



UOHSX005VZMB

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S40/2014/VZ-11829/2014/524/MLi

Brno 4. června 2014

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 23. 1. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je:

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) cit. zákona zadavatelem – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – při zadávání veřejné zakázky „R1 SOKP 513 Vestec – Lahovice – JŘBU na dodatečné práce tunelu SO 602“ zadávané formou jednacího řízení bez uveřejnění, zahájeného na základě výzvy k podání nabídky, která byla zájemci – Sdružení Vestec – Lahovice, jehož účastníky jsou Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, Alpine Mayreder Bau GmbH, Alpine Mayreder stavební společnost s ručením omezeným – organizační složka, IČO 49963139, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 01 Valašské Meziříčí a Skanska BS a.s., IČO 48551236, se sídlem Perucká 2483/9, 121 44 Praha 2 – odeslána dne 15. 6. 2012,

rozhodl takto:

Správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kterého se měl zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 – dopustit tím, že nepostupoval v souladu s ust. § 21 odst. 2 cit. zákona, když pro zadání veřejné

zakázky „R1 SOKP 513 Vestec – Lahovice – JŘBU na dodatečné práce tunelu SO 602“ zadávané formou jednacího řízení bez uveřejnění, zahájeného na základě výzvy k podání nabídky, která byla zájemci – Sdružení Vestec – Lahovice, jehož účastníky jsou Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, Alpine Mayreder Bau GmbH, Alpine Mayreder stavební společnost s ručením omezeným – organizační složka, IČO 49963139, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 01 Valašské Meziříčí a Skanska BS a.s., IČO 48551236, se sídlem Perucká 2483/9, 121 44 Praha 2 – odeslána dne 15. 6. 2012, použil jednací řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 7 písm. a) cit. zákona, aniž by naplnil podmínku potřeby dodatečných prací v důsledku objektivně nepředvídaných okolností, se podle ust. § 117a písm. d) cit. zákona **zastavuje**, neboť v řízení nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle ust. § 120 cit. zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – ve věci veřejné zakázky „R1 SOKP 513 Vestec – Lahovice – JŘBU na dodatečné práce tunelu SO 602“ zadávané formou jednacího řízení bez uveřejnění, zahájeného na základě výzvy k podání nabídky, která byla zájemci – Sdružení Vestec – Lahovice, jehož účastníky jsou Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4, Alpine Mayreder Bau GmbH, Alpine Mayreder stavební společnost s ručením omezeným – organizační složka, IČO 49963139, se sídlem Jiráskova 613/13, 757 01 Valašské Meziříčí a Skanska BS a.s., IČO 48551236, se sídlem Perucká 2483/9, 121 44 Praha 2 (dále jen „zájemce“) – odeslána dne 15. 6. 2012 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou a vyjádření k podnětu. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.
3. Předmět veřejné zakázky vymezil zadavatel ve výzvě k podání konečné nabídky ze dne 15. 6. 2012 jako stavební práce spočívající v provedení dodatečných prací na stavbě SO 602 Ražený dvoupruhový tunel, které nebyly předvídané v zadávací dokumentaci původní stavby Silniční okruh kolem Prahy stavba 513 Vestec – Lahovice.
4. Podle protokolu o otevírání obálky s nabídkou byla zadavateli doručena jediná nabídka od zájemce. Nabídka obsahovala všechny náležitosti požadované zákonem i zadavatelem, nabídková cena byla ve výši 485 654 686,54 Kč.
5. Dne 19. 11. 2012 byl mezi zadavatelem a zájemcem uzavřen dodatek č. 2 k souhrnu smluvních dohod na původní veřejnou zakázku ze dne 14. 2. 2006. V bodu 1. 1 dodatku č. 2 je vymezen předmět dodatku jako „*další Zhotovitelem oceněné položky odpovídající dodatečným pracím zadaným na základě JŘBU..., jejichž soupis s výkazem výměr tvoří přílohu č. 1 tohoto Dodatku č. 2.*“ V bodu 1.2 dodatku č. 2 byla souhrnná cena za dodatečné práce vyčíslena na 485 654 686,54 Kč bez DPH.

6. Po přezkoumání obsahu podnětu a dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnost, zda zadavatel naplnil podmínku potřeby dodatečných prací v důsledku objektivně nepředvídaných okolností, a zda tedy postupoval v souladu s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, když zadal dodatečné stavební práce na objektu v jednacím řízení bez uveřejnění.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
8. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S40/2014/VZ-1097/2014/524/MLi ze dne 23. 1. 2014. Dne 28. 1. 2014 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S40/2014/VZ-1812/2014/524/MLi stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a lhůtu, ve které byl oprávněn vyjádřit v řízení své stanovisko. Na základě žádosti zadavatele ze dne 10. 2. 2014. Úřad tuto lhůtu usnesením č. j. ÚOHS-S40/2014/VZ-3156/2014/524/MLi dne 12. 2. 2014 prodloužil. Na základě žádosti zadavatele ze dne 19. 2. 2014 Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S40/2014/VZ-3796/2014/524/MLi dne 20. 2. 2014 prodloužil uvedenou lhůtu opakovaně.
9. Usnesením č. j. ÚOHS-S40/2014/VZ-4593/2014/524/MLi ze dne 3. 3. 2014 stanovil Úřad zadavateli lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.
10. Usnesením č. j. ÚOHS-S40/2014/VZ-9739/2014/524/MLi ze dne 12. 5. 2014 si Úřad vyžádal od zadavatele listiny vztahující se k průběhu stavebních prací, které byly předmětem veřejné zakázky.

Stanovisko zadavatele

11. Dne 26. 2. 2014 bylo Úřadu doručeno stanovisko zadavatele. Zadavatel uvedl, že zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku byla zpracována v březnu roku 2005 a o stavební povolení bylo požádáno dne 11. 2. 2005. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky pro původní veřejnou zakázku bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 30. 12. 2005 a následně byla podepsána smlouva dne 14. 2. 2006. Zadavatel jako nepředvídané skutečnosti označil směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/54/ES, která v důsledku katastrofálních požárů v alpských tunelech stanovila minimální bezpečnostní požadavky na tunely transevropské silniční sítě. Česká republika následně v roce 2006 přijala zákon, který tuto směrnici reflektoval (s platností od 1. 1. 2007) a byla novelizována závazná norma ČSN 73 75 07 pro projektování tunelů pozemních komunikací, nicméně až k lednu 2006, kdy již rok probíhalo stavební řízení realizované v rámci původní veřejné zakázky.
12. Dále zadavatel dle svých slov nemohl předvídat nárůst intenzity dopravy v důsledku vstupu České republiky do Evropské unie. Dopravní intenzita přitom zásadně ovlivňuje vyhodnocení bezpečnosti tunelu.
13. V důsledku uvedených skutečností nechal zadavatel posoudit v roce 2006 bezpečnost tunelu ve třech studiích, přičemž ze všech vyplynul požadavek na rozšíření původního tunelu o 75 cm mezi obrubníky. Vzhledem k výše uvedenému zadavatel soudí, že podmínka objektivně nepředvídaných okolností byla v řízení naplněna, stejně jako podmínka, že dodatečné práce musí být nezbytné pro provedení původních stavebních prací a nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by to způsobilo závažnou újmu zadavateli.

14. Naplněna byla také podmínka procentuálního rozsahu dodatečných prací k původní veřejné zakázce, neboť, jak zadavatel uvádí, dodatečné práce byly zadány ve výši 10,74% hodnoty původní veřejné zakázky. Zadavatel dále uvedl, že nebylo možné, aby veřejnou zakázku provedl jiný zhotovitel než ten, který prováděl původní veřejnou zakázku. Vzhledem k návaznosti tunelu na další prvky silničního okruhu také bylo nutné zprovoznit původní objekt ve stanoveném termínu. Zadavatel proto změnil svým rozhodnutím ze dne 23. 5. 2007 šířku tunelu, jehož výstavba byla předmětem původní veřejné zakázky „SOKP 513 Vestec – Lahovice“, což si vyžádalo i změnu projektové dokumentace. Následně bylo 7. 9. 2007 odesláním výzvy zájemci zahájeno první ze tří jednací řízení bez uveřejnění, které tuto změnu mělo reflektovat. K podpisu smlouvy však nedošlo, proto bylo výzvou ze dne 3. 5. 2010 zahájeno druhé jednací řízení bez uveřejnění. Z důvodu odvolání generálního ředitele zadavatele však k podpisu smlouvy opět nedošlo a následně bylo dne 15. 6. 2012 odesláním výzvy zájemci zahájeno třetí jednací řízení bez uveřejnění, které bylo ukončeno podpisem dodatků č. 2 a 3 k Souhrnu smluvních dohod dne 19. 11. 2012 a závěrečné Dohody o konečném vypořádání dne 20. 11. 2012. Jednací řízení bez uveřejnění na veřejnou zakázku tedy bylo vypsané až po faktickém ukončení stavebních prací.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

15. Úřad přezkoumal na základě ustanovení § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele a na základě vlastního zjištění dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v souladu s ust. § 21 ve spojení s ust. § 23 odst. 7 písm. a) zákona, když zadal dodatečné stavební práce na objektu v jednacím řízení bez uveřejnění, neboť naplnil podmínku potřeby dodatečných prací v důsledku objektivně nepředvídaných okolností i všechny ostatní podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 zákona.
16. Podle ust. § 21 odst. 1 zákona upravuje zákon následující druhy zadávacích řízení:
- a. otevřené řízení (§ 27),
 - b. užší řízení (§ 28),
 - c. jednací řízení s uveřejněním (§ 29),
 - d. jednací řízení bez uveřejnění (§ 34),
 - e. soutěžní dialog (§ 35),
 - f. zjednodušené podlimitní řízení (§ 38).
17. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona může zadavatel pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení a za podmínek stanovených v § 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. 7 písm. a) zákona může zadavatel v jednacím řízení bez uveřejnění zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby rovněž v případě, jestliže jde o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nebyly obsaženy v původních zadávacích podmínkách, jejich potřeba vznikla v důsledku objektivně nepředvídaných okolností a tyto dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby jsou

nezbytné pro provedení původních stavebních prací nebo pro poskytnutí původních služeb, a to za předpokladu, že

1. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby budou zadány témuž dodavateli,
 2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, pokud by toto oddělení způsobilo závažnou újmu zadavateli, nebo ačkoliv je toto oddělení technicky či ekonomicky možné, jsou dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky, a
 3. v případě veřejného zadavatele celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky.
19. Dle tvrzení zadavatele v jeho vyjádření ze dne 25. 2. 2014 byla zadávací dokumentace na původní veřejnou zakázku „SOKP 513 Vestec – Lahovice“ zpracována v březnu roku 2005. O měsíc dříve, dne 11. 2. 2005, požádal zadavatel o vydání stavebního povolení. Dne 30. 12. 2005 vybrala hodnotící komise nejvhodnější nabídku a následně byl dne 14. 2. 2006 podepsán souhrn smluvních dohod. Stavební povolení na původní veřejnou zakázku, jejímž předmětem byla mimo jiné výstavba pravého raženého dvoukruhového tunelu SO 602, nabylo právní moci dne 30. 8. 2006.
20. Dne 1. 1. 2007 nabyl účinnosti zákon č. 80/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, který v části první, čl. II, stanoví, že „[k]aždý tunel nad 500 m, který bude schválen a provozován po nabytí účinnosti tohoto zákona, musí kromě požadavků stanovených zvláštními právními předpisy splňovat bezpečnostní požadavky stanovené prováděcím právním předpisem.“ K lednu 2006 byla také dle slov zadavatele novelizována technická norma ČSN 73 75 07, která upravovala projektování tunelů pozemních komunikací. Následně bylo dne 20. 7. 2009 vydáno Nařízení vlády č. 264/2009 Sb., o bezpečnostních požadavcích na tunely pozemních komunikací delší než 500 metrů, které zapracovalo Směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/54/ES ze dne 29. dubna 2004 o minimálních bezpečnostních požadavcích na tunely transevropské silniční sítě (podle protokolu o předání a převzetí dokončených staveb nebo jejich ucelených částí dle zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a navazujících předpisů pro stavbu „Silniční okruh kolem Prahy stavba 513 – Vestec – Lahovice“ ze dne 8. 6. 2010 byla délka tunelu 1 678,67 m – uvedené normy se na něj proto vztahovaly).
21. Ve svém vyjádření ze dne 25. 2. 2014 zadavatel uvedl, že si „v zájmu jistoty, že zadaný tunel odpovídá bezpečnostním požadavkům Směrnice, resp. české legislativy, nechalo ŘSD ČR posoudit původní technické řešení dle DSP v následujících studiích:
- *Bezpečnostní dokumentace tunelu (Pragoprojekt 12/2006).*
 - *Studie bezpečnosti a analýza rizik (CityPlan 12/2006).*
 - *Operativně-taktická studie (VŠB TU Ostrava FBI 10/2006).“*
22. První dvě výše uvedené studie výslovně doporučily rozšíření tunelu z důvodu bezpečnosti, Operativně-taktická studie obsahuje výtky z hlediska bezpečnosti při požáru a řešení jiných mimořádných událostí.

23. V bodu 8.5.1 Závěry z kvalifikace rizik dokumentu Studie bezpečnosti a analýza rizik, zpracovaného v prosinci roku 2006 společností CityPlan, autoři uvedli následující: „*Vzhledem k vypočteným četnostem vzniku mimořádných událostí a k provedené analýze šířkového uspořádání doporučujeme změnu příčného řezu tunelu v klesající tunelové troubě na 9,75m se dvěma jízdními pruhy 3,75 m a nouzovým pruhem 1,5 m.*“
24. Také v dokumentu Bezpečnostní dokumentace tunelu, zpracovaném společností Pragoprojekt v prosinci roku 2006 je v bodu 5.5.1. Závěry z kvalifikace rizik ke stavebnímu řešení tunelu uvedeno: „*Vzhledem k vypočteným četnostem vzniku mimořádných událostí a k provedené analýze šířkového uspořádání doporučujeme změnu příčného řezu tunelu v PTT na 9,75 m se dvěma jízdními pruhy 3,75 m a nouzovým pruhem 1,5 m. Toto uspořádání má význam především při obousměrném provozu a umožňuje také nouzově provozovat tunel jako jednosměrný třípruh, což původní návrh neumožňoval.*“
25. Zadavatel se proto na základě uvedených doporučení rozhodl pro rozšíření příčného řezu tunelu o 75 cm, jak vyplývá ze schválení změny tunelu Komořany, navrženého Ing. Petrem Kuralem a schváleném Ing. Alfredem Brunclíkem, tehdejší generálním ředitelem zadavatele ze dne 25. 4. 2007, ze záznamu jednání ve věci rozšíření příčného průřezu tunelů SOKP 513 Vestec – Lahovice ze dne 4. 5. 2007 (v záznamu je jako zjevný překlep uvedeno datum 4. 5. 2006) a z interního sdělení č. 6605/07/21013-Sel ze dne 9. 5. 2007. Jako podklad pro změnu během výstavby byla u společnosti PRAGOPROJEKT, a.s., objednána příslušná dokumentace. Z vyjádření zadavatele ze dne 14. 5. 2014 vyplývá, že došlo k přepracování původní projektové dokumentace tak, aby reflektovala rozšíření tunelu.
26. Dne 8. 9. 2008 vyzval zadavatel zájemce k předložení nabídky na mj. rozšíření tunelu SO 602. Dne 26. 9. 2008 proběhlo jednání hodnotící komise, jehož závěrem bylo doporučení generálnímu řediteli zadavatele, aby změnu stavby v uvedených doporučených cenách schválil. Ke schválení ani podpisu smlouvy však nedošlo, důvodem podle vyjádření zadavatele bylo, že „*Dokumentace programu 227 270 Výstavba SO kolem hlavního města Prahy, část jihozápadní (jehož součástí je i stavba SOKP 513) – I. změna, schválená vládou usnesením č. 73 ze dne 23. ledna 2008 (pouhé zpracování nových finančních zdrojů – fondu soudržnosti pro stavbu SOKP 514 a OPD pro stavbu 513) neobsahovala navýšení rámce ceny z titulu rozšíření tunelu*“. K uskutečnění jednacího řízení bez uveřejnění nemohlo dojít ani v průběhu roku 2009, neboť „*dokumentace programu – Změna II., která již obsahovala mj. i cenový dopad rozšíření tunelu, byla připravována a projednávána s MD a MF v průběhu celého roku 2009, na přelomu let 2009/2010 byla připravena v čistopisu, po doporučení MD a MF byla v únoru 2010 předložena ministerstvem dopravy ke schválení vládě, což se stalo usnesením č. 511 ze dne 28. června 2010.*“
27. Zadavatel se proto rozhodl pro zahájení dalšího jednacího řízení bez uveřejnění až na začátku roku 2010, interní požadavek na jeho zajištění byl vyhotoven 24. 2. 2010. Podle vyjádření zadavatele však z důvodu odvolání tehdejšího generálního ředitele zadavatele v srpnu roku 2010 k dokončení zadávacího řízení opět nedošlo.
28. Podle souhrnu smluvních dohod ze dne 14. 2. 2006 měly být stavební práce započaty během roku 2006 a dokončeny do 42 měsíců od zahájení prací (předpokládaný konec prací v roce 2009). Podle dodatku č. 1 k souhrnu smluvních dohod, který byl uzavřen dne 2. 12. 2009, bod I. předmět dodatku, si zadavatel a dodavatel ujednali změnu termínu ukončení realizace

díla tak, že dodavatel (zhotovitel) „požádá o vydání Protokolu o převzetí prací podle článku 10.1 ... nejpozději do 30. 4. 2010.“ Tato změna termínu byla způsobena také tím, že zadavatel „z objektivních důvodů“ nepředal dodavateli staveniště v plném rozsahu podle smlouvy o dílo. Podle protokolu o předání a převzetí dokončených staveb nebo jejich ucelených částí dle zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, a navazujících předpisů pro stavbu „Silniční okruh kolem Prahy stavba 513 – Vestec – Lahovice“ bylo přijímací řízení zahájeno dne 8. 6. 2010 a ukončeno téhož dne. Předávaným objektem byl mimo jiné SO 602 – Pravý ražený tunel dvoukruhový-PTT (a další objekty podle dalších protokolů o předání).

29. Dne 19. 11. 2012 byl uzavřen dodatek č. 2 k souhrnu smluvních dohod, jehož předmětem byly dodatečné práce na tunelu SO 602 v hodnotě 485 654 868,54 Kč bez DPH.
30. Podle zadavatele byly naplněny všechny zákonné podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění. Úřad nerozporuje tvrzení zadavatele, že provedení dodatečných prací je nezbytné pro provedení původních stavebních prací, ani tvrzení, že dodatečné stavební práce nemohly být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní veřejné zakázky, aniž by tím zadavateli byla způsobena závažná újma. Úřad nepolemizuje ani s tvrzením zadavatele, že nebyla překročena hranice 20 % hodnoty původní veřejné zakázky, neboť tato byla vyčíslena na 5 917 262 065,- Kč s DPH, přičemž hodnota dodatečných prací činí 582 785 623,484 Kč s DPH, tedy necelých 10%.
31. Ve správním řízení bylo přezkoumáváno, zda zadavatel naplnil podmínku vzniku potřeby dodatečných prací v podobě rozšíření tunelu v důsledku objektivně nepředvídaných okolností.
32. Obecně k zadávání veřejných zakázek v jednacím řízení bez uveřejnění Úřad konstatuje, že by k němu mělo být přistoupeno pouze v případě, že zakázku nelze zadat v jiném druhu zadávacího řízení. Již v rozhodnutí Evropského soudního dvora ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 soud konstatoval, že ustanovení směrnice o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. května 1995, Komise v. Itálie, C-57/94, Recueil, s. I-1249, bod 23, a ze dne 28. března 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13).*“
33. Z této premisy vychází i tuzemská judikatura, např. v rozhodnutí Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 48/2012 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ,otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ... Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii). Přestože se v této věci Soudní dvůr nevyjadřoval ke stavu skutkově totožnému, jaký je ve věci právě posuzované, plyne z něj, že ustanovení (směrnic), která umožňují výjimky z pravidel zadávání veřejných zakázek (a za takovou výjimku v dané věci Soudní dvůr považoval právě ,odklon‘ od přísnějšího postupu formou jednání bez uveřejnění), musí být vykládána restriktivně, přitom důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících aplikaci výjimky nese ten, kdo se jich dovolává (tj. zadavatel).*“

Nadto i tuzemská rozhodovací praxe v případech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění akcentuje potřebu jejich restriktivního výkladu. I Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 28. 11. 2012 ve věci 1 Afs 23/2012 z tohoto pojetí vycházel, když konstatoval, že z druhů zadávacích řízení, které upravuje § 21 ZVZ, je jednací řízení bez uveřejnění, v porovnání s ostatními postupy, bezesporu postupem nejméně formalizovaným a nejméně kontrolovatelným (jedním z důvodů je např. skutečnost, že zadavatel v rámci tohoto postupu přímo oslovuje konkrétního zájemce bez jakkoliv formalizovaného výběru; dále je zadavatel oprávněn dohodnout s vyzvanými zájemci i jiné podmínky plnění veřejné zakázky, než které byly uvedeny ve výzvě k jednání či v zadávací dokumentaci apod.). I z takto podaného východiska je tedy důvodu vycházet. Toto východisko, které se stalo základem úvah žalovaného [Úřad], ostatně ani žalobce žádnou konkrétní argumentací nezpochybňuje. Potřebou restriktivního výkladu podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění není tedy třeba se dále podrobněji zabývat; toto obecné východisko žalovaného je oprávněné“ (rozhodnutí bylo vydáno až po zadání veřejné zakázky, obsahuje však obecně platné závěry, které lze aplikovat i na daný případ).

34. Z výše uvedeného vyplývá, že je zcela na zadavateli, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zadávání veřejné zakázky jedinou možnou variantou, a že předmět takto zadané zakázky nemohl být zadán v jiném druhu zadávacího řízení, které je oproti jednacímu řízení bez uveřejnění z podstaty transparentnější.
35. Podle zadavatele byla závazná norma ČSN 73 75 07 pro projektování tunelů pozemních komunikací novelizována k lednu 2006, tedy „v době, kdy probíhalo již téměř rok stavební řízení a kdy byly vyhodnoceny přijaté nabídky ve veřejné soutěži a odesláno Oznámení o výběru nejhodnější nabídky.“
36. Změna legislativy může být obecně považována za objektivně nepředvídanou okolnost. V tomto případě došlo ke změně zákona o pozemních komunikacích¹ a jiných právních předpisů, resp. k nabytí jejich účinnosti ve chvíli, kdy již byl podepsán souhrn smluvních dohod na původní veřejnou zakázku, jejíž součástí byla i výstavba tunelu SO 602, ovšem tehdy ještě v původní šíři. Zadavatel musel upravit šíři tunelu jak z důvodu zvýšení bezpečnosti (jak mu doporučily zpracované bezpečnostní studie), tak z důvodu zajištění souladu v budoucnu dokončeného tunelu s právními předpisy České republiky a Evropské unie. Lze tedy konstatovat, že podmínku objektivně nepředvídaných okolností pro možnost použití jednacího řízení bez uveřejnění tedy zadavatel naplnil.
37. Nad rámec výše uvedeného však Úřad dodává, že postup zadavatele by bylo možné považovat za přinejmenším netransparentní, neboť rozšíření tunelu fakticky prováděl již při realizaci stavebních prací v rámci původní veřejné zakázky, nicméně právní řešení této situace, tedy dokončení jednacího řízení bez uveřejnění na rozšíření tunelu SO 602, provedl až v roce 2012. Výzva ze dne 15. 6. 2012 byla dle zadavatele „závěrečným aktem administrace víceprací“, které však již byly fakticky dva roky ukončené. Transparentnost zadávacího řízení je přitom jednou ze základních zásad, které jsou zakotvené v ust. § 6 odst. 1 zákona, na jejichž dodržování by zadavatel měl dbát bez výjimky.

¹ Zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, který byl změněn zákonem č. 80/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony.

38. Podle rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010 může být zásada transparentnosti „*porušena tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu sledovány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*“ Tamtéž Nejvyšší správní soud uvádí, že k porušení zásady transparentnosti může dojít „*nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.*“ Zahájení jednacího řízení bez uveřejnění dva roky po faktickém ukončení stavebních prací, které měly být jeho předmětem, se jeví jako postup minimálně nestandardní, který může vzbuzovat určité pochybnosti o dodržení zásady transparentnosti.
39. Zároveň však Úřad uvádí, že k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona musí být prokázáno, že postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. V případě rozšíření tunelu si lze jen těžko představit, že by takové vícepráce prováděl jiný dodavatel než ten, který prováděl výstavbu původního tunelu, tudíž vliv na výběr nejvhodnější nabídky v tomto případě Úřad nedovodil.
40. Vzhledem k tomu, že nebyla naplněna skutková podstata správního deliktu, neboť nebylo prokázáno, že postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, rozhodl Úřad o zastavení správního řízení tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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, tř. Kpt. Jaroše 7, 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, Na Pankráci 546/56, 145 05 Praha 4

Vypraveno dne

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