veřejné zakázky. Jestliže tedy zadavatel disponoval hodnověrnými údaji prokazující jeho tvrzení, bylo jeho povinností je správnímu orgánu předložit. Takový důkaz však zadavatel nepředložil a proto nezbyvá než konstatovat, že jediným zákonným postupem pro ověření zadavatelovy domněnky je postup v řádném zadávacím řízení a nikoliv neoprávněné omezení soutěže způsobené postupem, kdy z možného neurčitého počtu v úvahu přicházejících dodavatelů byl osloven pouze vybraný uchazeč. Nelze pak ani vyloučit možnost, že při použití transparentnějšího způsobu zadání veřejné zakázky mohlo dojít k účelnějšímu vynaložení finančních prostředků a k uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky za výhodnějších podmínek.

45. K výše uvedené problematice technických důvodů, které dle zadavatele odůvodnily zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění a následnému uzavření smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky s vybraným uchazečem konstatuji, že se plně ztotožňuji se závěrem Úřadu, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když zákonem stanovené podmínky předpokládané ustanovením § 23 odst. 4 písm. a) zákona nebyly naplněny.
46. Co se týče námitek zadavatele týkajících se jím tvrzených důvodů vyplývajících z právních předpisů, které by odůvodňovaly zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění, předně uvádím, že se neztotožňuji s názorem zadavatele, který brojí proti postupu Úřadu, který si k výkladu některých právních otázek dožádal vyjádření kompetentního správního orgánu – Ministerstva dopravy, když má zadavatel za to, že Úřad jakožto orgán příslušný k vydání rozhodnutí ve věci je povinen vyložit a aplikovat všechny relevantní právní předpisy sám. K tomuto uvádím, že příslušné ministerstvo, jako orgán, do jehož kompetence náleží mimo jiné i vrchní státní dozor nad drážní dopravou, shledávám k výkladu zejména zákona o drahách zcela kompetentní. I když se obecně vychází z předpokladu, že úřední osoby mají dostatečně odborné znalosti, aby mohly samy posoudit odborné otázky vyskytující se v běžně vedených správních řízeních, v posuzovaném případě jde o výklad ustanovení zákona o drahách, se kterým se úředník Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže běžně při plnění svých profesních úkolů nesetkává. Z tohoto důvodu mu správní řád na základě svého ustanovení § 8 odst. 2 v rámci vzájemné spolupráce správních orgánů, v souvislosti s ustanovením § 56 téhož zákona, k posouzení odborných otázek umožňuje opatřit si takovouto právní analýzu od jiného správního orgánu.
47. Neztotožňuji se se zadavatelovým tvrzením, že vyjádření ministerstva je irelevantní a vůbec neodpovídá na dotazy Úřadu a k tomuto konstatuji, že i když se ve svém vyjádření ministerstvo nevypořádalo s kladenými otázkami v plném rozsahu a vyčerpávajícím způsobem, je z něj možno získat odpověď na jednu ze stěžejních otázek správního přezkumu postupu zadavatele a to, zda zadavatelem předkládaná zákonná ustanovení jej opravňují k zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění. Po přezkoumání vyjádření ministerstva jsem dospěl k závěru, že Úřad postupoval správně, když při výkladu zvláštních právních předpisů jako důvodu pro použití jednacím řízení bez uveřejnění přihlédl k vyjádření ministerstva a vzal jeho závěry v potaz jako odborný právní názor kompetentní autority, kterým se řídil. Co se týče zadavatelovy námitky, že se ministerstvo ve svém vyjádření nezabývalo právní úpravou některých ustanovení zákona o drahách, kterých se zadavatel dovolával, a ani Úřad se s nimi nevyrovnal v napadeném rozhodnutí, což zadavatel považuje za důvod pro učinění závěru o nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí, uvádím, že z vyjádření ministerstva vyplývá, že se zabýval zákonem o drahách komplexně jako celkem a výslovně uvedl pouze nejdůležitější relevantní ustanovení. Jsem přesvědčen o tom, že při přezkoumávání dané problematiky vzal v úvahu i zadavatelem uvedená ustanovení § 4a a § 22 zákona o drahách a i po přihlednutí k těmto vyvodil předmětné závěry. S tímto předpokladem pak Úřad převzal závěry tohoto vyjádření. Nad uvedené konstatování jsem i já toho názoru, že ze zadavatelem uvedených ustanovení zákona nevyplývá závěr o tom, že by jiný subjekt než vybraný uchazeč nebyl schopen a oprávněn realizovat veřejnou zakázku. Tento závěr ostatně podporuje i fakt, že se na plnění

veřejné zakázky podílely subdodavatelské soukromé subjekty. Jejich účast na veřejné zakázce se sice zadavatel snaží znevážit poukazem na marginálnost tohoto plnění, právě tuto skutečnost je ovšem třeba posuzovat jako důkaz o nepravdivosti tvrzení zadavatele v tom smyslu, že pouze vybraný uchazeč byl s ohledem na dotčené právní předpisy oprávněn provést předmět plnění. I když se v posuzovaném případě subdodavatelé podíleli na plnění veřejné zakázky pouze malým podílem, nevyrací to domněnku, že i k plnění zbytku veřejné zakázky mohlo existovat více vhodných dodavatelů.

48. K tvrzení zadavatele, že vybraný uchazeč sám prostřednictvím svých kvalifikovaných zaměstnanců vykonává činnosti, které se dotýkají předmětu veřejné zakázky a není tak v České republice jiný dodavatel, který by měl takové zkušenosti s realizací technického dozoru velkých železničních staveb, opakují, že pro ověření tohoto tvrzení neexistuje žádný jiný zákonný způsob, než zadat veřejnou zakázku v řádném zadávacím řízení, které by zadavatelovy domněnky potvrdilo či vyvrátilo. Samotné přesvědčení zadavatele, jakkoliv dobře míněné, nemůže ospravedlnit obcházení zákona.
49. K opakovaně uvedené rozkladové námitce zadavatele, že Úřad neprovedl, ani se nijak nevyjádřil k důkaznímu návrhu zadavatele, aby si Úřad vyžádal stanovisko vybraného uchazeče k otázce technického dozoru, doplňuji k výše uvedenému, že i kdyby vybraný uchazeč, jak lze předjímat, konstatoval, že je jediným možným vykonavatelem požadovaných služeb na dráze, Úřad by takovému vyjádření nemohl přikládat větší pozornost, jelikož takovéto stanovisko vybraný uchazeč předestřel již v průběhu zadávacího řízení, ověření pravdivosti tohoto tvrzení bylo však meritem přezkumu a jeho dodatečné opětovné zaznění ve správním řízení by do průběhu přezkumu nemohlo vnést žádnou novou důkazní hodnotu. Jsem přesvědčen o tom, že skutečnost, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nedostatečně zabýval objasněním, z jakého důvodu důkazní návrh zadavatele neprovedl, plně zhojí odůvodnění tohoto rozhodnutí. V této souvislosti odkazuji na judikaturu Nejvyššího správního soudu, který ve svém rozhodnutí ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275 uvedl, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí tvoří jeden celek. Odůvodnění Úřadu, které je uvedeno v rozhodnutí prvního stupně a odůvodnění tohoto druhostupňového rozhodnutí ve stejné souvislosti je tedy nutno posuzovat komplexně a ve vzájemné, širší souvislosti.
50. Co se týče tvrzení zadavatele, že si Úřad mylně vyložil text Dohody o spolupráci mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, když dovodil, že nabídka vybraného uchazeče na realizaci inženýrských činností byla pouze fakultativní, přičemž je podle zadavatele předmětné ustanovení nutno chápat spíše v tom smyslu, že bude-li zadavatel veřejnou zakázku realizovat, je vybraný uchazeč připraven inženýrské činnosti zajistit, předně uvádím, že otázka výkladu předmětné smlouvy je pro účely tohoto rozhodnutí irelevantní. Nad rámec uvedeného pak podotýkám, že obsah smlouvy je vždy nutno v první řadě vykládat podle vůle smluvních stran, těmto je nicméně ukládána smluvní povinnost vyjádřená obecně v ustanovení § 43 zákona č. 40/1964 Sb., občanského zákoníku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“), že účastníci jsou povinni dbát, aby při úpravě smluvních vztahů bylo odstraněno vše, co by mohlo vést ke vzniku rozporů. Důsledkem porušení takovéhoho příkazu, kdy se smluvní strany při uzavírání smlouvy nevystříhají toho, aby byla

některá ustanovení smlouvy neurčitá či nesrozumitelná, je neplatnost takového ustanovení. Ustanovení § 266 odst. 4 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**obchodní zákoník**“) pak stanoví, že projev vůle obsahující výraz, který připouští různý výklad, je třeba vykládat k tíži toho, kdo při jednání tohoto výrazu použil jako první. V bodě 6 článku II. Dohody je uvedeno, že se vybraný uchazeč zavazuje v případě zájmu zadavatele zabezpečit na jeho náklady technický dozor na části stavby Železniční most Kolín zasahující do železniční stanice Kolín. Z uvedeného vyvozují, že pokud zadavatel bude mít zájem, poskytne vybraný uchazeč technický dozor, přičemž předmětné ustanovení dále neuvádí, nicméně lze předpokládat, že postup bude odlišný v případě, že zadavatel zájem o poskytnutí dozoru vybraným uchazečem mít nebude. Z uvedeného ustanovení nicméně vyplývají obě možné varianty. Pokud byl tedy úmysl smluvních stran takový, že vybraný uchazeč bude v případě realizace veřejné zakázky poskytovat technický dozor v každém případě, je toto ustanovení vyjádřeno nepřesně a neurčitě.

51. V zadatelově námitce, ve které uvádí, že veřejná zakázka vůbec nespadá do předmětu zákona, když se dle jeho názoru jedná o tzv. horizontální spolupráci, vyplývající z Pracovního dokumentu Komise týkajícího se použití práva EU o zadávání veřejných zakázek na vztahy mezi zadavateli, se ztotožňují s názorem vysloveným v napadeném rozhodnutí, podle něhož nebyly splněny veškeré podmínky, jejichž kumulativní naplnění je předpokladem pro to, aby bylo možno učinit závěr, že se jedná o horizontální spolupráci zadavatelů, která zákonu nepodléhá. Úřad postupoval správně, když konstatoval nedostatek jedné z podmínek Pracovním dokumentem Komise pro horizontální spolupráci zadavatelů požadovaných, tedy neúčast soukromého kapitálu. Lze totiž usoudit, že neúčast soukromého kapitálu je nutno zohlednit nejen co se týče formy majetkové účasti zadavatele a vybraného uchazeče, nýbrž i ve vztahu k účasti subdodavatelů, kteří neprošli řádným zadávacím řízením. Je možné do jisté míry souhlasit s názorem zadavatele, že absolutní vyloučení možných subdodávek by se jevilo jako těžce proveditelné, k tomuto je však na druhé straně třeba podotknout, že je nutno odlišit účast subdodavatelů, kteří mají s vybraným uchazečem dlouhodobě uzavřenu smlouvu a zadavatel jejich plnění v rámci plnění předmětu veřejné zakázky přímo nepoptává (příkladem dodavatelé energií, materiálu apod.) od těch subdodavatelů, jejichž účast na předmětu plnění je součástí závazkových vztahů mezi zadavatelem a vybraným uchazečem. Takto je tomu v posuzovaném případě, kdy zadavatel v rámci plnění veřejné zakázky požadoval zajištění výkonu činnosti BOZP a geotechnického dozoru a vybraný uchazeč tato plnění nebyl schopen sám provést a proto je dál přeneseně poptával u externích soukromých subjektů, které tak cca v rozsahu 1 mil. Kč participovaly mimo režim zákona na předmětu veřejné zakázky. Uvažovat v kontextu výše uvedeného o horizontální spolupráci při společném plnění veřejných úkolů se jeví jako nemyslitelné.
52. Zadavatel v odůvodnění napadeného rozhodnutí dále spatřuje rozpornost v té části, kdy Úřad na místě hodnocení způsobu spáchání správního deliktu a okolností, za nichž byl spáchán, označil podíl soukromého kapitálu na předmětu plnění za minimální a vzal tuto skutečnost při určování výše sankce do jisté míry za polehčující okolnost, na jiném místě odůvodnění pak ovšem přiřadil účasti soukromého kapitálu takový význam, jež byl dle Úřadu překážkou aplikace výjimky ze zákona. K tomuto jen podotýkám, že 3 podmínky horizontální spolupráce uvedené v Pracovním dokumentu Komise jsou minimem, které musí být splněno

a tyto podmínky proto musejí být kumulativně naplněny beze zbytku, přičemž účastník správního řízení i Úřad jsou jimi vázáni. Z uvedeného vyplývá, že Úřadu není v tomto ohledu dána pravomoc tyto podmínky ve prospěch zadavatele měnit či zmírňovat. Jak již bylo nicméně uvedeno výše, Úřad výši, do jaké se soukromý kapitál podílel na předmětu veřejné zakázky, správně posoudil jako polehčující okolnost a zahrnul ji do svých úvah při určování konkrétní výše pokuty. K tvrzení zadavatele, že šlo pouze o dílčí a zanedbatelné plnění, přičemž by se i v součtu u těchto subdodávek jednalo o zakázku malého rozsahu, kterou by zadavatel mohl zadat bez omezení přímo, upozorňuji na nepřipustné dělení předmětu veřejné zakázky, kdy původně celková předpokládaná hodnota veřejné zakázky by se mohla v návaznosti na rozdělení na subdodávky roztříštit na zakázky malého rozsahu, čímž by následně docházelo k obcházení zákona. Tuto argumentaci zadavatele proto považuji za bezpředmětnou.

53. Z výše uvedených důvodů přímého zapojení soukromého kapitálu do smluvně závazkového vztahu v rámci realizace předmětu veřejné zakázky jsem se ztotožnil se závěrem Úřadu, že předmětná veřejná zakázka nespadá do režimu tzv. horizontální spolupráce při společném plnění veřejných úkolů a zadavatel tak byl povinen zadat veřejnou zakázku v souladu se zákonem.
54. Předmětnou problematikou veřejných zakázek vyňatých z působnosti práva veřejných zakázek se zabýval i Soudní dvůr EU ve svém rozsudku ze dne 19. 12. 2012 ve věci C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento v. Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce a dalším (dále jen „rozsudek sp. zn. C-159/11“), když v rámci řešení předběžné otázky týkající se výkladu směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „směrnice 2004/18/ES“) shrnul podmínky, které musí být naplněny pro uplatnění výjimky z působnosti unijního práva v oblasti veřejných zakázek v rámci tzv. spolupráce mezi veřejnoprávními entitami. Jedná se zejména o potřebu plnění společného úkolu v obecném zájmu v souvislosti s plněním cílů veřejného zájmu a to výlučně prostřednictvím veřejnoprávních entit bez účasti soukromoprávních subjektů. Podmínkou aplikace této výjimky je pak také skutečnost, že žádný soukromoprávní podnik nemá při uzavírání smlouvy přednostní postavení v porovnání se svými konkurenty a účelem smlouvy není obcházet právo veřejných zakázek. Všechny předestřené podmínky pak musí být splněny kumulativně.
55. V kontextu šetřeného případu je třeba, při posuzování splnění uvedených kritérií, poukázat zejména na pravidlo, že žádný soukromoprávní podnik nesmí být při uzavírání smlouvy upřednostněn před jeho konkurenty. Pro tyto účely lze vybraného uchazeče klasifikovat ve vztahu k předmětné veřejné zakázce jako hospodářský subjekt, kterým je dle čl. 1 odst. 9 směrnice 2004/18/ES také poskytovatel služeb. Tím je jakákoliv fyzická či právnická osoba nebo veřejný subjekt nebo skupina těchto osob či subjektů, které na trhu nabízí služby. Z předmětu činnosti vybraného uchazeče, který by se dal shrnout jako hospodaření s majetkem vymezeným v § 20 zákona č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, státní organizaci Správa železniční dopravní cesty, ve znění pozdějších předpisů, vyplývá, že vybraný uchazeč je oprávněn jednat jako hospodářský subjekt dle shora uvedené definice. Z hlediska práva veřejných zakázek má pak z pohledu uvedeného kritéria tedy tento

hospodářský subjekt stejné právní postavení jako soukromý podnik. Vzhledem k tomu pak, že vybraný uchazeč získal předmětnou veřejnou zakázku bez veřejného nabídkového řízení, lze konstatovat, že byl upřednostněn před ostatními potenciálními dodavateli, kteří by byli v případě zadání veřejné zakázky v zadávacím řízení dle zákona způsobilí podat konkurenční nabídky. K otázce, zda bylo prokázáno, že vybraný uchazeč byl jediný, kdo mohl veřejnou zakázku splnit, nebo potenciální konkurenti existovali, jsem se již vyjádřil výše. Z uvedeného vyplývá, že kritérium neupřednostnění jednoho soukromého subjektu před druhým nemohlo být splněno a proto uplatnění výjimky z práva veřejných zakázek nelze aplikovat.

56. S nesplněním výše uvedené podmínky pak úzce souvisí i nesplnění dalšího kritéria, že uzavřením smlouvy nesmí dojít k omezení pravidel práva veřejných zakázek, kdy je podle závěru Stanoviska generální advokátky k rozsudku C-159/11 předneseného dne 23. 5. 2012 narušení hospodářské soutěže třeba spatřovat již v tom, že nedošlo k nabídkovému řízení, ačkoliv mohly předmětné plnění pravděpodobně provést i jiní dodavatelé. Přitom v zájmu zadavatele by bylo právě zpřístupnění veřejné zakázky co největšímu počtu konkurentů tak, aby byl zajištěn co největší výběr při získávání nejvýhodnější nabídky.
57. Z uvedených teoretických závěrů lze tedy vyvodit, že pokud by bylo veřejným zadavatelům dovoleno, aby se nad rámec spolupráce v rámci veřejného sektoru obraceli s veřejnými zakázkami na poskytování služeb na jiné veřejnoprávní entity a nemuseli se přitom řídit pravidly práva veřejných zakázek, bylo by možné se reálně obávat obcházení práva veřejných zakázek. Unijní právo tedy brání právě takovému postupu, kdy by bez výzvy k účasti v soutěži byly uzavřeny smlouvy, na jejich základech spolu veřejnoprávní entity zavádějí spolupráci, která neodpovídá podmínkám výše uvedeným tak, jako tomu bylo v šetřeném případě.

VI. Závěr

58. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
59. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Havel, Holásek & Partners s.r.o., advokátní kancelář, Týn 1048/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne:

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