



UOHSX005AOCF

PŘESEDNA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R377/2012/VZ-18581/2013/310/PSe

Brno 27. září 2013

Ve správním řízení o rozkladu doručeném dne 19. 12. 2012 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zadavatelem –

- **Středočeským krajem**, IČ 70891095, se sídlem Zborovská 11, 150 21 Praha 5, proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S416/2011/VZ-22854/2012/522/NGI ze dne 3. 12. 2012 ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,
- při uzavření dodatku č. 1 dne 10. 11. 2008 ke smlouvě uzavřené dne 22. 3. 2008 na realizaci veřejné zakázky „**II/611 Poděbrady, most ev. č. 016**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 14. 9. 2007 pod ev. číslem 60011014,
- při zadávání veřejné zakázky „**II/201 Jeneč - křiž. II/118, recyklace – I. etapa, technický dozor investora**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 1. 2008 pod ev. číslem 60013987 a
- při zadávání veřejné zakázky „**II/201 Jeneč - křiž. II/118, recyklace – II. etapa, technický dozor investora**“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 1. 2008 pod ev. číslem 60013996,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S416/2011/VZ-22854/2012/522/NGI ze dne 3. 12. 2012

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zjištění Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže před zahájením správního řízení

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele (dále jen „**podnět**“) – Středočeského kraje, IČ 70891095, se sídlem Zborovská 11, 150 21 Praha 5 (dále jen „**zadavatel**“), a to
 - při uzavření dodatku č. 1 dne 10. 11. 2008 (dále jen „**dodatek 1**“) ke smlouvě uzavřené dne 22. 3. 2008 (dále jen „**původní smlouva**“) s vybraným uchazečem – MADOS MT s.r.o., IČ 25297899, se sídlem Lupenice 51, 517 41 Kostelec nad Orlicí (dále jen „**vybraný uchazeč původní zakázky**“) za účelem realizace veřejné zakázky „II/611 Poděbrady, most ev. č. 016“ zadávané v otevřeném řízení podle § 29 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 14. 9. 2007 pod ev. číslem 60011014 (dále jen „**původní zakázka**“),
 - při zadávání veřejné zakázky „II/201 Jeneč - křiž. II/118, recyklace – I. etapa, technický dozor investora“ zadávané v otevřeném řízení podle § 29 zákona, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 1. 2008 pod ev. číslem 60013987 (dále jen „**zakázka Jeneč I**“), a
 - při zadávání veřejné zakázky „II/201 Jeneč - křiž. II/118, recyklace – II. etapa, technický dozor investora“ zadávané v otevřeném řízení podle § 29 zákona, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 8. 1. 2008 pod ev. číslem 60013996 (dále jen „**zakázka Jeneč II**“).

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

Zjištění Úřadu ohledně uzavírání dodatku 1

2. Dne 22. 3. 2008 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem původní zakázky původní smlouvu, na stavební práce za cenu 44 879 692 Kč bez DPH.
3. Dne 10. 11. 2008 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem původní zakázky dodatek 1. Dodatkem 1 na stavební práce, byl předmět původní smlouvy změněn takovým způsobem, že některé položky stavebních prací, resp. materiálů sjednané původní smlouvou byly nově sjednány v navýšeném rozsahu, resp. s navýšeným oceněním (dále jen „**navýšené položky**“), některé položky byly vypuštěny s oceněním dle původní smlouvy a dále byly sjednány některé nové položky s novým oceněním (dále jen „**nové položky**“). Dodatkem 1 bylo znění bodů 3.1. a 3.2. původní smlouvy nahrazeno ujednáním „*Cena za dílo dle bodu 1.1. je sjednaná na základě nabídkové ceny zhotovitele dohodou smluvních stran v souladu se zákonem č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů, v celkové výši 44 879 498,- Kč bez DPH (53 406 603,- Kč včetně DPH), a to jako cena nejvýše přípustná.*“
4. S ohledem na shora uvedené skutečnosti získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 21 zákona, když uzavřel dodatek 1, aniž by použil příslušný druh zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Zjištění Úřadu ohledně zadávání zakázky Jeneč I

5. V bodě 7.10 a) zadávací dokumentace zakázky Jeneč I zadavatel požadoval prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložením „*seznamu minimálně 5 významných služeb odpovídající předmětu plnění této veřejné zakázky (TDI) poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech na stavebních zakázkách s celkovou hodnotou investičních nákladů každé z nich v min. výši 25 mil. Kč bez DPH s uvedením výše finančního plnění služby, doby poskytnutí služby, jmen soukromých či veřejných příjemců poskytnuté služby včetně kontaktní osoby. Seznam musí být podepsán osobou oprávněnou za dodavatele jednat.*“
6. Vybraný uchazeč zakázky Jeneč I, HORA REAL s.r.o., IČ 27072487, se sídlem Sportovců 1532, 272 04 Kladno (dále jen „**vybraný uchazeč zakázek Jeneč**“) ve své nabídce předložil za účelem prokázání technického kvalifikačního předpokladu požadovaného zadavatelem v bodě 7.10 zadávací dokumentace, mandátní smlouvu uzavřenou dne 14. 5. 2008 (dále jen „**mandátní smlouva 1**“) se společností HORA COMPANY s.r.o., IČ 25102397, se sídlem Sportovců 1532, 272 04 Kladno (dále jen „**subdodavatel**“).
7. V článku I. mandátní smlouvy 1 bylo uvedeno, že „*Mandatář se touto smlouvou zavazuje, že pro mandanta na jeho účet zařídí službu spočívající v poskytnutí technických a kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona, spočívající v poskytnutí seznamu minimálně pěti významných služeb odpovídající předmětu plnění veřejné zakázky „II/201 Jeneč - kříž. II/118, recyklace – I. etapa, technický dozor investora“, rozsahu podmínek stanovených zadavatelem této veřejné zakázky.*“
8. Na straně 21 nabídky vybraného uchazeče zakázek Jeneč bylo uvedeno „*Čestné prohlášení osoby o účasti na zakázce*“, ze dne 1. 2. 2008 podepsané Ing. Petrem Žůrkou ve znění „*Prohlašuji tímto čestně, že jako zaměstnanec uchazeče se z titulu své funkce Technického ředitele budu podílet na realizaci výše uvedené zakázky. Funkcí v organizaci je mi vymezena odpovědnost za kompletní realizaci zakázky*“.

9. Dne 30. 4. 2008 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč smlouvu o dílo za účelem realizace zakázky Jeneč I.
10. S ohledem na shora uvedené skutečnosti získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil z účasti v otevřeném zadávacím řízení zakázky Jeneč I vybraného uchazeče zakázek Jeneč, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč dne 30. 4. 2008 smlouvu za účelem realizace zakázky Jeneč I.

Zjištění Úřadu ohledně zadávání zakázky Jeneč II

11. V bodě 7.10 a) zadávací dokumentace zakázky Jeneč II zadavatel požadoval prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle ustanovení § 56 odst. 2 písm. a) zákona předložením „seznamu minimálně 5 významných služeb odpovídající předmětu plnění této veřejné zakázky (TDI) poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech na stavebních zakázkách s celkovou hodnotou investičních nákladů každé z nich v min. výši 12 mil. Kč bez DPH s uvedením výše finančního plnění služby, doby poskytnutí služby, jmen soukromých či veřejných příjemců poskytnuté služby včetně kontaktní osoby. Seznam musí být podepsán osobou oprávněnou za dodavatele jednat.“
12. Vybraný uchazeč zakázky Jeneč II ve své nabídce předložil za účelem prokázání technického kvalifikačního předpokladu požadovaného zadavatelem v bodě 7.10 zadávací dokumentace, mandátní smlouvu uzavřenou dne 4. 2. 2008 (dále jen „**mandátní smlouva 2**“) se subdodavatelem.
13. V článku I. mandátní smlouvy 2 bylo uvedeno, že „Mandatář se touto smlouvou zavazuje, že pro mandanta na jeho účet zařídí službu spočívající v poskytnutí technických a kvalifikačních předpokladů podle § 56 zákona, spočívající v poskytnutí seznamu minimálně pěti významných služeb odpovídajících předmětu plnění veřejné zakázky „II/201 Jeneč - kříž. II/118, recyklace – II. etapa, technický dozor investora“, rozsahu podmínek stanovených zadavatelem této veřejné zakázky“.
14. Na straně 23 nabídky vybraného uchazeče zakázek Jeneč bylo uvedeno „Čestné prohlášení osoby o účasti na zakázce“, ze dne 1. 2. 2008 podepsané Ing. Petrem Žůrkou ve znění „Prohlašuji tímto čestně, že jako zaměstnanec uchazeče se z titulu své funkce Technického ředitele budu podílet na realizaci výše uvedené zakázky. Funkcí v organizaci je mi vymezena odpovědnost za kompletní realizaci zakázky“.
15. Dne 30. 4. 2008 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč smlouvu o dílo na realizaci zakázky Jeneč II.
16. S ohledem na shora uvedené skutečnosti získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil z účasti v otevřeném zadávacím řízení zakázky Jeneč II vybraného uchazeče zakázek Jeneč, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč dne 30. 4. 2008 smlouvu za účelem realizace zakázky Jeneč II.

II. Správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

17. Dne 14. 11. 2011, Úřad doručil účastníkům řízení oznámení o zahájení správního řízení č. j. ÚOHS-S416/2011/VZ-14260/2011/520/NGI ze dne 11. 11. 2011, čímž zahájil správní řízení ve věci možného spáchání správních deliktů podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

Správní řízení vedené ve věci uzavírání dodatku 1

18. Dne 28. 11. 2011 Úřad obdržel vyjádření zadavatele k zahájení správního řízení (dále jen „**vyjádření k zahájení**“), v němž trval na svém stanovisku uvedeném ve svém vyjádření k podnětu ze dne 28. 2. 2011 (dále jen „**vyjádření k podnětu**“). Ve vyjádření k podnětu zadavatel uvedl, že odkazuje na své stanovisko, které zpracoval Úřad regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy dne 14. 2. 2011, a jenž obsahuje podnět.
19. Ve vyjádření k podnětu zadavatel k uzavření dodatku 1 uvedl, že důvodem k podání podnětu je nález Nejvyššího kontrolního úřadu (dále jen „**NKÚ**“) ze dne 8. 9. 2010, o porušení zákona zadavatelem tím, že dne 10. 11. 2008 uzavřel k původní smlouvě dodatek 1 (dále jen „**nález NKÚ**“). Zadavatel nesouhlasil se závěry NKÚ a v případě uzavření dodatku 1 uvedl, že se NKÚ v tomto případě při kontrole opíral o ustálený výklad Úřadu (zveřejněný na webu Úřadu www.compet.cz), že „*při stanovení předpokládané hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací*“. Zadavatel k tomu dále uvedl svůj právní názor, že NKÚ ve svém nálezu NKÚ nevzal v úvahu rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/310/EKu ze dne 10. 6. 2010, které má druhově shodné znaky s předmětným případem.
20. Zadavatel ve vyjádření k podnětu dále uvedl, že Národní památkový ústav pro Střední Čechy (dále jen „**NPÚ**“), ve svém vyjádření ze dne 27. 7. 2005 označil navrženou rekonstrukci mostu jako zásadně nepřijatelnou, načež došlo ke změně projektové dokumentace, kterou NPÚ ve svém vyjádření ze dne 5. 9. 2005 odsouhlasil. Dle zadavatele původní záměr rekonstrukce mostu spočíval v symetrickém řešení mostovky. Dle zadavatele NPÚ trval na řešení asymetrickém. Dle zadavatele od tohoto požadavku NPÚ dne 21. 4. 2008 ustoupil a povolil stavebně přijatelnější změnu projektu. Zadavatel dále vysvětloval, že ke změnám stanoviska NPÚ došlo po 37 měsících od uplatnění původní žádosti o vyjádření ve věci. V tomto mezidobí byla vypracována projektová dokumentace, vypsána veřejná zakázka na dodavatele stavebních prací a uzavřena smlouva s vybraným uchazečem původní zakázky podle původního požadavku NPÚ.
21. Z výše uvedených skutečností zadavatel dospěl k závěru, že v okamžiku uzavření smlouvy o dílo on sám ani vybraný uchazeč nemohli předjímat vydání z části odlišného stanoviska NPÚ. Potřeba zadání dodatečných stavebních prací tedy objektivně vyvstala nezávisle na vůli zadavatele. Podle názoru zadavatele došlo ke splnění podmínek pro zadání dodatečných stavebních prací a použití jednacího řízení bez uveřejnění, a tudíž došlo k uzavření dodatku 1 v souladu se zákonem.
22. Zadavatel dále uvedl, že se domnívá, že ve světle shora citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu lze za vícepráce považovat pouze rozdíl dodatkem 1 zaměněných položek, tj. částku 1 059 455,55 Kč (5 828 501,92 Kč mínus 4 796 046,36 Kč), přičemž za vícepráce považuje pouze součet dodatečných položek a nových položek a nárůst ceny zaměněných položek, takže vícepráce podle dodatku 1 činí pouze 13,89 % z původní ceny uvedené ve smlouvě o dílo (44 879 692 Kč bez DPH).

Správní řízení vedené ve věci zadávání zakázek Jeneč I a Jeneč II

23. Ve vztahu k veřejným zakázkám Jeneč I a Jeneč II, je zadavatel podle svého vyjádření k zahájení přesvědčen, že v mandátních smlouvách 1 a 2 uzavřených mezi vybraným uchazečem zakázek Jeneč a subdodavatelem, byl definován závazek subdodavatele spočívající v poskytnutí seznamu minimálně pěti významných služeb, s uvedením celkové hodnoty projektu stavebních prací a současně bylo doloženo i čestné prohlášení technického ředitele subdodavatele o závazku účasti této právnické osoby na realizaci uvedených veřejných zakázek. Z tohoto důvodu byl zadavatel přesvědčen, že technický kvalifikační předpoklad uvedený v bodě 7.10 zadávací dokumentace vybraný uchazeč v obou veřejných zakázkách jednoznačně splnil.

III. Napadené rozhodnutí

24. Dne 3. 12. 2012 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S416/2011/VZ-22854/2012/522/NGI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
25. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený § 21 zákona, neboť uzavřel dne 10. 11. 2008 s vybraným uchazečem původní zakázky dodatek 1 na realizaci původní veřejné zakázky, aniž by použil příslušný druh zadávacího řízení, přičemž tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
26. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o zjištění, že dodatkem 1 na stavební práce, byl předmět původní smlouvy změněn takovým způsobem, že součet cen navýšených položek a cen nových položek činí 11 003 022,24 Kč bez DPH.
27. Výrok I. napadeného rozhodnutí Úřad dále opřel o závěr, že celková cena za plnění původní veřejné zakázky činila 44 879 692, Kč bez DPH a že cena dodatečných stavebních prací v podobě navýšených položek a nových položek, které byly předmětem dodatku 1, představuje 24,5 % z celkové ceny původní veřejné zakázky, a nebyly tak naplněny podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona.
28. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 60 odst. 1 zákona nevyločil z účasti v otevřeném zadávacím řízení zakázky Jeneč I vybraného uchazeče zakázek Jeneč, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace zakázky Jeneč I, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč smlouvu.
29. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 60 odst. 1 zákona nevyločil z účasti v otevřeném zadávacím řízení zakázky Jeneč II vybraného uchazeče zakázek Jeneč, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace zakázky Jeneč II, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč smlouvu.

30. Výroky II. a III. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o zjištění, že formulací vedenou v mandátních smlouvách 1 a 2 nevznikl subdodavatelí závazek ve smyslu § 51 odst. 4 zákona podílet se na plnění veřejné zakázky. Takto formulované prohlášení subdodavatele dle Úřadu pouze stvrzovalo, že zařídí na účet vybraného uchazeče zakázek Jeneč služby spočívající v poskytnutí technických kvalifikačních předpokladů tak, jak je stanovil zadavatel.
31. Výroky II. a III. napadeného rozhodnutí Úřad opřel o závěr, že subdodavatelské smlouvy v podobě mandátních smluv 1 a 2 nesplňují požadavek na jejich obsah stanovený v § 51 odst. 4 zákona a že závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky ve smyslu § 51 odst. 4 zákona nevyplývá ani z čestných prohlášení Ing. Žurky, neboť v nich prohlašuje, že se bude podílet na realizaci předmětu zakázek Jeneč I a Jeneč II jako zaměstnanec vybraného uchazeče zakázek Jeneč, nikoliv jako zaměstnanec subdodavatele a navíc proto, že z nich nelze zjistit, v jakém rozsahu se na realizaci veřejné zakázky bude podílet.
32. Výroky II. a III. napadeného rozhodnutí Úřad dále podložil závěrem, že bez smluvně zajištěného závazku k realizaci určité části plnění veřejné zakázky subdodavatelem ve smyslu § 51 odst. 4 zákona, nelze zadavatelem poskytnuté doklady o splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace k veřejným zakázkám Jeneč I a Jeneč II považovat za doklady prokazující splnění požadované technické kvalifikace.
33. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocih I., II. a III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč.

IV. Námitky rozkladu

34. Proti napadenému rozhodnutí podal zadavatel v zákonné lhůtě rozklad, který Úřad obdržel dne 19. 12. 2012. Zadavatel v rozkladu v první řadě namítá, že Úřad dle jeho právního názoru v napadeném rozhodnutí pochybil níže uvedeným způsobem.
35. Podle námitky rozkladu se Úřad dostatečně nevypořádal se skutečnostmi uvedenými v jeho vyjádření k zahájení. Ve vztahu k veřejným zakázkám Jeneč I a Jeneč II, je zadavatel přesvědčen, že v mandátních smlouvách 1 a 2 uzavřených mezi vybraným uchazečem zakázek Jeneč a subdodavatelem byl definován závazek subdodavatele spočívající v poskytnutí seznamu minimálně pěti významných služeb, s uvedením celkové hodnoty projektu stavebních prací a současně bylo doloženo i čestné prohlášení technického ředitele subdodavatele o závazku účasti této právnické osoby na realizaci zakázek Jeneč I a Jeneč II. Z tohoto důvodu je zadavatel přesvědčen, že technický kvalifikační předpoklad uvedený v bodě 7.10 zadávací dokumentace vybraný uchazeč v obou veřejných zakázkách Jeneč I a Jeneč II jednoznačně splnil.
36. K rozhodnutí Úřadu ohledně dodatku 1 zadavatel trvá na svém stanovisku uvedeném ve vyjádření k podnětu, ve kterém uvedl, že nepochybil, když zadal dodatečné stavební práce s použitím jednacního řízení bez uveřejnění. Zadavatel žádá Úřad, aby se při hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí zaměřil na jím popsané skutečnosti, které jsou současně obsaženy v předložené dokumentaci. Zadavatel dále namítá, že se ve svém vyjádření k zahájení rovněž odkazoval na své vyjádření k podnětu, v němž uvedl, že se odkazuje na své stanovisko, které zpracoval Úřad regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy dne 14. 2. 2011, a jenž obsahuje podnět.

37. Zadavatel opětovně namítá, že důvodem k podání podnětu byl nálezn NKÚ o porušení zákona zadavatelem tím, že dne 10. 11. 2008 uzavřel k původní smlouvě dodatek 1. Zadavatel namítá, že nesouhlasí se závěry NKÚ a v případě uzavření dodatku 1 uvádí, že se NKÚ v tomto případě při kontrole opírá o ustálený výklad Úřadu (zveřejněný na webu Úřadu www.compet.cz), že „při stanovení předpokládané hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací“. Zadavatel se domnívá, že NKÚ nechal v úvahu rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/310/EKu ze dne 10. 6. 2010, které má druhově shodné znaky s předmětným případem.
38. Zadavatel k tomu blíže namítá, že NPÚ ve vyjádření ze dne 27. 7. 2005 označil navrženou rekonstrukci mostu jako zásadně nepřijatelnou, načež došlo ke změně projektové dokumentace, kterou NPÚ ve svém vyjádření ze dne 5. 9. 2005 odsouhlasil. Původní záměr rekonstrukce mostu spočíval v symetrickém řešení mostovky. NPÚ trval na řešení asymetrickém. Od tohoto požadavku NPÚ dne 21. 4. 2008 ustoupil a povolil stavebně přijatelnější změnu projektu.
39. Zadavatel v rozkladu konstatuje, že ke změnám stanoviska NPÚ došlo po 37 měsících od uplatnění původní žádosti o vyjádření ve věci. V tomto mezidobí byla vypracována projektová dokumentace, vypsána veřejná zakázka na dodavatele stavebních prací a uzavřena smlouva s vybraným uchazečem původní zakázky podle původního požadavku NPÚ. Na základě výše uvedených skutečností zadavatel dospěl k závěru, že v okamžiku uzavření smlouvy o dílo on sám ani vybraný uchazeč nemohli předjímat vydání zčásti odlišného stanoviska NPÚ. Potřeba zadání dodatečných stavebních prací tedy objektivně vyvstala nezávisle na vůli zadavatele. Podle názoru zadavatele došlo ke splnění podmínek pro zadání dodatečných stavebních prací a použití jednacního řízení bez uveřejnění, a tudíž došlo k uzavření dodatku 1 v souladu se zákonem.
40. Zadavatel se domnívá, že ve světle shora citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu lze za vícepráce považovat pouze rozdíl zaměněných položek, tj. částku 1 059 455,55 Kč (5 828 501,92 Kč mínus 4 796 046,36 Kč), přičemž za vícepráce považuje pouze součet dodatečných položek a nových položek a nárůst ceny zaměněných položek, takže vícepráce podle dodatku 1 činí pouze 13,89 % z původní ceny uvedené v původní smlouvě (44 879 692, Kč bez DPH).
41. Zadavatel v závěru rozkladu namítá, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí pod body 35., 36. a 37. uvádí, že „s ohledem na shora uvedené skutečnosti získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 21 zákona a že Úřad dále (rovněž) získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 60 odst. 1 zákona“. Zadavatel zastává právní názor, že by Úřad neměl vycházet při svém rozhodnutí z pochybností, ale měl by se opírat o skutečnosti postavené najisto.

Závěr rozkladu

42. Na základě výše uvedeného zadavatel žádá, aby předseda Úřadu rozhodl tak, že napadané rozhodnutí v plném rozsahu zruší.

V. Řízení o rozkladu

43. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí v rámci autoremedury podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

44. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
45. V rámci přezkumu zákonnosti podle § 89 odst. 2 správního řádu jsem neshledal rozpor napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy.
46. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem I. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 zákona, neboť uzavřel dne 10.11.2008 s vybraným uchazečem původní zakázky dodatek 1 na realizaci původní veřejné zakázky, aniž by použil příslušný druh zadávacího řízení, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
47. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem II. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 60 odst. 1 zákona nevyločil z účasti v otevřeném zadávacím řízení zakázky Jeneč I vybraného uchazeče zakázek Jeneč, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč smlouvu.
48. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem III. napadeného rozhodnutí rozhodnul, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že podle § 60 odst. 1 zákona nevyločil z účasti v otevřeném zadávacím řízení zakázky Jeneč II vybraného uchazeče zakázek Jeneč, který neprokázal splnění technického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.10 a) zadávací dokumentace, přičemž tento postup zadavatele podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem zakázek Jeneč smlouvu.
49. Úřad postupoval správně a v souladu se zákonem, když výrokem IV. napadeného rozhodnutí za spáchání správních deliktů uvedených ve výrocích I., II. a III. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 150 000 Kč.
50. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

VI. K námitkám rozkladu

51. Zadavatel směřuje své námitky rozkladu toliko proti závěrům Úřadu o naplnění skutkových podstat správních deliktů ve smyslu výroku I. až III. napadeného rozhodnutí. Rozsahem námitek rozkladu zadavatel nebrotí proti výroku IV. napadeného rozhodnutí o uložení pokuty. Přezkum výroku IV. napadeného rozhodnutí jsem proto v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu provedl z hlediska jeho zákonnosti.

K námitkám vůči výroku I. napadeného rozhodnutí

52. Námitky uvedené v rozkladu zadavatele, směřující vůči výroku I. napadeného rozhodnutí, jsou námitkami obsahově totožnými, které zadavatel uplatnil již v řízení před Úřadem. Přezkum správnosti postupu a závěrů Úřadu jsem provedl v jejich rozsahu s tím, že jsem se s ohledem na jejich uplatnění v řízení před Úřadem zabýval zejména správností jejich vypořádání v odůvodnění napadeného rozhodnutí (dále jen „**odůvodnění**“). Vypořádání námitek rozkladu směřujících vůči výroku I. napadeného rozhodnutí jsem provedl v pořadí odpovídajícím podstatě věci.
53. K námitce rozkladu, že za vícepráce lze považovat pouze rozdíl zaměněných položek, tj. částku 1 059 455,55 Kč, přičemž za vícepráce zadavatel považuje pouze součet dodatečných položek a nových položek a nárůst ceny zaměněných položek, takže vícepráce podle dodatku 1 činí pouze 13,89 % z původní ceny uvedené v původní smlouvě, uvádím následující.
54. Předně podotýkám, že zákon nereguluje postup zadavatele pro případ nerealizování některých částí předmětu plnění veřejných zakázek na stavební práce, ačkoli byly původně zadány a smluvně mezi zadavatelem a vybraným uchazečem ujednány (dále jen „**méněpráce**“). Důvodem, proč zákon takovouto regulaci neobsahuje, je fakt, že při méněpracích nedochází k úplatnému poskytování mj. stavebních prací ve smyslu § 7 odst. 1 zákona, tj. k vynakládání veřejných prostředků.
55. Oproti tomu v případě úplatného poskytování jakýchkoli dalších stavebních prací, které v původním předmětu plnění veřejné zakázky obsaženy nebyly a které mají vést k realizaci předmětu plnění již zadané veřejné zakázky (dále jen „**vícepráce**“), je zadavatel v obecné rovině povinen postupovat podle zákona vždy, když díky jejich realizaci dochází k vynakládání veřejných prostředků zadavatele. Principiálním důvodem pro tento závěr je v obecné rovině okolnost, že nikdy nemůže být a priori vyloučeno, aby vícepráce zadávané postupem podle zákona byly vysoutěženy s dosažením ještě vhodnějších podmínek (např. za nižší nabídkovou cenu), než za jakých by vícepráce realizoval vybraný uchazeč.
56. Postupem podle zákona může být vedle postupu podle obecné právní úpravy zadávání veřejných zakázek na stavební práce pochopitelně i postup podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, jehož speciální právní úprava připouští legální omezení transparentní, rovné a nediskriminační hospodářské soutěže o veřejnou zakázku pro přesně vymezenou podmnožinu víceprací, avšak vždy se současným splněním tří zákonem stanovených předpokladů.
57. Postup podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona je možný pouze v případě dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb, 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 dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli, 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 v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky (dále jen „**vícepráce podle § 23**“). Dlužno podotknout, že vícepráce podle § 23 jsou pouze určitou podmnožinou mnohem širší množiny všech eventuálních víceprací. Nicméně pouze eventuelní vícepráce této podmnožiny (vícepráce podle § 23) mohou být zadány specifickým postupem jednacího řízení bez uveřejnění.

58. Předmětem plnění původní smlouvy uzavřené za účelem realizace původní veřejné zakázky byly pracovní postupy a materiály ve smyslu § 9 zákona (dále jen „**stavební práce**“) sjednané formou jednotlivých položek stavebních prací s oceněním ve výši 44 879 692 Kč bez DPH.
59. Předmětem plnění dodatku 1 uzavřeného rovněž za účelem realizace původní veřejné zakázky byly změny množství jednotlivých položek stavebních prací a dále změny ocenění jednotlivých položek stavebních prací. Dodatkem 1 na stavební práce byl předmět původní smlouvy změněn takovým způsobem, že některé položky stavebních prací sjednané původní smlouvou byly nově sjednány v navýšeném rozsahu, resp. s navýšeným oceněním, některé položky byly vypuštěny a dále byly sjednány nové položky.
60. Navýšené položky dodatkem 1 dodatečně sjednané v navýšeném rozsahu oproti předmětu plnění původní smlouvy byly ve smyslu výše uvedeného vícepracemi, neboť těmito položkami bylo sjednáno úplatné poskytování dalších stavebních prací, které v předmětu plnění původní veřejné zakázky obsaženy nebyly a které měly vést k realizaci předmětu plnění původní veřejné zakázky.
61. Závěr Úřadu uvedený v bodě 76. odůvodnění, že celková výše ceny navýšených položek činí 4 508 860,32 Kč, proto považuji za správný.
62. Nové položky dodatkem 1 dodatečně sjednané navíc k předmětu plnění původní smlouvy byly ve smyslu výše uvedeného rovněž vícepracemi, neboť těmito položkami bylo sjednáno úplatné poskytování dalších stavebních prací, které v předmětu plnění původní veřejné zakázky obsaženy nebyly a které rovněž měly vést k realizaci předmětu plnění původní veřejné zakázky.
63. Závěr Úřadu uvedený v bodě 77. odůvodnění, že celková výše ceny nových položek činí 6 494 161,92 Kč, proto považuji za správný.
64. Položky dodatkem 1 vypuštěné z předmětu plnění původní smlouvy byly ve smyslu výše uvedeného méněpracemi, neboť těmito položkami byly určeny právě ty části předmětu plnění původní veřejné zakázky, které nově neměly být realizovány, ačkoli byly zadány a smluvně mezi zadavatelem a vybraným uchazečem původní zakázky ujednány.
65. Závěr Úřadu uvedený v bodě 78. odůvodnění, že součet ceny navýšených položek a ceny nových položek činí 11 003 022,24 Kč bez DPH, považuji za správný.

66. K námitkám rozkladu spočívajícím v právním názoru zadavatele, že za vícepráce lze vedle navýšených a nových položek považovat pouze nárůst ceny „zaměněných položek“ a že Úřad (podobně jako NKÚ) v případě uzavření dodatku 1 nevzal v úvahu rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/310/EKu ze dne 10. 6. 2010, které má dle zadavatele druhově shodné znaky s předmětným případem, uvádím následující.
67. Zadavatel k tomu blíže namítá, že „záměna položek“ spočívala v tom, že vypuštěné položky v celkové hodnotě 4 769 046,36 Kč byly nahrazeny některými novými položkami v celkové hodnotě 5 828 501,92 Kč a že za vícepráce lze považovat pouze rozdíl těchto takto zaměněných položek, tj. částku 1 059 455,55 Kč (5 828 501,92 Kč mínus 4 796 046,36 Kč), takže vícepráce podle dodatku 1 činily pouze 13,89 % z ceny uvedené v původní smlouvě.
68. Zdůrazňuji, že v případě rozhodnutí č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010 byl přípustným důvodem záměny stavebních materiálů a tomu příslušejících prací zánik výrobce jednotlivých stavebních materiálů, resp. zánik materiálů jako takových (tedy části předmětu již zadané veřejné zakázky). Oproti tomu v případě původní veřejné zakázky po jejím zadání vyvstala nová potřeba odlišných stavebních prací, resp. materiálů, přičemž ty z původně plánovaných stavebních prací, o nichž zadavatel tvrdí, že byly „zaměněny“ existovat nepřestaly, ale staly se z nich méněpráce. Právě tento rys původní veřejnou zakázku zásadně odlišuje od veřejné zakázky, na niž se zadavatel odkazuje výše uvedeným rozhodnutím.
69. Zadavatelem odkazované rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010 týkající se přípustnosti záměny materiálů není ve vztahu k předmětu tohoto správního řízení příslušné. Druhově shodné znaky s předmětným případem v podobě zániku výrobce jednotlivých stavebních materiálů, resp. zánik materiálů jako takových (tedy části předmětu již zadané veřejné zakázky) totiž nemá.
70. Závěr Úřadu uvedený v bodě 103. odůvodnění, že v případě sporných položek („zaměněných položek“) nelze plnění v těchto položkách vzájemně započít, považuji za správný a zákonný.
71. Z výše uvedeného je pak zřejmé, že zadavatel nedodržel jeden z předpokladů pro zadání dodatečných stavebních prací stanovených § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a sice že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.
72. Závěr Úřadu uvedený rovněž v bodě 103. odůvodnění, že hodnota víceprací, které byly předmětem dodatku 1, přesáhla zákonem stanovenou hranici 20 % dle § 23 odst. 7 písm. a) bod 3. zákona, považuji za správný.
73. K námitce rozkladu, že zadavatel nepochybil, když zadal dodatečné stavební práce s použitím jednacího řízení bez uveřejnění, uvádím následující.
74. Vzhledem k výše uvedenému nebyl postup zadavatele při uzavírání dodatku 1 souladný s podmínkami postupu podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, jelikož zadávání víceprací podle § 23 je podmíněno nepřekročením jejich rozsahu v celkové výši 20 % ceny původní veřejné zakázky, a to aniž by eventuální výskyt méněprací celkový rozsah víceprací podle § 23 jakkoli ponížoval.
75. Závěr Úřadu uvedený v bodě 104. odůvodnění, že v případě uzavření přezkoumávaného dodatku 1 nebyly naplněny podmínky použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona, považuji za správný a zákonný.

76. K námitce rozkladu, že potřeba zadání dodatečných stavebních prací objektivně vyvstala nezávisle na vůli zadavatele, jelikož v okamžiku uzavření původní smlouvy on sám ani vybraný uchazeč původní zakázky nemohli předjímat vydání zčásti odlišného stanoviska NPÚ, uvádím následující.
77. Zadavatel v rozkladu namítá, že NPÚ ve vyjádření ze dne 27. 7. 2005 označil navrženou rekonstrukci mostu jako zásadně nepřijatelnou, načež došlo ke změně projektové dokumentace, kterou NPÚ ve svém vyjádření ze dne 5. 9. 2005 odsouhlasil. Původní záměr rekonstrukce mostu spočíval v symetrickém řešení mostovky. NPÚ trval na řešení asymetrickém. Od tohoto požadavku NPÚ dne 21. 4. 2008 ustoupil a povolil stavebně přijatelnější změnu projektu. Ke změnám stanoviska NPÚ došlo po 37 měsících od uplatnění původní žádosti o vyjádření ve věci. V tomto mezidobí byla vypracována projektová dokumentace, vypsána veřejná zakázka na dodavatele stavebních prací a uzavřena původní smlouva s vybraným uchazečem původní zakázky podle původního požadavku NPÚ.
78. S touto obsahově totožnou námitkou se Úřad vypořádal již v průběhu správního řízení. Vypořádání této námitky ať už v rámci řízení před Úřadem, nebo v rámci řízení o rozkladu nemůže být nijak relevantním v situaci, kdy alespoň jeden ze tří kumulativních předpokladů podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona pro zadání víceprací nebyl naplněn.
79. Nenaplněným předpokladem uzavření dodatku 1 v jednacím řízení bez uveřejnění je zadání víceprací v rámci limitu 20 % ceny původní veřejné zakázky. K dodržení tohoto limitu ze strany zadavatele nedošlo a nemohlo tedy dojít ani k současnému naplnění tří kumulativních předpokladů pro zadání víceprací podle dodatku 1 v jednacím řízení bez uveřejnění, a to i kdyby ostatní dva z těchto předpokladů eventuálně naplněny byly. Druhým z předpokladů pro zadání víceprací podle dodatku 1 v jednacím řízení bez uveřejnění je podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona předpoklad, že potřeba víceprací vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností. Úřad se v odůvodnění přesto zabýval námitkou zadavatele, že potřeba zadání dodatečných stavebních prací objektivně vyvstala nezávisle na vůli zadavatele změnou „původního“ stanoviska NPÚ.
80. Úřad se výše uvedenou námitkou zabýval v bodech 89. až 96. odůvodnění. Podrobně zde analyzoval obsahy jednotlivých stanovisek NPÚ ze dnů 27. 7. 2005 a 5. 9. 2005 k záměru rekonstrukce mostu, resp. ke změně projektu ze dne 21. 4. 2008.
81. Původním stanoviskem ze dne 27. 7. 2005 NPÚ odmítnul tehdejší podobu projektu opravy mostu jako nepřijatelnou z důvodu nepřijatelných zásahů do historické kamenné části mostu.
82. Stanoviskem ke změně projektu ze dne 21. 4. 2008 NPÚ vůbec poprvé posuzoval změnu projektu spočívající v odstranění nevyhovující novodobé železobetonové konstrukce. Schválení této změny projektu nijak nevytvářelo o požadavcích NPÚ na symetrické či asymetrické řešení mostovky, nýbrž o takové podobě zásahů do historické kamenné části mostu, již lze z hlediska zájmů státní památkové péče akceptovat.
83. Závěr Úřadu uvedený v bodě 96. odůvodnění, že stanovisko NPÚ ze dne 21. 4. 2008 nepředstavovalo vznik objektivních nepředvídatelných okolností, které by odůvodňovaly použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona při uzavření dodatku 1 proto považuji za správný.

84. K námitce rozkladu, že zadavatel žádá Úřad, aby se při hodnocení podkladů pro vydání rozhodnutí zaměřil na jím popsané skutečnosti, které jsou současně obsaženy v předložené dokumentaci včetně stanoviska, které zpracoval Úřad regionální rady regionu soudržnosti Střední Čechy dne 14. 2. 2011, uvádím následující.

85. Úřad při vydávání napadeného rozhodnutí vycházel z obsahu podkladů pro vydání rozhodnutí, které byly obsaženy v dokumentaci původní veřejné zakázky i dodatku 1, což je zřejmé z jak obsahu spisu ve věci, tak z jednotlivých podkladů pro vydání rozhodnutí, které jsou v odůvodnění nezaměnitelně označeny, a z jejich obsahu je v odůvodnění citováno.

K námitkám vůči výroků II. a III. napadeného rozhodnutí

86. K námitce rozkladu, že ve vztahu k veřejným zakázkám Jeneč I a Jeneč II, je zadavatel přesvědčen, že v mandátních smlouvách 1 a 2 byl definován závazek subdodavatele spočívající v poskytnutí seznamu minimálně pěti významných služeb, s uvedením celkové hodnoty projektu stavebních prací a že současně bylo doloženo i čestné prohlášení technického ředitele subdodavatele o závazku účasti této právnické osoby na realizaci zakázek Jeneč I a Jeneč II, uvádím následující.

87. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) až d) v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace. Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace.

88. Úřad v bodech 106. až 130. odůvodnění zkoumal, zda vybraný uchazeč zakázek Jeneč zadavateli předložil „smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace“, či nikoli. Pokud by ji totiž nepředložil, vznikala by (každému) zadavateli povinnost podle § 60 odst. 1 zákona takového dodavatele z účasti v zadávacím řízení vyloučit.

89. Smlouva podle § 51 odst. 4 zákona musí splňovat obsahové náležitosti, které zákon definuje. Jednou z těchto náležitostí je právě závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k „plnění veřejné zakázky“. Obsahy ujednání mandátních smluv 1 a 2 se sice týkaly povinností vybraného uchazeče zakázek Jeneč prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů podle bodu 7.10 a) zadávacích dokumentací zakázek Jeneč I a Jeneč II, nicméně tento obsah mandátních smluv 1 a 2 se zcela míjí s požadavky § 51 odst. 4 zákona na obsah smlouvy uzavřené se subdodavatelem.

90. Aby mohl zadavatel splnění technických kvalifikačních předpokladů v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele, musí podle § 51 odst. 4 zákona obsah smlouvy uzavřené se subdodavatelem zavazovat subdodavatele k (sub)dodávkám takového určitého

plnění zadavateli, které je třeba k plnění veřejné zakázky, přičemž právě schopnost tohoto (sub)dodávání subdodavatelem je ověřována ve vztahu k tomuto subdodavateli v rozsahu chybějícího splnění technických kvalifikačních předpokladů.

91. Jinými slovy, možnost splnění technických kvalifikačních předpokladů v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele předpokládá existenci zcela určitého závazku subdodavatele k poskytnutí plnění potřebného k plnění veřejné zakázky, odpovídajícího subdodavatelem poskytnutých technických kvalifikačních předpokladů.
92. Závěr Úřadu uvedený v bodě 117. odůvodnění, že v každém případě musí subdodavatelská smlouva obsahovat jednoznačně specifikovaný závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky, považuji za správný a zákonný.
93. Pokud mandátní smlouvy 1 a 2 neobsahovaly určitý závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění zakázek Jeneč I a Jeneč II, nemohlo dojít k naplnění požadavků § 51 odst. 4 zákona na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dle bodu 7.10 a) zadávacích dokumentací zakázek Jeneč I a Jeneč II vybraným uchazečem zakázek Jeneč.
94. Závěr Úřadu uvedený v bodě 119., 120. a 128. odůvodnění, že mandátní smlouvy 1 a 2 nesplňují požadavek na jejich obsah stanovený v § 51 odst. 4 zákona a že nelze tyto doklady považovat za doklady prokazující splnění požadované technické kvalifikace, považuji za správný a zákonný.
95. Stejně tak nemohlo dojít k naplnění požadavků § 51 odst. 4 zákona na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů podle bodu 7.10 a) zadávacích dokumentací zakázek Jeneč I a Jeneč II vybraným uchazečem zakázek Jeneč, pokud čestná prohlášení o účasti na zakázce podepsaná Ing. Petrem Žůrkou ze dne 1. 2. 2008 neobsahovala zákonem požadovaný určitý závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění zakázek Jeneč I a Jeneč II.
96. Závěry Úřadu uvedené v bodech 121. a 128. odůvodnění, že závazek subdodavatele podílet se na plnění veřejné zakázky ve smyslu § 51 odst. 4 zákona nevyplývá ani z čestných prohlášení Ing. Žurky, neboť v nich prohlašuje, že se bude podílet na realizaci předmětu zakázek Jeneč I a Jeneč II jako zaměstnanec vybraného uchazeče zakázek Jeneč, nikoliv jako zaměstnanec subdodavatele a navíc proto, že z nich nelze zjistit, v jakém rozsahu se na realizaci veřejné zakázky bude podílet, považuji vzhledem k výše uvedeným závěrům za správné.

K ostatním námitkám rozkladu

97. K námitce rozkladu, že Úřad v odůvodnění pod body 35., 36. a 37. uvádí, že „s ohledem na shora uvedené skutečnosti získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 21 zákona a že Úřad dále (rovněž) získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 60 odst. 1 zákona“ uvádím následující.
98. Úřad v části odůvodnění pod názvem „Postup zadavatele před zahájením řízení“ popsal postup zadavatele, potažmo průběh zadávacích řízení, na základě kterých Úřad správní řízení zahájil. V bodech 35., 36. a 37. Úřad toliko konstatoval, že shledal pochybnosti v postupu zadavatele. Tyto části odůvodnění opodstatňují postup Úřadu při zahajování správního řízení z moci úřední na základě vlastních zjištění, které získal mimo průběh jakéhokoli správního řízení. Tyto části odůvodnění a pochybnosti v nich označené nevyovídají o ničem jiném,

než o důvodech, pro které Úřad správní řízení zahájil. Dlužno podotknout, že výše uvedené pochybnosti samy o sobě prokazatelně existovaly. Důvodem zahájení správního řízení byla právě najisto postavená existence výše uvedených pochybností Úřadu získaných při prošetřování podnětu.

99. K námitce zadavatele, že by Úřad neměl vycházet při svém rozhodnutí z pochybností, ale měl by se opírat o skutečnosti postavené najisto, uvádím následující. Všechny pochybnosti, které vedly k zahájení správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správních deliktů zadavatelem, Úřad v průběhu správního řízení dokazoval způsobem předpokládaným § 3 správního řádu, tj. tak, aby byl zjištěn stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Při tomto způsobu a rozsahu dokazování Úřad umožnil naplnění všech procesních práv zadavatele, mimo jiné i v podobě navrhování důkazů, činění návrhů a vyjadřování stanovisek k podkladům rozhodnutí ve smyslu § 36 a § 52 správního řádu. Závěry napadeného rozhodnutí vycházejí ze zjištěného stavu věci, o němž nejsou dány důvodné pochybnosti. Důvodné pochybnosti o zjištěném stavu věci nevyvolává ani obsah námitek rozkladu.
100. Co se týká výroku IV. napadeného rozhodnutí, považuji výši uložené pokuty vzhledem ke všem okolnostem spáchání jednotlivých správních deliktů za stanovenou v souladu se zákonem i zásadou absorpce při správní trestání, adekvátní míře narušení hospodářské soutěže a v souladu s ustálenou rozhodovací praxí Úřadu.

VII. Závěr

101. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
102. 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. Středočeský kraj, Zborovská 11, 150 21 Praha 5
2. MADOS MT s.r.o., Lupenice 51, 517 41 Kostelec nad Orlicí
3. HORA REAL s.r.o., Sportovců 1532, 272 04 Kladno

Vypraveno dne

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