



UOHSX005C8QV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S129/2013/VZ-17601/2013/522/PLy

Brno 13. září 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 19. 4. 2013 z moci úřední, jehož účastníkem je

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

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při uzavření smlouvy ve veřejné zakázce „Sil. I/48 Chotěbuz“ zadávané na základě výzvy k jednání ze dne 19. 9. 2011 v jednacím řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) citovaného zákona, **rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČO 65993390, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Sil. I/48 Chotěbuz“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. b) citovaného zákona o veřejných zakázkách, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. se zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 -

ukládá podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 500 000,- Kč (pět set tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět, k prošetření postupu zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, IČ 65993390, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“), při zadání veřejné zakázky „Sil. I/48 Chotěbuz“ (dále jen „veřejná zakázka“) v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.
2. Úřad si od zadavatele následně vyžádal veškerou dokumentaci související se zadáním předmětné veřejné zakázky. Z obdržené dokumentace Úřad zjistil následující skutečnosti.

Zadávací řízení

3. Výzvou k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 19. 9. 2011 (dále jen „Výzva“) zadavatel vyzval 3 dodavatele k plnění veřejné zakázky. Předmětem veřejné zakázky bylo provedení oprav živičné vozovky na silnici I/48 Chotěbuz v km 71,550 – 73,400. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila podle téhož bodu výzvy 76 285 414,80 Kč bez DPH.
4. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 4. 10. 2011 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek 3 nabídky, z nichž všechny vyhověly kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona. Na základě provedeného hodnocení zadavatel rozhodl o výběru nejhodnější nabídky uchazeče Sdružení „I/48 – Chotěbuz“ (vedoucí sdružení: SWIETELSKY stavební s.r.o., IČO 48035299, člen sdružení SILNICE.CZ s.r.o., IČO: 26777005), se kterým dne 6. 10. 2011 uzavřel smlouvu na předmět plnění veřejné zakázky se smluvní cenou ve výši 76 220 753,28 Kč bez DPH.

Průběh správního řízení

5. Vzhledem k tomu, že Úřad na základě posouzení dokumentace o šetřené veřejné zakázce získal pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, resp. zda byly naplněny podmínky pro jeho použití, zahájil správní řízení z moci úřední.
6. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníku řízení dopisem č. j. ÚOHS-S129/2013/VZ-4220/2013/522/PLy ze dne 19. 4. 2013, v němž seznámil účastníka řízení s výše uvedenými skutečnostmi. Usnesením č. j. ÚOHS-S129/2013/VZ-4221/2013/522/PLy z téhož dne stanovil účastníku lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Dne 19. 4. 2013, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno účastníku řízení, bylo podle

ust. § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zadavatelem podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona v souvislosti s porušením ust. § 21 odst. 2 zákona v návaznosti na porušení ust. § 23 odst. 4 písm. a) zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky pro jeho použití.

Vyjádření zadavatele

8. Zadavatel se ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení správního řízení vyjádřil dopisem ze dne 2. 5. 2013, kde doplňuje své vyjádření k podnětu v téže věci. Zadavatel předně popisuje skutečnosti chronologicky předcházející zadání předmětné veřejné zakázky a předkládá jednotlivé důkazy za účelem potvrzení svých vyjádření. Podle tvrzení zadavatele silnice nevykazovala na podzim roku 2010 potřebu větších oprav, avšak stav povrchu komunikace se začal oproti očekávání prudce zhoršovat na počátku roku 2011, kdy v lednu 2011 začalo docházet k náhlé degradaci povrchu komunikace. Na tuto skutečnost byl zadavatel upozorňován mimo vlastního monitoringu, také občany bydlicími v blízkosti komunikace. Tyto skutečnosti zadavatel dokladuje zápisy z pravidelné kontroly (monitoringu) silnice I/48 za měsíce listopad a prosinec roku 2010 a za měsíce leden až září 2011, a dále pak elektronickou korespondencí s občanem bydlicím v blízkosti komunikace. Dále zadavatel uvádí, že rozsah a způsob opravy komunikace je možno odhadnout až po skončení zimního období, proto byla diagnostika komunikace dohodnuta s termínem vyhotovení 15. 4. 2011. Na základě této diagnostiky (zpráva předaná zadavateli dne 15. 4. 2011) byl stanoven návrh opravy poškozeného úseku. Tato tvrzení dle názoru zadavatele dokladuje zpráva č.0841V115017-02 vypracovaná externí společností. Na základě technologie opravy vzešlé z diagnostiky byl určen technickým pracovníkem zadavatele finanční rozsah opravy. Podle vyjádření zadavatele náklady na opravu komunikace na základě provedené diagnostiky byly odhadnuty částkou cca 76 mil Kč. Požadavek na přidělení finančních prostředků ze státního rozpočtu byl dle vyjádření zadavatele zaveden do JSIVV na konci března roku 2011 na částku 20 mil. Kč. Tato částka byl pouhý odhad bez konkrétní diagnostiky.
9. Stav komunikace se nadále zhoršoval, proto byly podle zadavatele provedeny alespoň provizorní úpravy po dubnu roku 2011, které však byly nedostatečné, o čemž svědčí petice občanů z okolí této silnice a dále upozornění Policie ČR a Krajského úřadu MSK z června roku 2011. Stav silnice začal být evidován jako havarijní. Dle tvrzení zadavatele, požadavek na přidělení prostředků byl stále v zásobníku JSIVV.
10. Dále ve svém vyjádření zadavatel uvádí Směrnici GŘ č.5/2011, kterou musí při zadávání veřejných zakázek dodržovat a blíže specifikuje proces zadávání prostřednictvím systému Symbasis. Zadavatel dále uvádí, že aby bylo možné zahájit zadávací řízení prostřednictvím systému Symbasis, musí být pro konkrétní akci přiděleny finanční prostředky ze státního rozpočtu, tzn., že se požadavek na finanční prostředky, který byl evidován od konce měsíce dubna roku 2011 v systému JSVV v části tzv. „zásobníku“ se musí převést do části „realizace“. Do tohoto okamžiku není podle zadavatele technicky ani právně možné zahájit zadávací řízení, přičemž ŘSD nemůže zahájit zadávací řízení na opravu komunikace bez toho, že by tato oprava byla kryta finančními prostředky. Jakékoliv jiné jednání zadavatel při zadávání by dle jeho slov bylo porušení dané směrnice.

11. Dle tvrzení zadavatele, byly dne 7. 9. 2011 dle informace v systému Symbasis, zadavateli přiděleny finanční prostředky na opravu silnice I/48. V tuto dobu již nebylo dle tvrzení zadavatele možné zahájit jiné zadávací řízení, než řízení bez uveřejnění, protože by s ohledem na rozsah prací a klimatické podmínky nezbytné pro výměnu povrchu komunikace v roce 2011, nebylo možné tuto opravu provést v roce 2011. O této situaci byl dne 8. 9. 2011 informován tehdejší generální ředitel ŘSD, který jako jediný je oprávněn schválit zadávací řízení na tuto opravu bez jeho uveřejnění dle § 34 zákona. Tato skutečnost je podle zadavatele také zřejmá ze záznamů v systému Symbasis.
12. Své vyjádření zadavatel uzavírá tvrzením, že z časových důvodů, zejména s ohledem na závažnost zjištěných závad a nutnost jejich spěšné opravy, nemohlo být postupováno v jiném druhu zadávacího řízení, neboť jejich zadávací lhůty by byly příliš dlouhé, zejména by opravy nebylo možné provést před zimním obdobím a dále také s ohledem na potřebu zajistit ochranu životů, zdraví a majetků účastníků silničního provozu, jejichž ohrožení nevhodný stav předmětné pozemní komunikace představuje. Rovněž zadavateli dle jeho slov nelze vytýkat, že nepostupoval při zadání zakázky bez zbytečného odkladu, neboť jednotlivé kroky zadání na sebe logicky navazovaly. Zejména je nutné zohlednit nutnost vypracování dokumentace k opravám a obtíže při zajišťování financování veřejné zakázky. Zadavatel považuje za prokázanou skutečnost, že jednání zadavatele nebylo příčinou vzniku krajně naléhavého případu, což odůvodňuje tím, že před zimou 2010/2011 byly provedeny opravy předmětné pozemní komunikace, přičemž trvanlivost těchto oprav se neočekávaně ukázala být kratší. Na základě těchto skutečností byla dána nepředvídatelnost uvedeného krajně naléhavého případu. Výše uvedené, společně s předloženými vyjádřeními a důkazy dle zadavatele zjevně prokazují, že v daném případě existoval krajně naléhavý případ. Vzhledem k těmto skutečnostem je zadavatel přesvědčen, že byly splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.

Doplnění listinných důkazů

13. Dne 7. 5. 2013 určil Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S129/2013/VZ-8367/2013/522/PLy zadavateli lhůtu, aby zaslal listinné důkazy, z nichž vyplývá, že zadavatel zažádal v období března-dubna 2011 o přidělení finančních prostředků na realizaci předmětné veřejné zakázky.
14. Zadavatel přípisem ze dne 13. 5. 2013, který byl Úřadu doručen dne 16. 5. 2013, zaslal dvě listiny, z nichž jednu měl již Úřad k dispozici a druhou byl údajný výpis ze zásobníku systému JSIVV.

Závěry Úřadu

15. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadání předmětné veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
16. Podle ust. § 21 odst. 1 zákona upravuje zákon tyto druhy zadávacích řízení
 - a) otevřené řízení,
 - b) užší řízení,

- c) jednací řízení s uveřejněním,
- d) jednací řízení bez uveřejnění,
- e) soutěžní dialog,
- f) zjednodušené podlimitní řízení.

17. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v ust. § 22 a 23 zákona rovněž jednací řízení s uveřejněním nebo jednací řízení bez uveřejnění; otevřené řízení se nepoužije v případě veřejných zakázek v oblasti obrany nebo bezpečnosti.
18. Podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění tehdy, jestliže veřejnou zakázku je nezbytné zadat v krajně naléhavém případě, který zadavatel svým jednáním nezpůsobil a ani jej nemohl předvídat, a z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.
19. Z předložené dokumentace vyplývá, že zadavatel zadal veřejnou zakázku „Sil. I/48 Chotěbuz“ v jednacím řízení bez uveřejnění (dále též „JŘBU“) podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona na základě výzvy k jednání ze dne 19. 9. 2011.
20. V předmětné výzvě k jednání nejsou důvody pro postup v jednacím řízení bez uveřejnění uvedeny, pouze v bodě 4. zadavatel uvádí, že k dané veřejné zakázce se zadávací dokumentace neposkytuje, neboť zadávání zakázky probíhá v krajně naléhavém případě podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona.
21. Úřad v obecné rovině konstatuje, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho zájemce nebo omezený okruh zájemců. Z obecného hlediska je použití jednacího řízení bez uveřejnění vázáno na splnění omezujících podmínek, aby tohoto typu zadávacího řízení nebylo zneužíváno. Zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění je možné použít v tom případě, kdy uspokojení potřeby zadavatele není nebo nebylo možné dosáhnout v „klasickém“ zadávacím řízení, tj. soutěži o zakázku. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných zájemců, s nimiž bude vyjednávat smluvní podmínky, aniž by tento záměr musel předem uveřejnit, pouze za podmínek uvedených v ust. § 23 zákona. V šetřeném případě směřuje argumentace zadavatele k použití § 23 odst. 4 písm. b) zákona, tj. ke krajně naléhavému případu, kdy z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.
22. K oprávněné aplikaci uvedeného ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona tedy dochází pouze v případě, že jsou splněny všechny podmínky předmětného ustanovení. Přestože se zadavatel domnívá, že s ohledem na chronologické okolnosti předcházející situaci, ve které se ocitl před zadáváním předmětné veřejné zakázky v JŘBU, došlo k naplnění všech podmínek uvedených v předmětném ustanovení zákona, Úřad dospěl k názoru, že právě v celkovém kontextu všech dále v textu popsanych okolností nelze konstatovat, že postup zadavatele byl v daném případě v souladu se zákonem. Tento závěr Úřad dovozuje především ze skutečnosti, že využití JŘBU dle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, resp. vzniku krajně naléhavého případu nesmí na straně zadavatele předcházet konání či opomenutí, které by zapříčinilo vznik tohoto stavu.

23. Pro účely odůvodnění výše uvedeného závěru považuje Úřad za podstatné provedení rekapitulace sousledností, jež předcházely samotnému zadání předmětné veřejné zakázky v JŘBU.
24. Úřad má za prokázané, že z pravidelného monitoringu silnice I/48 do prosince roku 2010 nevykazovala potřebu větších oprav. Stav povrchu komunikace se začal prudce zhoršovat v lednu 2011, což vyplývá jak z monitoringu, tak z oznámení občanů, bydlících v blízkosti komunikace. Stav komunikace se nadále zhoršoval, což dokazovala další oznámení ze strany občanů a pravidelný monitoring. Zadavatelem byla objednána diagnostika předmětné komunikace s termínem vyhotovení do 15. 4. 2011 a zadavateli byla také tímto dnem předána. Na základě diagnostiky provedené společností IMOS BRNO a. s., byl stanoven návrh oprav na částku 76 mil. Kč. Zadavatel dle svého vyjádření již na konci března roku 2011 zadal požadavek do části jednotného systému informací ve výstavbě (dále jen „JSIVV“) tzv. „zásobníku“ na částku 20 mil. Kč, což byl pouhý odhad hodnoty zakázky, neboť nebyla zatím hotová diagnostika komunikace. Toto své tvrzení zadavatel dokazuje dokumentem s nadpisem „Zdůvodnění akce“, který je přílohou č.1 Příkazu VŘ č.1/2009.
25. Vzhledem k tomu, že Úřadu nebylo jednoznačné k jakému dokumentu se tato příloha vztahuje a jaká je její spojitost se systémem JSIVV, vyžádal si Úřad usnesením ze dne 7. 5. 2013 č.j. ÚOHS-S129/2013/VZ-8367/2013/522/PLy originál dokumentu, k němuž se tato příloha vztahuje. Zadavatel však ve své odpovědi ze dne 13. 5. 2013 zaslal totožný dokument, jaký měl Úřad již k dispozici. Na tomto místě Úřad konstatuje, že takový dokument, jehož obsah navíc zcela nekoresponduje se zadavatelem tvrzenými skutečnostmi, nemůže být považován za relevantní, tím spíše pokud je pouze přílohou dokumentu, kterým Úřad, a s ohledem na postup zadavatele ve správním řízení nejspíše ani zadavatel, nedisponuje.
26. Z obdržených materiálů dále vyplývá, že po dubnu 2011 provedl zadavatel alespoň provizorní opravy komunikace, které i podle jeho vlastních slov byly nedostatečné a nadále docházelo k zhoršování stavu komunikace, což mj. potvrzuje petice občanů žijících v okolí komunikace. Dle tvrzení zadavatele, požadavek na přidělení finančních prostředků byl stále veden v části „zásobník“ systému JSIVV. Zadavatel ve svém vyjádření popisuje vnitřní postupy dle směrnice, především používání systému JSIVV, kdy uvádí, že ačkoliv byl požadavek v systému veden již od konce měsíce dubna (správně má být března) v části tzv. „zásobník“, není technicky ani právně možné zahájit jakýkoliv typ zadávacího řízení, nejsou-li přiděleny na konkrétní veřejnou zakázku peníze ze státního rozpočtu, což se v systému JSIVV projeví tak, že požadavek přesune do části „realizace“. Až následně může zadavatel dále postupovat v zadávání, již prostřednictvím systému Symbasis.
27. Pro potvrzení těchto zadavatelem tvrzených skutečností si Úřad výše zmíněným usnesením ze dne 7. 5. 2013 č.j. ÚOHS-S129/2013/VZ-8367/2013/522/PLy vyžádal prokázání zadání požadavku do systému JSIVV resp. jeho části „zásobník“. Zadavatel ve své odpovědi ze dne 13. 5. 2013 zaslal dle svých slov „exportní výpis dat z JSIVV“, přičemž šlo o jednoduchou tabulku s nadpisem Výpis z JSIVV ze zásobníku na akci Sil. I/48 Chotěbuz.
28. Úřad k této důkazní listině konstatuje, že není možné z obsahu „exportního výpisu dat“ jednoznačně určit, jestli se skutečně týká předmětné zakázky, resp. jestli se skutečně jedná o výpis ze systému JSIVV. Za předpokladu, že se jedná o výpis ze systému JSIVV, je zde dále

sporná skutečnost, že byl-li vložen do systému JSIVV požadavek na částku 20 mil. Kč na konci března 2011 a podle „exportního výpisu dat“ je poslední úprava v systému JSIVV ze dne 31. 3. 2011, je nejasné, kdy byla provedena změna na částku 76 mil. Kč stanovenou na základě diagnostiky z dubna roku 2011, která byla následně uvolněna pro realizaci veřejné zakázky.

29. K uvedeným skutečnostem Úřad dodává, že zadavatelem dodané důkazní materiály jsou velmi stručné a často zmatečné, což může být dáno omezeními, která zadavatelem používané systémy (JSIVV a Symbasis) vykazují. K těmto systémovým omezením však z pohledu Úřadu nelze přihlídnout, jsou-li dokumenty z nich vycházející hlavními důkazními prostředky zadavatele pro odůvodnění zadání veřejné zakázky v JŘBU.
30. K zadavatelem předloženým důkazům Úřad pro úplnost konstatuje, že prokázání odůvodněnosti použití JŘBU je na zadavateli, který však ani po opakovaných a konkrétních žádostech Úřadu, nebyl schopen tuto odůvodněnost relevantně prokázat. Zadavateli se nepodařilo prokázat zejména svůj postup v předmětném zadávacím řízení v období mezi měsíci dubnem 2011, kdy údajně proběhlo vložení požadavku na finanční prostředky do systému JSIVV a zářím téhož roku, kdy došlo, k výzvam k podání nabídek a dalšímu vývoji v předmětné veřejné zakázce, dále pak zadavatel neprokával, kdy a jak došlo ke změně částky z 20 mil. Kč (bez DPH) schválené dne 15. 4. 2011, tedy již po provedené diagnostice, na částku 76 285 500,- Kč (bez DPH) stanovené v odůvodnění předmětné veřejné zakázky.
31. Výše uvedené rozpory tak výrazně zpochybňují argumentaci zadavatele týkající se problematiky financování veřejné zakázky, jelikož zadavateli se nepodařilo prokázat, že by důvody odkladu zadání veřejné zakázky byly zapříčiněny neposkytnutím finančních prostředků, konkrétně zdali žádost o přidělení prostředků v březnu 2011 mohla vésti k přidělení potřebných prostředků na realizaci zakázky nebo jestli bylo přidělení prostředků reálně možné až na základě žádosti podané v září téhož roku.
32. S problematikou financování veřejné zakázky dále souvisí tvrzení zadavatele, že je nucen se řídit směrnicí GR č.5/2011. Úřad však po prostudování této směrnice došel k závěru, že směrnice neobsahuje ustanovení o vztahu mezi čerpáním prostředků ze státního rozpočtu a zadáváním veřejných zakázek, a proto Úřad konstatuje, že námitky zadavatele o nemožnosti realizace předmětné veřejné zakázky právě s ohledem na znění této směrnice, nelze brát jako důvodné.
33. Úřad proto uzavírá, že i když se zadavatel snaží podmínku krajní naléhavosti, nutnou pro použití jednacního řízení bez uveřejnění, prokázat ze skutečnosti, že již v období března-dubna roku 2011 žádal o finanční prostředky na předmětnou veřejnou zakázku, avšak že bez jeho přičinění byly tyto prostředky vyhrazeny až v září téhož roku, nepodařilo se mu tvrzené skutečnosti spolehlivě prokázat a to ani poté, když si Úřad vyžádal konkrétní listiny, které by mohly dané skutečnosti potvrdit.
34. Podmínka krajní naléhavosti pro jednací řízení bez uveřejnění, kterou zadavatel svým jednáním nezpůsobil, je dále podmíněna nepředvídatelností. K aspektu nepředvídatelnosti Úřad konstatuje, že sám zadavatel ve svém zdůvodnění uvedl, že se jednalo o škody, které se projeví už v zimě resp. lednu 2011, z čehož je patrné, že závadný stav komunikace byl dlouhodobějšího charakteru a nutnost oprav tak bylo možné předvídat, a to zejména s přihlídnutím k odborným a profesionálním zkušenostem zadavatele v příslušné oblasti.

Tvrzení zadavatele, že zjištění havarijního stavu komunikace bylo nepředvídatelné, neboť před zimou 2010/2011 byly provedeny její opravy, je zcela irelevantní, neboť jak plyne z vyjádření zadavatele, o špatném stavu komunikace měl zadavatel informace z pravidelného monitoringu a dále také od občanů, jak je popsáno výše.

35. Jak vyplývá z předložené dokumentace, dne 7. 9. 2011 došlo k přidělení finančních prostředků na předmětnou veřejnou zakázku, o čemž byl zadavatel informován systémem Symbasis. Dle tvrzení zadavatele již nebylo možné zahájit jiné zadávací řízení, než řízení bez uveřejnění, a to s ohledem na rozsah prací a klimatické podmínky nezbytné pro výměnu povrchu komunikace. Výzvy ze dne 19. 9. 2011 byly rozeslány dne 27. 9. 2011 a smlouva byla s vybraným uchazečem podepsána dne 6. 10. 2011.
36. K zadatelovu odůvodnění podmínky pro jednací řízení bez uveřejnění, že z časových důvodů nebylo možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení, uvádí Úřad následující.
37. Jak vyplývá z dokumentace a vyjádření zadavatele, zadáváním veřejné zakázky se zadavatel zabýval již minimálně od dubna roku 2011, přičemž smlouvu o dílo pak zadavatel uzavřel dne 6. 10. 2011, tedy až po více než 6 měsících. Z podkladů doručených Úřadu nevyplývá žádný objektivní důvod, pro který muselo dojít k takové časové prodlevě. Přestože zadavatel argumentuje finančními důvody, tato skutečnost nebyla prokázána, a proto nelze dojít k jinému závěru, než že tento časový odstup zapříčinil zadavatel sám, přičemž další jiná omezení plynoucí z vnitřní zadatelovi rozhodovací organizační struktury taktéž nemohou obstát jako důvod pro použití JŘBU. Z výše uvedeného důvodu proto nelze přisvědčit zadatelově argumentaci, že situace, ve které se ocitl při zadávání předmětné veřejné zakázky, byla nepředvídatelná.
38. Na základě uvedených závěrů Úřad konstatuje, že v šetřeném případě nebyly naplněny podmínky pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění ve smyslu § 23 odst. 4 písm. b) zákona, neboť zadavatel mohl v rámci své činnosti a kompetence nutnost opravy komunikace předvídat, resp. z časových údajů vyplývá, že pro zadání veřejné zakázky v jiném druhu zadávacího řízení byl objektivně dostatečný časový prostor, přičemž zadavatel neprokázal, že by důvodem pro použití JŘBU mohly být důvody finanční či oprávněné důvody jiné.
39. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 21 odst. 2 zákona tím, že veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly naplněny podmínky stanovené v § 23 odst. 4 písm. b) zákona. Výše uvedený postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky plnění, přičemž zadavatel již uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Uložení sankce

40. Podle ust. § 120 odst. 1 zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku,
 - b) nesplní povinnost uveřejnění stanovenou tímto zákonem, nebo ji splní v rozporu s § 146 nebo 147,
 - c) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku bez uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení podle § 146 odst. 1, ačkoli je podle tohoto zákona povinen toto oznámení uveřejnit,
 - d) uzavře smlouvu na veřejnou zakázku v rozporu s § 82 odst. 1, § 110 odst. 6 nebo § 111 odst. 5 anebo v rozporu s předběžným opatřením dle § 117 odst. 1,
 - e) zruší zadávací řízení v rozporu s § 84,
 - f) nepořídí nebo neuchová dokumentaci podle § 109 nebo 155, nebo
 - g) odmítne námitky v rozporu s § 110 anebo postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 111.
41. Zadavatel se dopustil správního deliktu tím, že porušil ust. § 21 odst. 2 v návaznosti na porušení ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, když předmětnou veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž k tomu byly splněny zákonem stanovené podmínky. Porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, jelikož zadavatelem zvolený postup pro zadání veřejné zakázky v jednacím řízení bez uveřejnění zamezil v účasti jiných dodavatelů, přičemž v případě jejich účasti mohl zadavatel obdržet jiné vhodnější nabídky.
42. Jelikož zadavatel uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na základě zadávacího procesu, při němž nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
43. Podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky, nebo do 10 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).
44. Cena veřejné zakázky „Sil. I/48 Chotěbuz“, na jejíž plnění byla dne 29. 9. 2011 zadavatelem uzavřena smlouva, a při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle uzavřené smlouvy 76 220 753,- Kč bez DPH. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku ve výši 3 811 038,- Kč.
45. Podle ust. § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
46. Před uložením pokuty Úřad tedy ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v ust. § 121 odst. 3 zákona k uložení pokuty. V daném případě došlo ke spáchání správního deliktu uzavřením výše uvedené smlouvy dne 6. 10. 2011 a správní řízení bylo zahájeno dne 19. 4. 2013, z čehož je zřejmé, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
47. Podle ust. § 121 odst. 2 zákona Úřad při určení výměry pokuty zadavateli přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán. Byl-li uložen zákaz plnění smlouvy podle § 118 odst. 2, přihlédne se rovněž k tomu, v jakém rozsahu bylo již ze smlouvy plněno.

48. Z hlediska přiměřenosti sankce vzal Úřad v úvahu následující skutečnosti.
49. Z hlediska stupně závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu celkový kontext šetřeného případu. Zadavatel tím, že předmětnou veřejnou zakázku neoprávněně zadával v jednacím řízení bez uveřejnění, zamezil v účasti potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení a omezil tak soutěžní prostředí. Ve vztahu k závažnosti spáchaného správního deliktu tak nelze než uvést, že se v šetřeném případě jedná o delikt závažný, neboť postupem zadavatele došlo k eliminaci základního účelu procesu zadávání veřejné zakázky, kterým je zajištění spravedlivé soutěže v souladu se základními principy zadávání vyplývajícími z ust. § 6 zákona. Pochybením zadavatele došlo k významnému omezení konkurenčního prostředí v daném zadávacím řízení, přičemž následkem tohoto postupu byla skutečnost, že vybraný uchazeč nebyl vystaven plné konkurenci a tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, v čehož důsledku mohlo dojít k ne hospodárnému využití veřejných prostředků.
50. Úřad vzal také v potaz skutečnost, že zadavatel vyzval k účasti v zadávacím řízení tři uchazeče, čímž zachoval alespoň určitou míru soutěže. Tuto skutečnost Úřad posoudil jako polehčující okolnost a přihlédl k ní i při stanovení výše pokuty.
51. Při posuzování výše uložené pokuty vycházel Úřad z premisy, že pokuta uložená zadavateli za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem, a funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
52. Úřad dodává, že v šetřeném případě nelze vzhledem k následkům správního deliktu a nutnosti naplnění sankčních účinků minimalizovat výši sankčního postihu, a tím bagatelizovat následky spáchání tohoto správního deliktu, neboť uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
53. Úřad po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů zohlednil nejen preventivní, ale i represivní charakter uložení sankce a uložil pokutu ve výši 500 000,- Kč tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Vzhledem k výši horní hranice zákonné sazby, podle které mohl Úřad uložit pokutu až 3 811 038,- Kč, Úřad posoudil stanovenou výši pokuty za dostačující a naplňující současně preventivní i represivní charakter uložení sankce.
54. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť již došlo k uzavření smlouvy na plnění předmětné části veřejné zakázky, a nápravy již nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
55. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu v Brně zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské

soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Ředitelství silnic a dálnic ČR, státní příspěvková organizace, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne:

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