



UOHSX008A0ZH

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0128/2016/VZ-16312/2016/523/MKv

Brno: 18. dubna 2016

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 3. 3. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Zařízení služeb pro Ministerstvo vnitra, s. p. o., IČO 67779999, se sídlem Přípotoční 300/12, 101 01 Praha 10,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky „**Zabezpečení bouracích prací objektu garáží v areálu Automobilových oprav Veleslavín, Praha 6, ul. José Martího č. p. 385**“ v jednacím řízení bez uveřejnění, na jejíž předmět plnění uzavřel dne 22. 10. 2013 zadavatel smlouvu se společností PRAGOTRADE spol. s r. o., IČO 16189612, t. č. se sídlem Maršála Rybalka 379, 273 08 Pchery,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Zařízení služeb pro Ministerstvo vnitra, s. p. o., IČO 67779999, se sídlem Přípotoční 300/12, 101 01 Praha 10 – **se dopustil správního deliktu** podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že při zadávání veřejné zakázky „**Zabezpečení bouracích prací objektu garáží v areálu Automobilových oprav Veleslavín, Praha 6, ul. José Martího č. p. 385**“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě nedatované výzvy k jednání č. j. ZSM-43/OCN-2013, nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 cit. zákona, když pro použití jednacím řízení bez uveřejnění nebyly dány podmínky uvedené v ust.

§ 23 odst. 4 písm. b) cit. zákona, podle kterého může být veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže je veřejnou zakázku 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, a na které zadavatel odkazoval ve výzvě k jednání, ačkoli již na základě vyjádření statika ke stavu nosných konstrukcí Ing. Emila Wichse vypracovaného v září roku 2012 byl obeznámen s velmi špatným stavem objektu, a mohl proto potřebu zbourání objektu předvídat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dne 22. 10. 2013 uzavřel smlouvu na cit. veřejnou zakázku s vybraným uchazečem – společností PRAGOTRADE spol. s r. o., IČO 16189612, t. č. se sídlem Maršála Rybalka 379, 273 08 Pchery.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Zařízení služeb pro Ministerstvo vnitra, s. p. o., IČO 67779999, se sídlem Přípotoční 300/12, 101 01 Praha 10 – podle ust. § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ukládá

pokuta ve výši 800 000,- Kč (osm set tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ A POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Zařízení služeb pro Ministerstvo vnitra, s. p. o., IČO 67779999, se sídlem Přípotoční 300/12, 101 01 Praha 10 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), na základě nedatované výzvy k jednání č. j. ZSM-43/OCN-2013 jednacím řízením bez uveřejnění za účelem zadání veřejné zakázky „Zabezpečení bouracích prací objektu garáží v areálu Automobilových opravů Veleslavín, Praha 6, ul. José Martího č. p. 385“, na jejíž předmět plnění uzavřel dne 22. 10. 2013 smlouvu se společností PRAGOTRADE spol. s r. o., IČO 16189612, t. č. se sídlem Maršála Rybalka 379, 273 08 Pchery (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Předmětem veřejné zakázky („předmětem jednání“) bylo podle výzvy předložení systémového řešení demolice a rozsahu etap díla a vyjádření k podmínkám plnění.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena ve výši 40 000 000 Kč bez DPH.
4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 22. 10. 2013 vyplývá, že zadavatel obdržel jednu nabídku uchazeče PRAGOTRADE spol. s r. o., IČO 16189612, t. č. se sídlem Maršála Rybalka 379, 273 08 Pchery (dále jen „vybraný uchazeč“), kterou následně rozhodnutím rovněž ze dne 22. 10. 2013 vybral jako nejvhodnější.
5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad postupy zadavatelů při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky. V rámci šetření podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele vyjádření k podnětu a dokumentaci o předmětné veřejné zakázce.

6. Po přezkoumání obsahu podnětu a dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnost, zda zadavatel naplnil podmínky pro použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedené v ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, na které v nedatované výzvě k jednání odkázal, a podle kterých může být veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, 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, a zda se tedy nedopustil správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona, když dne 22. 10. 2013 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Z uvedených důvodů zahájil Úřad správní řízení z moci úřední.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli přípisem č. j. ÚOHS-S0128/2016/VZ-08389/2016/523/MKv ze dne 3. 3. 2016. Dne 3. 3. 2016, kdy bylo zadavateli doručeno oznámení o zahájení správního řízení, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení ve věci možného spáchání správního deliktu vedené pod sp. zn. S0128/2016/VZ.
8. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.
9. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0128/2016/VZ-08393/2016/523/MKv ze dne 3. 3. 2016 stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Dne 18. 3. 2016 stanovil Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0128/2016/VZ-11263/2016/523/MKv z téhož dne zadavateli lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.
10. Zadavatel se v průběhu správního řízení nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

11. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, přičemž po zhodnocení všech podkladů, zejm. obsahu dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění shledal, že se zadavatel dopustil správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky postupoval v rozporu se zákonem, k čemuž Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

12. Podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona je veřejným zadavatelem státní příspěvková organizace.
13. Zadavatel – Zařízení služeb pro Ministerstvo vnitra, s. p. o. – vznikl na základě Zřizovací listiny č. j. N-1337/97 ze dne 8. 12. 1997 podle § 31 zákona č. 576/1990 Sb., o pravidlech hospodaření s rozpočtovými prostředky České republiky a obcí v České republice (rozpočtová pravidla republiky), ve znění pozdějších předpisů, jako příspěvková organizace Ministerstva vnitra České republiky, z čehož vyplývá, že je státní příspěvkovou organizací, neboť Ministerstvo vnitra České republiky je organizační složkou státu podle ust. § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů. Zadavateli tedy v případě zadávání veřejné zakázky svědčí postavení

zadavatele veřejného, přičemž tato skutečnost současně ani není ve správním řízení nijak sporná.

K použití jednacího řízení bez uveřejnění

14. Podle ust. § 21 odst. 2 zákona zadavatel může 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.
15. Podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona může zadavatel zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž 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.
16. Zadavatel ve výzvě k jednání uvedl následující odůvodnění použití jednacího řízení bez uveřejnění podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona (k tomu dlužno poznamenat, že zadavatel ani v průběhu zadávání veřejné zakázky, ani v průběhu správního řízení neodkázal na žádnou jinou z podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění uvedených v § 23 zákona):

„Dle ustanovení § 23 odst. 4 písm. b) zákona se jedná o stavební zakázku, která je zadávána v krajně naléhavém případě za situace ohrožující lidské životy, zdraví obyvatelstva a hrozících škodách velkého rozsahu. Jedná se o okamžité zabezpečení bouracích prací čtyřpodlažního objektu s narušenou konstrukcí. Nosný systém objektu neobsahuje žádné prvky proti progresivnímu kolapsu, který hrozí při prudkých změnách teplot a velkém množství sněhu. Objekt je umístěn v areálu autoopraven a v těsném sousedství areálu se nachází přilehlá komunikace a sídlištní zástavba.“
17. 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 bylo konstatováno, 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).“*
18. Z této premisy se vyvinula i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 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“.

19. Z výše uvedeného vyplývá, že je zcela na zadavateli, aby doložil, že jednací řízení bez uveřejnění bylo v okamžiku zahájení 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. Dochází tak k výjimečné situaci, kdy je důkazní břemeno, jež v případě správních deliktů leží na správním orgánu, který musí zjistit stav věci tak, aby o něm nebyly důvodné pochybnosti, přeneseno na toho, kdo se dovolává zmíněné výjimky z použití otevřenějších zadávacích řízení, tedy na zadavatele. V případě jednacích řízení bez uveřejnění je to tedy právě zadavatel, kdo musí jednoznačně prokázat, že postupoval v souladu se zákonem.
20. Za klíčový považuje v posuzovaném případě Úřad rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 22/2014-28 ze dne 28. 1. 2016, ve kterém soud uvádí:

„Podle ust. § 23 odst. 4 písm. b) ZVZ zadavatel může zadat veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění rovněž 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. Jednacího řízení bez uveřejnění dle tohoto písmene je zadavatel oprávněn využít za současného splnění těchto předpokladů, které musí být propojeny příčinnou souvislostí:

- *musí se jednat o krajně naléhavý případ;*
- *tento krajně naléhavý případ zadavatel svým jednáním nezpůsobil;*
- *zadavatel tento krajně naléhavý případ nemohl předvídat;*
- *z časových důvodů není možné zadat veřejnou zakázku v jiném druhu zadávacího řízení.*

Zadavatel pak vždy musí být schopen prokázat, že objektivně došlo k současnému naplnění všech uvedených podmínek.

Předpokladem použití tohoto druhu jednacího řízení bez uveřejnění je tedy existence krajně naléhavého případu. Krajně naléhavým případem je pak třeba rozumět situace, které vykazují

značný stupeň intenzity, přičemž se bude jednat zejména o případy, kdy dochází k ohrožení lidského života, dochází k možnosti vzniku ekologických katastrof, havárií či hrozí závažné škody. Při výkladu pojmu naléhavost je pak třeba přihlédnout k tomu, zdali zadavatel měl či neměl možnost se na takový stav připravit. Pokud tato možnost byla u zadavatele dána, nelze o naléhavosti v uvedeném smyslu hovořit.

Dalším předpokladem je, že zadavatel tento krajně naléhavý případ svým jednáním nezpůsobil. Nesmí tedy na straně zadavatele předcházet konání či opomenutí, které by zapříčinilo vznik tohoto stavu, anebo které by vznik takového případu připravilo. Zadavatel tedy nemůže tohoto druhu jednacího řízení bez uveřejnění užít například tehdy, pokud má k dispozici finanční prostředky na pořízení určitého plnění, které však musí do určité doby vrátit, pokud nedojde k zadání veřejné zakázky a zadavatel pouze svým opomenutím zapříčinil, že toto plnění vzhledem k časové limitaci nemůže být zadáno prostřednictvím jiného zadávacího řízení.

Třetím předpokladem je, že zadavatel vznik krajně naléhavého stavu nemohl předvídat. Zákon tímto požadavkem po zadavateli požaduje objektivní nemožnost předvídat vznik takového krajně naléhavého případu.

Posledním předpokladem pro užití tohoto druhu jednacího řízení bez uveřejnění je, že z časových důvodů není možné veřejnou zakázku zadat v jiném druhu zadávacího řízení (tedy například v otevřeném či užším řízení). Tato podmínka ve valné většině případů vyplývá z krajní naléhavosti konkrétního případu. Je však vždy bez dalšího nutné zkoumat, zdali k zadání zakázky není možné využít jiného druhu zadávacího řízení, a to ani při využití všech možností krácení lhůt, jak jsou předvídaný v § 39 a násl. zákona, přičemž je nutné zkoumat i další okolnosti ovlivňující časový průběh zadávacího řízení (např. možnosti osobního doručování písemností apod.).“ Pro úplnost Úřad uvádí, že ačkoli bylo citované rozhodnutí soudu vydáno až po zahájení šetřeného zadávacího řízení, obsahuje obecně platné právní závěry a lze z něj proto vycházet i v souvislosti s šetřením předmětného zadávacího řízení.

21. V šetřeném případě nebyla předmětem pochybností Úřadu samotná existence krajně naléhavého případu, ani to, zda bylo možné zadat zadávací řízení v jiném druhu zadávacího řízení než v jednacím řízení bez uveřejnění (obojí posuzováno k okamžiku zahájení jednacího řízení bez uveřejnění), ale otázka, zda zadavatel krajně naléhavý stav svým konáním či opomenutím nezpůsobil a zda jej nemohl předvídat.
22. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že již v září roku 2012 měl zadavatel k dispozici vyjádření statika Ing. Emila Wichse, AI, ze společnosti EC McNEELY s.r.o., IČO 47121971, se sídlem Ohradní 1166/26, 140 00 Praha 4, vztahující se „ke stavu nosných konstrukcí administrativní budovy a patrových garáží v areálu ZS pro Ministerstvo vnitra, José Martího 11/385, Praha 6“, které sám objednal a které se týká mj. týchž garáží, jejichž zbourání bylo předmětem veřejné zakázky. V části 3. tohoto posouzení, týkající se objektu garáží (označeno jako objekt G), je uvedeno, že „[v] celém objektu jsou patrné stopy po zatékání. Stopy zatékání jsou viditelné na spodních lících desek (včetně drobných krápníků) a na podlaze a střeších aut... táhla mají místy zcela degradovanou krycí vrstvu a odhalená výztuž je silně zkorodovaná“. V části 4., která je závěrem vyjádření, je uvedeno, že „objekty A a G jsou ve velmi špatném stavu ... Vlivem deformací a špatné údržby do objektů zatékalo. Tím došlo ke korozi ocelových částí, svarů, které propojovaly různé prefabrikáty a ocelové konstrukce.“

Dále statik uvádí, že „[v]zhledem k výše uvedeným skutečnostem lze konstatovat, že tyto konstrukce nelze řádně rekonstruovat. Zesilování konstrukcí by znamenalo výrazné zmenšení světlých výšek a vlastně by vytvářelo novou konstrukci. Přitom by bylo velmi obtížné zaručit dostatečnou únosnost a stabilitu konstrukcí ve všech detailech včetně dodržení povolených deformací.“ Jako závěr svého posouzení statik uvedl následující: „Podle vizuální prohlídky a po prostudování dostupné dokumentace nosná konstrukce nehrozí bezprostředním kolapsem, je však třeba důrazně upozornit, že stav konstrukce se stále rychle zhoršuje a je proto třeba urychleně připravovat její odstranění a výstavbu nových budov. Lze předpokládat, že během tří až pěti let by mělo dojít k odstranění konstrukce.“

23. Součástí dokumentace o veřejné zakázce je také o necelý rok později zpracované „posouzení garáží Velešlavín, ul. José Martího 11, Praha 6“ – vyhodnocení geodetického měření a vyhodnocení monitoringu ze dne 28. 6. 2013, které vyhotovil Ing. Jiří Šmejkal, CSc. V posouzení je v bodu 3.4 (odhad životnosti objektu) uvedeno, že „[v] současné době je objekt na konci životnosti. Podle výše uvedeného rozboru je nanejvýš nutné ukončit užívání objektu, protože jeho stav se dá charakterizovat jako havarijní a bezprostředně ohrožuje životy lidí pohybujících se v objektu a jeho bezprostředním okolí.“ Posouzení dále obsahuje pokyny k pomalému vyklizení objektu, aby nedošlo k dalšímu, již neúnosnému zatížení, a řízené destrukci objektu. V návaznosti na závěry vycházející z posouzení zadavatel podle odůvodnění jednacího řízení bez uveřejnění ze dne 30. 9. 2013 „započal ... práce spojené s ukončením užívání objektu a zahájil neprodleně jeho postupné vyklízení s ohledem na nepřerušování poskytovaných služeb v oblasti autoopravenství a odtahové služby.“ Zadavatel rovněž informoval svého zřizovatele (Ministerstvo vnitra České republiky), který následně provedl kontrolní prohlídku stavby.
24. Podle dostupné dokumentace byla dne 4. 9. 2013 Stavebním úřadem Ministerstva vnitra ČR provedena na místě kontrolní prohlídka, na jejímž základě byla vydána výzva ke zjednání nápravy ze dne 20. 9. 2013. Prohlídkou byl zjištěn havarijní stav objektu, který ohrožuje život, zdraví a bezpečnost osob, pročež byla zadavateli uložena ke zjednání náprava spočívající ve vyklizení objektu (neprodleně), provedení nutných zabezpečovacích prací (neprodleně) a předložení dokumentace bouracích prací (do 31. 10. 2013).
25. Jak již bylo uvedeno výše, Úřad má předně pochybnost, zda zadavatel nemohl havarijní stav objektu předvídat. Otázkou také zůstává, zda se zadavatel sám svou nečinností na vzniku tohoto stavu nepodílel, neboť ve vyjádření statika ze září 2012 jsou popsány zjevné projevy špatné údržby objektu v podobě zatékání, které jsou patrné nejen na samotném objektu, ale i opravovaných automobilech, a masivní koroze, což jistě nemohlo zůstat bez povšimnutí zadavatele, neboť se jedná o dlouhodobý proces. Úřad nicméně dospěl k závěru, že k naplnění všech podmínek pro použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. b) zákona nedošlo zejména proto, že zadavatel mohl vznik havarijního stavu objektu předvídat. Opakovaně je třeba zdůraznit, že již od září roku 2012 měl zadavatel k dispozici vyjádření statika, ve kterém je jednoznačně uvedeno, že objekt nelze rekonstruovat, a že „stav konstrukce se stále rychle zhoršuje a je proto třeba urychleně připravovat její odstranění a výstavbu nových budov. Lze předpokládat, že během tří až pěti let by mělo dojít k odstranění konstrukce“. Zadavatel si tedy musel být mj. alespoň na základě uvedeného vědom, že je třeba urychleně začít připravovat odstranění objektu garáží, reagoval však, a to pouze zajištěním dalšího posudku, až v červnu roku 2013, což nelze označit za přípravu

provedenou „urychleně“. Jelikož zadavatel o velmi špatném stavu objektu věděl prokazatelně nejméně již od září roku 2012, nelze mít za to, že jeho následný havarijní stav, který bylo třeba urychleně odstranit, nemohl předvídat. Lze se domnívat, že pokud by zadavatel začal jednat již na základě cit. vyjádření statika, nebylo by nutné zadávat veřejnou zakázku později v jednacím řízení bez uveřejnění z důvodu havarijního stavu objektu a mohl by použít transparentnější druh zadávacího řízení. Zadavatel musí pro použití jednacím řízení bez uveřejnění naplnit všechny zákonem stanovené podmínky kumulativně, což se však v tomto případě nestalo, a zadavatel proto postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zákonem.

26. Dále se Úřad zabýval otázkou, zda výše uvedený postup zadavatele ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky. Zadavatel zadal veřejnou zakázku v nejméně otevřeném druhu zadávacího řízení, pro který neplatí zákonná povinnost uveřejnit jeho zahájení vůči neomezenému počtu potenciálních dodavatelů; zadavatel oslovuje pouze předem určeného dodavatele (či určené dodavatele). Pokud by tedy zadavatel použil jiný druh zadávacího řízení, mohl by obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří se mohli o veřejné zakázce dozvědět, než pouze od dodavatele, kterého sám oslovil, přičemž tito potenciální uchazeči o veřejnou zakázku mohli zadavateli nabídnout výhodnější podmínky pro realizaci veřejné zakázky, než za jakých byla realizována vybraným uchazečem (je to ostatně hospodářská soutěž, která byla postupem zadavatele takto narušena, jejímž prostřednictvím zákon dosahuje svého primárního účelu, a sice hospodárného vynakládání veřejných prostředků). Při použití tohoto druhu zadávacího řízení dochází rovněž k naprosté libovůli zadavatele v tom, které konkrétní dodavatele ohledně realizace veřejné zakázky osloví a proč. Reálně se tedy žádná „soutěž o získání veřejné zakázky“ v daném případě neuskutečnila, přičemž o možnosti získat veřejnou zakázku nemuseli mít dodavatelé dokonce ani žádné povědomí. Za této situace je dle názoru Úřadu vliv nezákonného postupu zadavatele na výběr nejhodnější nabídky založený na předpokladu jistě potenciálně v úvahu přicházejících nabídek, jež by mohly být nabídkami výhodnějšími, naprosto nezpochybnitelný.
27. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ust. § 21 odst. 2 zákona, když pro použití jednacím řízení bez uveřejnění nebyly dány podmínky uvedené v ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, podle kterého může být veřejná zakázka zadána v jednacím řízení bez uveřejnění, jestliže je veřejnou zakázku 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, a na které zadavatel odkazoval ve výzvě k jednání, ačkoli již na základě vyjádření statika ke stavu nosných konstrukcí Ing. Emila Wichse vypracovaného v září roku 2012 byl obeznámen s velmi špatným stavem objektu, a mohl proto potřebu zbourání objektu předvídat, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dne 22. 10. 2013 uzavřel smlouvu na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem.

K uložení sankce

28. Podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.

29. V šetřeném případě se zadavatel dopustil správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
30. Podle § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném v době spáchání správního deliktu) 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.
31. Podle ust. čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod (dále jen „Listina“) se trestnost činu posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Ústavní pravidlo zakotvené v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny zakládá výjimku z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, která se uplatní v případě, kdy je pozdější právní úprava pro pachatele příznivější. Tato výjimka se dle konstantní judikatury Nejvyššího správního soudu aplikuje rovněž v řízeních o sankci za správní delikty.
32. V tomto případě došlo před vydáním tohoto rozhodnutí s účinností ke dni 6. 3. 2015 ke změně ustanovení § 121 odst. 3 zákona, který nově uvádí, že *„odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán“*. Úřad proto v šetřeném případě aplikoval výjimku zakotvenou v ust. čl. 40 odst. 6 Listiny a posoudil případ podle pozdějšího zákona (zákona účinného v době vydání tohoto rozhodnutí), neboť dospěl k závěru, že je pro zadavatele příznivější. Při posuzování příznivosti právní úpravy vycházel Úřad zejména ze skutečnosti, že zákon účinný v době spáchání správního deliktu umožňoval oproti stávající právní úpravě zahájit správní řízení s delším odstupem od okamžiku spáchání správního deliktu či od okamžiku, kdy se o něm Úřad dozvěděl.
33. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona (ve znění účinném ke dni vydání tohoto rozhodnutí). V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 4. 2. 2016. K uzavření smlouvy na veřejnou zakázku s vybraným uchazečem došlo dne 22. 10. 2013, čímž byl současně spáchán správní delikt uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, neboť byla naplněna skutková podstata správního deliktu podle ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona. Správní řízení je v souladu s § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 správního řádu zahájeno dnem doručení oznámení o zahájení správního řízení (k tomu srov. bod 7. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
34. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odstavce 1 písm. a) zákona. V šetřeném případě byla ve smlouvě uzavřené dne 22. 10. 2013 uvedena cena za veřejnou zakázku 41 975 000 Kč bez DPH, což při započtení sazby DPH 21 % činí 50 789 750 Kč. Z uvedené sumy činí 10 %, a tedy horní hranici pokuty, částka 5 078 975 Kč.
35. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.

36. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení rozhodné pro určení výměry pokuty, je závažnost správního deliktu. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlídnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
37. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost správního deliktu“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti správního deliktu (tedy závažnosti) je dán především konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty deliktu. Při posuzování závažnosti správního deliktu není hlavním kritériem pouze skutková podstata správního deliktu, ale také intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je dále nutno hodnotit nejen jaké následky byly správním deliktem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
38. V posuzovaném případě je objektem správního deliktu zájem, aby o veřejnou zakázku mohlo soutěžit co nejvíce dodavatelů. Tím, že zadavatel neoprávněně zadal veřejnou zakázku v jednacím řízení bez uveřejnění, zamezil v účasti dalších potenciálních dodavatelů v zadávacím řízení, neboť tito neměli možnost se o veřejné zakázce dozvědět.
39. Z hlediska následků správního deliktu Úřad uvádí, že následkem postupu zadavatele, kdy veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné důvody, bylo naprosté a nedůvodné vyloučení hospodářské soutěže. Jestliže je cílem zákona zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a jestliže zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (k tomu blíže srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 5. 6. 2008 sp. zn. 1 Afs 20/2008), je třeba jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších, blížících se situaci úplné ignorace zákona.
40. Pokud jde o okolnosti spáchání správního deliktu, vzal Úřad rovněž v úvahu, že nezákonný postup, kterého se zadavatel dopustil, spočívající v porušení ust. § 23 odst. 4 písm. b) zákona, představuje nedodržení zákonného pravidla, které je svojí podstatou jednoduše pochopitelné a jehož výklad není (a nikdy nebyl) jakkoli sporný. Úřad má tedy za to, že zadavatel nemohl být v jakémkoli stavu nejistoty ohledně „skutečného obsahu“ dané právní normy a že jeho nezákonné jednání nemohlo být reálně vyvoláno jejím prostým „nepochopením“ (byť s ohledem na skutečnost, že odpovědnost za správní delikty je v zákoně konstruována jako odpovědnost objektivní, by ani takové „nepochopení“ nemohlo být okolností vylučující protiprávnost zadavatelova jednání). Porušení zákonného pravidla, které je svým obsahem zcela jasné a jednoduché, je přitom třeba pokládat za jednání z hlediska své společenské škodlivosti závažnější, neboť porušení pravidla, jehož obsah musel být zadavateli zcela zřejmý, indikuje úmysl zadavatele jednat v rozporu se zákonem.

41. Další polehčující či přitěžující okolnosti Úřad neshledal.
42. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti správního deliktu“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil způsob, následky a okolnosti spáchání správního deliktu, včetně intenzity ohrožení právem chráněného zájmu, přičemž společenská škodlivost správního deliktu (tedy závažnost) dosahuje ve výsledku vysokého stupně závažnosti.
43. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, neboť vychází z maximy, že není přípustné uložit takovou pokutu, která má likvidační charakter v tom smyslu, že by „zmařila“ samu ekonomickou podstatu zadavatele. Z účetní závěrky zadavatele, dostupné na <http://monitor.statnipokladna.cz/2015/prispevkove-organizace/detail/67779999>, vyplývá, že zadavatel měl k 1. 1. 2016 stav peněžních prostředků ve výši 324 983 000 Kč. S ohledem na právě uvedené má Úřad za to, že pokutu uloženou ve výši 800 000 Kč nelze považovat nejen za likvidační (viz výše), ale ani za jeho ekonomickou podstatu nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou).
44. V souvislosti s právě uvedeným je třeba mít dále na paměti, 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.
45. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele správního deliktu, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře zadavatele, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
46. Závěrem tedy Úřad k výši pokuty konstatuje, že uložená pokuta naplňuje dostatečně obě shora zmíněné funkce, aniž by se zároveň jednalo o pokutu likvidační.
47. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech výše uvedených hledisek a stanovenou pokutu ve výši 800 000 Kč (tj. v necelé pětině její maximální zákonné výše) vzhledem k souvislostem případu posoudil jako přiměřenou. S ohledem na tuto skutečnost bylo rozhodnuto, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
48. Pokuta je splatná do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad

má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Zařízení služeb pro Ministerstvo vnitra, s. p. o., Přípotoční 300/12, 101 01 Praha 10

Vypraveno dne

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