



UOHSX003UVQU

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S304/2011/VZ-17211/2011/520/EMa

V Brně dne: 1. února 2012

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 4. 8. 2011 z moci úřední, jehož účastníkem jsou

- zadavatel – Ředitelství vodních cest ČR, IČ 67981801, Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3 – Vinohrady, zast. Ing. Janem Skalickým, pověřeným řízením,
- vybraný uchazeč – EUROVIA CS, a. s., (do 1. 4. 2009 Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, Národní třída 10, 113 19, Praha 1), IČ 45274924, Národní 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Ing. Zdeněk Synáček, člen představenstva,

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 volbě druhu zadávacího řízení při zadávání veřejné zakázky „Silniční most přes Labe v Poděbradech“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, které bylo zahájené výzvou k podání nabídky dne 28. 11. 2007, na jejíž plnění uzavřel zadavatel dne 11. 12. 2007 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2007 s vybraným uchazečem,

**rozhodl** takto:

I.

Zadavatel – Ředitelství vodních cest ČR, IČ 67981801, Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3 – Vinohrady – 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 ustanovení § 21 odst. 2 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Silniční most přes Labe v Poděbradech“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) citovaného

zákona, aniž byly splněny podmínky stanovené v ustanovení posledně citovaného zákona, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejuvhodnější nabídky, a s vybraným uchazečem uzavřel dne 11. 12. 2007 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2007 na plnění této veřejné zakázky.

## II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí **se** zadavateli – Ředitelství vodních cest ČR, IČ 67981801, Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3 – Vinohrady – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

**pokuta ve výši 300 000 Kč (tři sta 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“), který je podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), příslušný k dohledu nad dodržováním tohoto zákona, obdržel podnět týkající se postupu zadavatele – Ředitelství vodních cest ČR, IČ 67981801, Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3 – Vinohrady, zast. Ing. Janem Skalickým, pověřeným řízením (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Silniční most přes Labe v Poděbradech“ zadané v jednacím řízení bez uveřejnění, které bylo zahájené výzvou k podání nabídky dne 28. 11. 2007, na jejíž plnění uzavřel zadavatel dne 11. 12. 2007 dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2007 s vybraným uchazečem (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě uvedeného podnětu si Úřad vyžádal od zadavatele příslušnou dokumentaci o předmětné veřejné zakázce a stanovisko ke skutečnostem uvedeným v podnětu. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti, zda byly splněny podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění uvedené v § 23 odst. 7 písm. a) zákona, zahájil správní řízení z moci úřední.
3. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
  - o zadavatel,
  - o vybraný uchazeč – EUROVIA CS, a. s., (do 1. 4. 2009 Stavby silnic a železnic, a. s., IČ 45274924, Národní třída 10, 113 19, Praha 1, pozn. Úřadu), IČ 45274924, Národní 10, 113 19 Praha 1, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Ing. Zdeněk Synáček, člen představenstva (dále jen „EUROVIA CS, a. s.“ nebo „vybraný uchazeč“).
4. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-11938/2011/520/EMa ze dne 4. 8. 2011, ve kterém účastníky řízení seznámil se zjištěnými skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí, současně Úřad účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S304/2011/VZ-11940/2011/520/EMa z téhož dne stanovil lhůtu, v níž mohli navrhnout důkazy, či činit jiné návrhy, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

5. Dne 4. 8. 2011, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvním z účastníků řízení, bylo podle § 113 odst. 1 zákona správní řízení zahájeno.

#### **I. Vyjádření zadavatele ze dne 24. 8. 2011**

6. Zadavatel uvádí, že v průběhu realizace plnění původní veřejné zakázky došlo v důsledku objektivně nepředvídaných okolností k potřebě dodatečných stavebních prací (víceprací), jež byly zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky. Celkový rozsah dodatečně sjednaných víceprací nepřekročil 20 % ceny původní veřejné zakázky, když zadavatel sjednal vícepráce pouze v rozsahu cca 19,28 % z ceny původní veřejné zakázky.
7. K objektivně nepředvídaným okolnostem, které zadavatele vedly ke sjednání víceprací zadavatel uvádí, že v projektové dokumentaci pro stavební povolení (dále jen „DSP“) stejně jako v dokumentaci pro výběr zhotovitele (dále jen „DVZ“), která byla součástí dokumentace jako její technická část, byla navržena technologie montáže nosné konstrukce mostu příčným zásunem montážní plošiny nad korytem Labe, kde se měl nový most kompletovat za současného provozu na stávajícím mostě. V průběhu realizace původní veřejné zakázky musela být v důsledku nepředvídaných okolností technologie zásunem vhodně upravena, a sice tak, že k přesunu nosné konstrukce mostu došlo podélným zásunem za pomoci těžké jeřábové techniky. Dílčí cíl při realizaci díla definovaný samotným zdvihem a zasunutím mostu zůstal nezměněn. Na základě této úpravy došlo ke vzniku nezbytných víceprací, a to zejména v souvislosti s budováním přístupové cesty pro nájezd těžkých jeřábů do pracovní pozice a zřízení podpůrné stavby – podpěrných skruží.
8. Objektivně nepředvídanou okolností bylo doplnění podmínek stavebního povolení na rekonstrukci mostu ze strany Městského úřadu v Poděbradech o zákaz užití rázové technologie. Městský řad v Poděbradech svým přípisem ze dne 3. 5. 2007 doplnil stavební povolení na rekonstrukci mostu vydané pod č. j. výst/05956/2006/N dne 22. 12. 2006 (dále jen „stavební povolení“) o podmínku zákazu užití rázových mechanismů při provádění předmětné stavby. Použití rázových mechanismů, konkrétně zaberanění štetových jímek, bylo pro realizaci původního technického řešení zásunu mostní konstrukce nezbytné, neboť bez ní by nebylo možné zajistit řádnou konstrukci a ochranu provizorních podpor montážní plošiny a zavážecích drah v korytě Labe. K doplnění podmínek stavebního povolení došlo dne 3. 5. 2007, tedy po rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky v původní veřejné zakázce (4. 4. 2007) a po uzavření smlouvy s vybraným uchazečem na plnění původní veřejné zakázky (2. 5. 2007).
9. V návaznosti na zákaz užití rázové technologie nechal vybraný uchazeč v červnu 2007 zpracovat doplňkový geologický průzkum (Závěrečná zpráva, Silniční most ev. č. 611-017 přes Labe v Poděbradech, doplňkový inženýrský průzkum, vypracovaný Mgr. Jiřím Drtinou, pozn. Úřadu), přičemž tento průzkum potvrdil, že užití rázového beranění při použití původní technologie montáže mostní konstrukce navržené v zadávací dokumentaci je zcela nezbytné.
10. Zadavatel dále konstatuje, že v době zadávání původní veřejné zakázky nebylo použití upravené technologie zásunu mostní konstrukce objektivně možné, a to z důvodu plánované rekonstrukce sousedního (navazujícího) inundačního mostu, jež měla probíhat současně s rekonstrukcí mostu přes Labe. Středočeský kraj jako investor rekonstrukce inundačního

mostu původně vznesl jednoznačný požadavek, aby na sebe stavební práce na obou stavbách časově navazovaly s cílem dosáhnout pouze jedné společné uzavírky komunikace č. 611 vedoucí přes oba mosty. S takovým postupem počítalo i stavební povolení, které v podmínce 11 stanovilo, že: „V rámci nové stavby mostu bude probíhat i oprava inundačního mostu 6.611-016“.

11. Rekonstrukce inundačního mostu se z důvodů na straně Středočeského kraje zpozdila, když oznámení o veřejné zakázce na předmětné stavební práce bylo pod názvem „11/611 PODĚBRADY MOST EV.Č.016“ v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno pod ev. č. 60011014 až dne 14. 09. 2007 a opraveno dne 09. 10. 2007. Oznámení o výběru nejvhodnější nabídky bylo uveřejněno dne 19. 5. 2008. Samotná rekonstrukce inundačního mostu byla Středočeským krajem zahájena až po dokončení rekonstrukce mostu přes Labe.
12. Zadavatel dále uvádí, že v důsledku nerealizace rekonstrukce inundačního mostu současně s rekonstrukcí mostu přes Labe, tedy v důsledku skutečnosti, jež zadavatel nemohl v době zadávání původní veřejné zakázky předvídat a kterou současně nemohl ovlivnit, bylo možné použít upravenou technologii, když mohlo dojít k podélnému zásunu nové konstrukce z předmostí u inundačního mostu, tj. z místa, které by při zároveň probíhající rekonstrukci inundačního mostu nebylo pro potřebné stavební práce k dispozici.
13. Neočekávané uvolnění inundačního mostu pro potřeby rekonstrukce mostu přes Labe umožnilo přísun montážních dílů z levého břehu řeky Labe (od Prahy). Montáž nosné konstrukce mostu tak mohla být provedena na břehu řeky, tedy mnohem bezpečněji, s jistějším časovým odhadem a s menším rizikem škod na zdraví a na majetku, než při dodržení původně navrženého postupu v korytě Labe vynuceného současně probíhající rekonstrukcí inundačního mostu.
14. K nezbytnosti a ekonomické neoddělitelnosti víceprací zadavatel uvedl, že všechny prováděné vícepráce spojené s úpravou technologie zasunutí mostu byly zcela nezbytné pro dokončení předmětu původní veřejné zakázky. Bez jejich provedení by nebylo možné řádně provést zasunutí nosné konstrukce mostu do stávající polohy, a tudíž dokončit samotnou rekonstrukci mostu přes Labe, která představovala předmět původní veřejné zakázky. Podmínka stanovená v § 23 odst. 7 písm. a) bod 2. zákona byla tedy podle zadavatele splněna.
15. Zadavatel dále konstatuje, že samotná technologie zasunutí mostní konstrukce není technicky a ani ekonomicky oddělitelná od původní veřejné zakázky, když představuje zcela zásadní operaci při výstavbě úzce provázanou s ostatními stavebními pracemi.
16. K rozsahu víceprací zadavatel uvedl, že je mu známá praxe Úřadu, podle které je za dodatečné stavební práce ve smyslu § 23 odst. 7 písm. a) zákona třeba považovat všechny stavební práce, které nebyly předmětem původní veřejné zakázky s tím, že při stanovení předpokládané hodnoty víceprací nelze odečítat hodnotu méněprací.
17. Předmětem veřejné zakázky, resp. dodatku č. 1 byly podle zadavatele následující vícepráce (dodatečné stavební práce), které nebyly předmětem původní veřejné zakázky:
  - věcné plnění vyjádřené navýšením ceny položky č. 32 – Mostní nosné deskové konstrukce z oceli řady 37 a 52 v důsledku změny objemu dodávaného materiálu

(zvýšení hmotnosti ocelové konstrukce ve výrobní dokumentaci) v rozsahu 13,55 jednotek, čemuž odpovídá částka 955 362,89 Kč;

- dodatečné provedení stavebních prací z důvodu úpravy technologie zásunu mostní konstrukce vyjádřené v nové položce č. 101 – Přípravné práce pro montáž ocelové konstrukce v ceně 9 663 602 Kč a v nové položce č. 102 – Podpěrné skruže – zřízení a odstranění v ceně 4 379 068 Kč;
- věcné plnění vyjádřené rozdílem v ceně položky č. 103 – Vložení NOK pomocí těžkých jeřábů a položky č. 33 – Posun most polí šíře 18 m hmotnosti do 400 t na vzdálenost do 10 m, tj. částkou 14 211,55 Kč (původní plnění obsažené v položce 33 bylo v návaznosti na úpravy technologie vyjádřené zejména v položkách č. 101 a č. 102, pro lepší přehlednost prováděných víceprací nadále uvedeno pod položkou č. 103).

18. K vícepracím vyjádřeným navýšením ceny položky č. 32 zadavatel uvádí, že při přípravě výrobní dokumentace ocelové konstrukce mostu došlo k nárůstu hmotnosti nosné ocelové konstrukce mostu z 539,01 tun uvedených v zadávací dokumentaci (DVZ) na 552,56 tun. Nárůst hmotnosti byl způsoben drobným zesílením nosné konstrukce, jež bylo v důsledku úpravy technologie montáže nosné konstrukce nezbytné, neboť most byl osazován jako dvojice prostých nosníků namísto původně předpokládaného spojitého nosníku o 2 polích. Z tohoto důvodu došlo v dodatku č. 1 k navýšení položky č. 32 (množství materiálu) o 13,55 jednotek (13,55 tun) čemuž odpovídá částka 955 362,89 Kč.
19. K vícepracím uvedeným pod položkami č. 101 a č. 102 zadavatel uvádí, že se jedná o věcná plnění vyvolaná nezbytnou úpravou technologie montáže nosné ocelové konstrukce. V obou případech se přitom jedná o přípravné práce nezbytné k provedení samotného zásunu, nikoliv o samotný zásun mostu, jež je obsažen v položce č. 103. Dodatečné přípravné stavební práce uvedené pod položkami č. 101 a č. 102 obsahovaly vybudování přístupových cest nezbytných pro nájezd těžkých jeřábů do pracovní polohy a dále zřízení a odstranění (tj. výrobu, montáž a demontáž) podpěrných skruží nutných pro provedení samotného podélného zásunu mostní konstrukce.
20. Úřad v oznámení o zahájení předmětného správního řízení za vícepráce považuje rovněž stavební práce uvedené pod položkou č. 103, a to v jejím celém rozsahu. Započítání položky č. 103 do rozsahu víceprací je však podle zadavatele z povahy věci nesprávné, neboť tato položka je definována stejným věcným plněním a zejména stejným výsledkem, kterým je samotný přesun (zdvih a zásun) mostní ocelové nosné konstrukce z provizorní podpěry na mostní opěry a pilíř, jako položka č. 33.
21. Zadavatel připouští, že v důsledku rozdílného popisu položek č. 33 a č. 103 v dodatku č. 1 ze dne 11. 12. 2007 lze nabýt dojmu, že se jedná o nové plnění. Přestože u položky č. 103 došlo k určité úpravě označení oproti položce č. 33, obsahově se jedná o stejné plnění, které bylo předmětem původní veřejné zakázky, a sice o samotnou manipulaci s nosnou konstrukcí z provizorního podepření na definitivní spodní stavbu mostu. Tomu podle zadavatele odpovídá i prakticky stejná cena u položek č. 33 a č. 103, když nepatrný rozdíl v ceně (14 211,55 Kč) vyjadřuje navýšení prací, které vyplynuly z úpravy technologie.

22. Výše uvedené skutečnosti ve vztahu k vícepracím vyplývají rovněž z odborného stanoviska Ing. Jiřího Schindlera, hlavního projektanta stavby ze dne 24. 08. 2011.
23. Z výše uvedeného podle zadavatele vyplývá, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročil 20 % ceny původní veřejné zakázky, když činil 15 012 244,44 Kč, tj. 19,28 % hodnoty původní veřejné zakázky.
24. Z důvodu procesní opatrnosti zadavatel dodává, že pokud by Úřad přes výše uvedené skutečnosti setrval na svém předběžném určení rozsahu víceprací, tj. včetně prací vyjádřených v položce č. 103 v jejich plném rozsahu, byly by v posuzovaném případě splněny podmínky stanovené v rozhodovací praxi Úřadu pro tzv. oprávněný odpočet záměny prací.
25. Zadavatel odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, konkrétně na rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R185/2009/VZ- 6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010, ve kterém předseda Úřadu uvedl, že v opodstatněných případech lze uznat oprávněnost záměn prací a materiálů (tzv. oprávněné odpočty), a to v situaci, kdy „potřeba záměny vyvstala nezávisle na vůli objednatele, aniž by ji mohl jakkoliv ovlivnit“. Pokud by Úřad považoval položku č. 103 za vícepráce v jejich celém rozsahu, jednalo by se ve světle tohoto přístupu o prostou záměnu prací uvedených v položce č. 33 a č. 103, když tyto práce oboje představují provedení samotného zásunu mostní konstrukce (obdobně jako byla v citovaném rozhodnutí umožněna záměna dodávky jednoho materiálu – kabelů).
26. Záměna prací vyjádřených v položkách č. 33 a č. 103 by přitom vyvstala zcela nezávisle na vůli zadavatele. Rovněž výrazné snížení rizika vzniku škod na zdraví a majetku v průběhu provádění stavby v důsledku vyhnutí se rizikovější montáži v korytě Labe by bylo důvodem ospravedlňujícím záměnu prací vyjádřených v položkách č. 33 a č. 103.
27. Zadavatel považuje rovněž za nezbytné vyjádřit se k některým závěrům Nejvyššího kontrolního úřadu (dále jen „NKÚ“) obsaženým v kontrolním protokolu č. 08/19, sp. zn. 08/19-450/388/08 na str. 7, 8 a 9, který je součástí předmětného správního spisu. Podle NKÚ nebyl v zadávací dokumentaci jednoznačně stanoven postup montáže konstrukce nového mostu a důvodem víceprací měla být neúplná zadávací dokumentace. V daném případě bylo tedy podle NKÚ možné řádnou přípravou akce předejít nutnosti řešit změnu technologie v průběhu stavby.
28. Zadavatel nesouhlasí se závěrem NKÚ, že v zadávací dokumentaci nebyl dostatečně stanoven postup montáže konstrukce nového mostu, resp. že by položka č. 33 u stavebního objektu SO 201 neobsahovala všechny potřebné práce. Zadavatel k tomu uvádí, že stavební práce (dílo) je definováno vždy výsledkem, nikoliv konkrétním způsobem provedení dílčích činností. V položce č. 33 je podle zadavatele jasně stanoveno, že jejím předmětem je „přesun nového mostu z provizorní do stávající polohy“. Součástí této položky je pak provedení všech prací nezbytných pro kompletaci příslušné části díla.
29. Výše uvedené závěry vyplývají podle zadavatele rovněž z relevantních článků návrhu smlouvy o dílo. Podle čl. V. odst. 2 písm. n) návrhu smlouvy o dílo zahrnuje předmět díla zejména „dodání dalších nezbytných materiálů, užívacích práv a služeb (které vyloučnou např. ze změn v projektu), nezbytných pro dosažení kompletnosti a splnění jeho účelu v souladu s touto smlouvou“. Podle čl. V. odst. 4 návrhu smlouvy o dílo provede zhotovitel „také všechny služby a zajistí dodávky všech materiálů, které nejsou specificky uvedeny v této

smlouvě, ale kde je možno odůvodněně z této smlouvy odvodit, že jsou nutné pro řádnou funkci a dokončení díla tak, jako kdyby tyto služby a nebo materiály byly v této smlouvě výslovně uvedeny. V takovém případě bude rozsah služeb a dodávek smluvními stranami projednán a objednatel písemně odsouhlasen“.

30. Součástí předmětu původní veřejné zakázky, a tedy i předmětem návrhu smlouvy o dílo byly všechny služby (podle návrhu smlouvy o dílo se službami myslí práce a činnosti prováděné zhotovitelem při realizaci díla), dodávky materiálu či užívací práva nezbytné k přesunu nového mostu z provizorní do stávající polohy. Důvodem provedení víceprací tedy nebyla podle zadavatele neúplná zadávací dokumentace, ale objektivně nepředvídané okolnosti. Závěry NKÚ jsou tak v tomto ohledu podle zadavatele nesprávné.
31. S ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti zadavatel navrhuje, aby Úřad vedené řízení podle § 117a písm. d) zákona zastavil.

## **II. Závěry Úřadu**

32. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce předložené zadavatelem a uzavřeného dodatku č. 1 ze dne 11. 12. 2007, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že se zadavatel dopustil při zadávání šetřené veřejné zakázky správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

## **III. Relevantní ustanovení zákona**

33. Zákon upravuje v ustanovení § 21 odst. 1 tyto druhy zadávacích řízení:
- otevřené řízení,
  - užší řízení,
  - jednacím řízení s uveřejněním,
  - jednacím řízení bez uveřejnění,
  - soutěžní dialog,
  - zjednodušené podlimitní řízení.
34. Podle ustanovení § 21 odst. 2 zákona zadavatel může pro zadání veřejné zakázky použít otevřené řízení nebo užší řízení, a za podmínek stanovených v § 22 a 23 rovněž jednacím řízení s uveřejněním nebo jednacím řízení bez uveřejnění.
35. V jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona 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.

#### **IV. Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce**

36. Z čl. XI. smlouvy o dílo ze dne 2. 5. 2007 vyplývá, že celková cena za plnění veřejné zakázky činí 92 656 306,54 Kč včetně DPH (77 862 442,47 Kč bez DPH).
37. Dodatkem č. 1 ze dne 11. 12. 2007 byla změněna celková cena díla na 110 537 790 Kč včetně DPH. Dodatkem č. 1 ze dne 11. 12. 2007 došlo k navýšení ceny původní veřejné zakázky o 17 881 483,46 Kč včetně DPH, přičemž podle přílohy k uvedenému dodatku činily vícepráce celkem 23 237 713,99 Kč bez DPH (27 652 879,65 Kč včetně DPH) a méněpráce celkem 8 211 258 Kč bez DPH (9 771 397 Kč včetně DPH).
38. V dodatku č. 1 ze dne 11. 12. 2007 je uvedeno, že v případě víceprací se jedná o položky č. 32 („mostní nosné deskové konstrukce z oceli řady 37 a 52“), č. 101 („přípravné práce pro montáž ocelové konstrukce“), č. 102 („podpěrné skruže – zřízení a odstranění“) a č. 103 („vlození nok pomocí těžkých jeřábů“).
39. U položky č. 32 došlo k upřesnění hmotnosti ve výrobní dokumentaci, přičemž došlo k navýšení počtu jednotek z 539,01 t (o celkové ceně 37 955 077,76 Kč bez DPH) na 552,56 t (o celkové ceně 38 950 440,65 Kč bez DPH). Rozdíl tedy činí 955 362,89 Kč bez DPH (1 169 881,84 Kč včetně DPH).
40. U položek č. 101, č. 102 a č. 103 se podle dodatku č. 1 ze dne 11. 12. 2007 jednalo o „nové položky vyvolané změnou technologie“. Celková cena u položky č. 101 činí 9 663 602 Kč bez DPH (11 499 686,38 Kč včetně DPH). Celková cena u položky č. 102 činí 4 379 068 Kč bez DPH (5 211 090, 92 Kč včetně DPH). Celková cena u položky č. 103 činí 8 239 681,10 Kč bez DPH (9 805 220,51 Kč včetně DPH).
41. Podle dodatku č. 1 ze dne 11. 12. 2007 tedy činily vícepráce (součet položek č. 32, č. 101, č. 102 a č. 103) celkem 23 237 713,99 Kč bez DPH (27 652 879,65 Kč včetně DPH).
42. Oproti původnímu výkazu výměr došlo k vyjmutí položky č. 33 („posun most polí šíř do 18 m hmot do 400T na vzd do 10M“) s celkovou cenou 8 211 258 Kč bez DPH (9 771 397 Kč včetně DPH).
43. Ve výzvě k jednání v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 28. 11. 2007 zadavatel uvedl, že vyzývá dodavatele, tj. EUROVIA CS, a. s., k jednání k realizaci veřejné zakázky na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona v návaznosti na § 34 zákona.



**V. K oprávněnosti použití jednacího řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona**

44. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že jednací řízení bez uveřejnění je typem zadávacího řízení, v němž zadavatel vyzývá k jednání jednoho dodavatele nebo omezený okruh dodavatelů. Použití jednacího řízení bez uveřejnění je vázáno na splnění zákonem přesně stanovených podmínek, neboť se jedná o výjimečný způsob zadání. Zadavatel se může obrátit na jednoho nebo více vybraných dodavatelů, aniž by svůj záměr musel předem uveřejnit, a to pouze za podmínek uvedených v § 23 zákona. Jednou z podmínek užití jednacího řízení bez uveřejnění dle výše citovaného § 23 odst. 7 písm. a) zákona je, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nepřekročí 20 % ceny původní veřejné zakázky. Úřad dodává, že zákaz rozšiřujícího výkladu pro použití jednacího řízení bez uveřejnění vyplývá z jeho povahy, která se v mnoha ohledech shoduje s běžnou soukromoprávní kontraktační procedurou, v níž vstupuje subjekt do smluvního vztahu s konkrétním vybraným dodavatelem, aniž by byl povinen předem oslovit více zájemců. Ze všech druhů zadávacích řízení tak jednací řízení bez uveřejnění vykazuje nejnižší míru transparentnosti, vnější kontroly a hospodářské soutěže, a právě proto jsou na úrovni zákona i komunitární legislativy přísně omezeny podmínky pro jeho použití.
45. Úřad k dané problematice uvádí, že v průběhu plnění veřejné zakázky může nastat skutečnost, že je třeba realizovat práce (dodávky, služby), které nebyly předmětem původní veřejné zakázky (tzv. „vícepráce“). Takové práce (či množství materiálu) nebyly zadavatelem v podmínkách původní veřejné zakázky obsaženy, a proto se jedná o nový předmět plnění, tedy novou veřejnou zakázku, byť s původní veřejnou zakázkou bezprostředně souvisí. Taková veřejná zakázka musí být s ohledem na její předpokládanou hodnotu zadána jednou z forem zadávacích řízení. Pokud to zákon připouští, může zadavatel nový předmět plnění veřejné zakázky (vícepráce) zadat přímo dodavateli, který realizuje původní veřejnou zakázku, na základě ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, přičemž zpravidla jsou vícepráce sjednány formou dodatku k původní smlouvě.
46. V praxi, zejména při realizaci stavebních prací může docházet k oběma variantám – méněpráce a vícepráce – současně, přičemž není vyloučeno, aby za účelem jejich sjednání uzavřel zadavatel s dodavatelem dodatek k původní smlouvě. Při volbě vhodné formy zadání veřejné zakázky, tedy při kalkulaci předpokládané hodnoty však nelze kalkulovat úhrnem méněpráce a vícepráce, neboť novou veřejnou zakázkou jsou pouze vícepráce, které nebyly zadavatelem v původní veřejné zakázce vymezeny (toto stanovisko bylo potvrzeno pravomocným druhostupňovým rozhodnutím č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010). Vícepráce však lze zadávat formou jednacího řízení bez uveřejnění pouze za splnění všech podmínek stanovených v § 23 odst. 7 písm. a) zákona. S ohledem na výše uvedené se proto Úřad především zabýval otázkou, zda byly v daném případě kumulativně naplněny podmínky vyplývající z tohoto ustanovení zákona.
47. S ohledem na skutečnost, že v rámci zrealizovaného jednacího řízení bez uveřejnění došlo při stanovení nabídkové ceny k vzájemnému odpočtu méněprací od víceprací, zabýval se Úřad především tím, zda tato skutečnost neměla vliv na oprávněnost použití tohoto druhu zadávacího řízení, resp. zda celkový rozsah předpokládaných dodatečných stavebních prací nepřekročil 20 % ceny původní veřejné zakázky.

48. Celková cena za plnění původní veřejné zakázky činila 92 656 306,54 Kč včetně DPH (77 862 442,47 Kč bez DPH).
49. Dodatkem č. 1 ze dne 11. 12. 2007 došlo podle bodu 3 tohoto dodatku k navýšení ceny původní veřejné zakázky o 17 881 483,46 Kč včetně DPH, přičemž vícepráce podle přílohy tohoto dodatku činily celkem 23 237 713,99 Kč bez DPH (27 652 879,65 Kč včetně DPH) a méněpráce činily celkem 8 211 258 Kč bez DPH (9 771 397 Kč včetně DPH).
50. V rámci jednacího řízení bez uveřejnění došlo ke změnám následujících položek ve výkazu výměr
- položka č. 32 – vícepráce v hodnotě 955 362,89 Kč bez DPH (1 169 881,84 Kč včetně DPH),
  - položka č. 33 – méněpráce v hodnotě 8 211 258 Kč bez DPH (9 771 397 Kč včetně DPH),
  - položka č. 101 – vícepráce v hodnotě 9 663 602 Kč bez DPH (11 499 686,38 Kč včetně DPH),
  - položka č. 102 – vícepráce v hodnotě 4 379 068 Kč bez DPH (5 211 090, 92 Kč včetně DPH),
  - položka č. 103 – vícepráce v hodnotě 8 239 681,10 Kč bez DPH (9 805 220,51 Kč včetně DPH).
51. Položky č. 32, č. 101 a č. 102 činí vícepráce v hodnotě 14 998 032, 89 Kč bez DPH (17 847 659,14 Kč včetně DPH). K uvedenému Úřad podotýká, že rozdíl mezi cenou původní veřejné zakázky a cenou sjednanou v dodatku č. 1 činí podle bodu 3 dodatku č. 1 hodnotu 17 881 843,46 Kč včetně DPH, pro účely posouzení hodnoty víceprací není tento rozdíl, jak vyplývá z dalšího odůvodnění, podstatný.
52. Vyčíslení víceprací v položkách č. 32, č. 101 a č. 102 nerozporuje ani zadavatel. Otázkou sporu však zůstává, zda položka č. 103 v hodnotě 8 239 681,10 Kč bez DPH (9 805 220,51 Kč včetně DPH) představuje vícepráce, či zda položka č. 103 v podstatě nahrazuje položku č. 33 zahrnutou ve výkazu výměr původní veřejné zakázky. Zadavatel se domnívá, že pro účely určení hodnoty víceprací je nutné od položky č. 103 odečíst položku č. 33 a vícepráce vzniklé zahrnutím položky č. 103 tak podle zadavatele činí 14 211,55 Kč včetně DPH a celkové vícepráce činí podle zadavatele 15 012 244,44 Kč bez DPH.
53. Položka č. 33 „posun most polí šíř do 18 m hmot do 400T na vzd do 10M“, jejímž předmětem byl podle výkazu výměr původní veřejné zakázky „přesun nového mostu z provizorní do stávající polohy vč. nájmu za předmontážní plošinu, zvedací a jiné mechanismy“ činila celkem 8 211 258 Kč bez DPH (9 771 397 Kč včetně DPH).
54. Položka č. 103 „vložení NOK pomocí těžkých jeřábů“, jejímž předmětem bylo podle změněného výkazu výměr přiloženého k dodatku č. 1 ze dne 1. 12. 2007 „nájezd jeřábů DEMAG 650, vložení dvou mostních polí a odjezd jeřábů“, činila celkem 8 239 681,10 Kč bez DPH (9 805 220,51 Kč včetně DPH).
55. Rozdíl položek č. 33 a č. 103 činí 28 423,10 Kč bez DPH (33 823,50 Kč včetně DPH). Zadavatel dospěl k částce 14 211,55 Kč bez DPH vydělením částky 28 423,10 Kč bez DPH dvěma,

neboť ve výkazu výměr je uveden v rámci těchto položek počet jednotek 2, resp. zadavatel udává jednotkové zvýšení ceny v rámci této položky o 14 211,55 Kč bez DPH. Tuto jednotkovou cenu (14 211,55 Kč bez DPH) vypočtenou jako rozdíl jednotkových cen položek č. 33 a č. 103 pak zadavatel při výpočtu víceprací přičítá k ceně víceprací vymezených v položkách č. 33 (955 362,89 Kč bez DPH), č. 101 (9 663 602 Kč bez DPH) a č. 102 (4 379 068 Kč bez DPH) a uvádí, celkovou částku víceprací ve výši 15 012 244,44 Kč bez DPH.

56. Jak vyplývá z výše uvedených specifikací položek č. 33 a č. 103, předmětem těchto položek je „montáž“, „manipulace“, resp. „zásun“ mostní konstrukce. Úřad se však nemůže ztotožnit s názorem zadavatele, že položka č. 103 je definována stejným věcným plněním, kterým je samotný přesun (zdvih a zásun) mostní ocelové nosné konstrukce z provizorní podpěry na mostní opěry a pilíř, jako položka č. 33. Jak vyplývá z vyjádření zadavatele, k jednacímú řízení bez uveřejnění došlo z toho důvodu, že bylo možné změnit původní technologii zásunu nosné ocelové konstrukce (NOK, pozn. Úřadu), tedy nelze v tomto konkrétním případě hovořit o stejném věcném plnění. Zadavatel uvedl, že v důsledku „nerealizace rekonstrukce inundačního mostu současně s rekonstrukcí mostu přes Labe“, bylo možné použít „upravenou technologii“, když mohlo dojít k podélnému zásunu nosné konstrukce namísto předem avizované technologie montáže nosné konstrukce mostu příčným zásunem montážní plošiny.
57. K argumentaci zadavatele, že o věcně stejném plnění obsaženém v položkách č. 33 a č. 103 vypovídá přibližně stejná cena těchto položek, Úřad uvádí, že ve vztahu k posouzení věcné náplně sporných položek není jejich cena relevantní. Jak je shora uvedeno, důvodem pro zařazení položky víceprací č. 103 byla „změna technologie“ oproti zamýšlené technologii zařazené pod položku č. 33 výkazu výměr původní veřejné zakázky, ke které bylo možné přistoupit jednak z důvodů „nerealizace rekonstrukce inundačního mostu současně s rekonstrukcí mostu přes Labe“ a jednak na základě doplnění stavebního povolení.
58. Ačkoliv lze připustit, že montáž nosné konstrukce mostu oběma technologiemi směřuje ke stejnému cíli, tedy k instalaci, resp. zásunu mostní konstrukce, nelze zároveň konstatovat, že by se jednalo v případě předmětu položek č. 33 a č. 103 o stejná věcná plnění, jak dovozuje zadavatel. Za situace, kdy jsou ke stejnému účelu použity dvě odlišné technologie, ať už z jakéhokoliv důvodu, nelze tyto technologie podle Úřadu považovat za věcně totožné. Úřad má tedy za to, že pro účely výpočtu ceny víceprací je v šetřeném případě nezbytné započíst do celkových víceprací i položku č. 103 v plné výši, neboť tato položka, resp. v ní obsažená technologie zásunu mostní konstrukce, nebyla zahrnuta v předmětu plnění původní veřejné zakázky.
59. Celková výše víceprací sjednaných zadavatelem v rámci jednacímú řízení bez uveřejnění je tedy výsledkem součtu položek:
- č. 32 (955 362,89 Kč bez DPH; 1 169 881,84 Kč včetně DPH)
  - č. 101 (9 663 602 Kč bez DPH; 11 499 686,38 Kč včetně DPH)
  - č. 102 (4 379 068 Kč bez DPH; 5 211 090, 92 Kč včetně DPH)
  - č. 103 (8 239 681,10 Kč bez DPH; 9 805 220,51 Kč včetně DPH)
- a činí částku 23 237 713,99 Kč bez DPH (27 652 879,65 Kč včetně DPH).

60. Celková cena za plnění původní veřejné zakázky činila 77 862 442,47 Kč bez DPH (92 656 306,54 Kč včetně DPH) a 20 % ceny původní veřejné zakázky tedy činí 15 572 488,50 Kč bez DPH (18 531 261,31 Kč včetně DPH).
61. Na základě výše uvedeného výpočtu dospěl Úřad k závěru, že zadavatel v daném případě nesplnil jednu z podmínek nezbytných pro použití jednacímho řízení bez uveřejnění, jelikož z ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) bodu 3. zákona vyplývá, že celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb pro účely použití jednacímho řízení bez uveřejnění nesmí překročit 20 % ceny původní veřejné zakázky.

#### **VI. K posouzení oprávněného odpočtu „záměny prací“**

62. Ve stejné optice jako k posouzení charakteru plnění obsaženého v položkách č. 33 a č. 103 je podle Úřadu nutné přistoupit i k posouzení „oprávněného odpočtu záměny prací“. Zadavatel v této souvislosti odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R185/2009/VZ-6185/2010/310/EKu ze dne 10. 6. 2010), kde je uvedeno, že v opodstatněných případech lze uznat oprávněnost záměn prací a materiálů (tzv. oprávněné odpočty), a to v situaci, kdy „potřeba záměny vyvstala nezávisle na vůli objednatele, aniž by ji mohl jakkoliv ovlivnit“.
63. Úřad k „oprávněnému odpočtu záměny prací“ uvádí, že oprávněnost odpočtu je především nutné posuzovat ve vztahu ke konkrétnímu zadávacím řízení, resp. ve vztahu ke konkrétnímu posuzovanému plnění, které má být předmětem odpočtu. Pokud tedy předseda Úřadu ve výše citovaném rozhodnutí akceptoval záměnu dodávky materiálu (kabelů) nelze tento závěr automaticky přejímat na odlišná plnění. Předseda Úřadu ve výše citovaném rozhodnutí uvedl, že lze akceptovat odpočet záměny prací v případě, kdy potřeba záměny vyvstala nezávisle na vůli zadavatele, aniž by ji mohl jakkoliv ovlivnit. Takovým případem byl v šetřené zakázce zánik výrobce kabelů a nahrazení jeho dodávek výrobcem jiným, přičemž odpočet provedený zadavatelem považoval předseda Úřadu v tomto případě za oprávněný.
64. Podle Úřadu se ale jedná o kvalitativně jinou situaci než v šetřeném případě, kdy došlo ke „změně“, nikoliv „záměně“ technologie zásunu mostní konstrukce, k jejíž realizaci musel dodavatel zvolit odlišný postup i jinou techniku, což nerozporuje ani zadavatel. Výklad zadavatele, podle kterého by bylo možné akceptovat vzájemný zápočet prací, jejichž předmětem je použití jiných technologií, byť výsledkem těchto prací je splnění „stejného úkolu“, by podle Úřadu vytvářel nebezpečný precedent a byl by v rozporu s pojetím jednacímho řízení bez uveřejnění jako institutu zadání veřejné zakázky, který je nutné pojímat restriktivně.
65. Nad rámec rozhodných skutečností Úřad k objektivně nepředvídané okolnosti odvislé od nerealizace rekonstrukce inundačního mostu, uvádí, že se nemůže ztotožnit se závěrem zadavatele, že je zadavatel nemohl v době zadávání původní veřejné zakázky předvídat. Zadavatel si musel být již v průběhu zadávacímho řízení původní veřejné zakázky vědom, že zadávací řízení na „rekonstrukci inundačního mostu“, které podle jeho vyjádření souviselo se změnou technologie zásunu mostní konstrukce neprobíhá, když dne 2. 5. 2007 byla uzavřena smlouva na plnění původní veřejné zakázky a oznámení o veřejné zakázce na „rekonstrukci inundačního mostu“ ještě nebylo zveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách (zveřejněno dne 14. 9. 2007).

66. Úřad dodává, že zadavatel v souvislosti s nezbytností realizace zásunu mostní konstrukce odlišnou technologií odkazuje na doplnění podmínek stavebního povolení a zároveň uvádí, že z důvodu nerealizace rekonstrukce inundačního mostu bylo možné technologii zásunu „upravit“, neboť nebylo nutné provádět zásun mostní konstrukce korytem Labe. Otázkou zůstává, jakým způsobem by zadavatel postupoval za situace, kdy by měl zakázáno použít rázové mechanismy (doplnění stavebního povolení) a zároveň by se rekonstrukce inundačního mostu realizovala. Zadavatel totiž tvrdí, že původní technologii zásunu mostní konstrukce nešlo realizovat bez použití rázových mechanismů, přičemž ale zároveň uvádí, že „změnu technologie“ umožnila nerealizace rekonstrukce inundačního mostu.
67. K případnému argumentu, že zákon zadavateli neumožňuje zadat vícepráce v hodnotě přesahující 20 % hodnoty původní zakázky, Úřad uvádí, že zákon zadavateli dává v případě víceprací překračujících 20 % původní hodnoty veřejné zakázky možnost řádného dokončení stavebních prací, a to v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona. Aplikace uvedeného ustanovení je ale možná pouze v případě, že prokazatelně existuje jediný dodavatel, který disponuje určitými „vlastnostmi“ nutnými pro dokončení plnění, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. O použití příslušného druhu zadávacího řízení rozhoduje zadavatel, který za způsob zadání veřejné zakázky nese odpovědnost. Je na zadavateli, aby prokázal, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. K posouzení existence důvodů, jež vedou k možnosti plnění pouze jediným dodavatelem, musí zadavatel přistupovat zodpovědně, aby se použitím mimořádného způsobu zadání nedostal do rozporu se zákonem. V neposlední řadě je zadavatel rovněž povinen zajistit, aby objektivní existence důvodů, která vedla k aplikaci jednacím řízení bez uveřejnění, byla prokazatelná a přezkoumatelná. V této souvislosti odkazuje Úřad na rozhodovací praxi Evropského soudního dvora (dále jen „ESD“), např. rozhodnutí C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 (Evropská komise vs. Itálie), ve kterém ESD konstatoval, že ustanovení, která povolují výjimky z pravidel při zadávání veřejných zakázek, musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz články č. 19 a č. 20 rozsudku).
68. Pro posouzení oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona nejsou stěžejní ekonomické důvody zadavatele nebo, jako v daném případě, důvody umožňující či příkazující „změnu“ technologie zásunu mostní konstrukce, ale důvody uváděné v ustanovení § 23 odst. 4 písm. a) zákona a to, že veřejná zakázka může být splněna z technických či uměleckých důvodů, z důvodu ochrany výhradních práv nebo z důvodů vyplývajících ze zvláštního právního předpisu pouze určitým dodavatelem. V situaci, kdy jsou tedy např. technické či umělecké důvody takového charakteru, že předmět veřejné zakázky může být dokončen pouze původním dodavatelem, je zadavatel oprávněn takto dodatečně vzniklé stavební práce či služby zadat v jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 4 písm. a) zákona, což de facto umožňuje urychlení celého procesu zadání. Typicky se bude jednat o opravu (restaurátorské práce) dodaného uměleckého díla, pro které je jedinečnými uměleckými vlastnostmi nadán pouze původní dodavatel.
69. V předmětném případě se však nejedná o situaci, kdy by došlo k zadání dodatečných stavebních prací z důvodu, že existuje pouze jediný dodavatel veřejné zakázky (vybraný uchazeč) schopný splnit předmět plnění. V tomto smyslu zadavatel ani neargumentuje.

70. Úřad uzavírá, že vzhledem ke skutečnosti, že se v případě sporných položek nejednalo o záměnu prací, tedy nelze plnění v těchto položkách vzájemně započíst a hodnota víceprací přesáhla zákonem stanovenou minimální hranici 20 %, nejsou skutečnosti, které vedly ke změně technologie zásunu mostní konstrukce pro posouzení oprávněnosti použití jednacím řízení bez uveřejnění podle § 23 odst. 7 písm. a) zákona relevantní. Podmínky uvedené v ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona musí být splněny kumulativně, pokud tedy jedna z podmínek splněná není, je nadbytečné přezkoumávat splnění podmínek ostatních.
71. S ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, když veřejnou zakázku na dodatečné stavební práce zadal v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž byly splněny podmínky stanovené v ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona, a na tuto veřejnou zakázku uzavřel dodatek č. 1 ze dne 11. 12. 2007 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2007 s vybraným uchazečem, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Nelze totiž vyloučit, že pokud by dodatečné stavební práce zadal standardním zadávacím řízením, mohla být vybrána nabídka obsahující pro zadavatele výhodnější plnění.

## **VII. K uložení sankce**

72. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona.
73. Jak vyplývá z výše uvedeného, zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 21 odst. 2 zákona, neboť veřejnou zakázku zadal podle ustanovení § 23 odst. 7 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by k tomu byly splněny zákonné podmínky, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad připomíná, že zákon označuje za správní delikt nejen jednání, které prokazatelně ovlivnilo zadávací řízení, ale i takové jednání, které pouze mělo potenciál takového ovlivnění, aniž nutně k tomuto ovlivnění prokazatelně došlo. Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je v této souvislosti součástí správního uvážení Úřadu a je pojmovou součástí skutkové podstaty spáchání správního deliktu.
74. K nedodržení zákonem stanoveného postupu Úřad konstatuje, že použití výjimečného způsobu zadání veřejné zakázky přímo určitému dodavateli zákon spojuje se striktním splněním zákonných podmínek, kdy předmět veřejné zakázky není možné zadat v řádném, soutěži otevřeném, zadávacím řízení. Zadavatel při rozhodování o takovém způsobu zadání veřejné zakázky musí vždy spolehlivě prokázat a doložit, že zákonné podmínky použití jednacím řízení bez uveřejnění jsou objektivně splněny. To se však v šetřeném případě nestalo. Neoprávněné použití jednacím řízení bez uveřejnění vedlo k podání jediné nabídky, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a veřejnou zakázku zadal v jiném druhu zadávacího řízení, které umožňuje soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, příp. od jiných dodavatelů.
75. Jelikož zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem dodatek č. 1 ze dne 11. 12. 2007 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2007 a nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky,

přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, naplnil tak skutkovou podstatu správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

76. Podle § 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.
77. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl z podnětu, jenž Úřad obdržel dne 31. 1. 2011. Ke spáchání správního deliktu pak došlo dne 11. 12. 2007, kdy zadavatel uzavřel dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2007 s vybraným uchazečem. Z uvedených údajů vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
78. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 5 % ceny zakázky nebo do 10 000 000 Kč, pokud cena zakázky nebyla nabídnuta, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
79. Cena veřejné zakázky (víceprací), na jejíž plnění byl dne 11. 12. 2007 zadavatelem uzavřen dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo ze dne 2. 5. 2011, a při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, činí podle dodatku č. 1 ze dne 11. 12. 2007 částku 27 652 879,65 Kč včetně DPH.
80. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) činí částku ve výši 1 382 644 Kč.
81. Podle § 121 odst. 2 zákona ve znění pozdějších předpisů přihlédne Úřad při určení výměry pokuty zadavateli k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
82. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem neumožnil účast dalších možných dodavatelů v zadávacím řízení a narušil tak soutěžní prostředí. Na vzniku podmínek, které odůvodnily jeho postup v jednacím řízení bez uveřejnění, se zadavatel přitom sám aktivně i pasivně podílel, když zvolil jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv si musel být vědom toho, že hodnota víceprací přesahuje zákonem stanovené maximum 20 % hodnoty původní veřejné zakázky. K zadání veřejné zakázky formou jednacím řízení bez uveřejnění vybranému, a tedy konkrétnímu dodavateli, nebyly dány ani důvody uvedené § 23 odst. 4 písm. a) zákona, tj. vybraný uchazeč nebyl jediný dodavatel veřejné zakázky schopný splnit předmět plnění. Vybraný uchazeč nebyl v souvislosti s předmětem veřejné zakázky zadané v jednacím řízení bez uveřejnění vystaven jakékoliv konkurenci, neproběhla žádná soutěž o cenu nebo ekonomickou výhodnost nabídky. Úřad konstatuje, že nezákonné omezení, resp. vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, je jedním z nejzávažnějších porušení zákona, jehož hlavním cílem je zajištění účinné konkurence a efektivní hospodářské soutěže. Ve vztahu k šetřenému případu nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňující soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek, příp. od jiných dodavatelů. Z hlediska přiměřenosti sankce Úřad uvádí, že co se týče závažnosti spáchaného deliktu, je nezákonné vyloučení principu soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, jedno z vůbec nejzávažnějších porušení zákona.

83. Úřad při stanovení výše pokuty dále přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. V této souvislosti Úřad odkazuje na nález Ústavního soudu č. 405 uveřejněný ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb. Podle uvedeného nálezu je v případě ukládání pokut vyloučen takový zásah do majetku, v důsledku kterého by byla „zničena“ majetková základna pro další podnikatelskou činnost. Nepřípustné jsou takové pokuty, jež mají likvidační charakter.
84. V souvislosti s následky spáchání správního deliktu Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl ke skutečnosti, že jednání zadavatele vyloučilo princip soutěže, na němž je zadávání veřejných zakázek založeno, a dále zohlednil, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a tedy zadal veřejnou zakázku v některém ze zadávacích řízení umožňující soutěž dodavatelů, mohl obdržet nabídky za vhodnějších podmínek.
85. Za polehčující okolnost při zvažování výše sankce považuje Úřad v projednávaném případě skutečnost, že zadavatel původní veřejnou zakázku zadal v otevřeném zadávacím řízení a umožnil tak soutěž o původní veřejnou zakázku. Ve prospěch zadavatele vzal Úřad v úvahu i tu okolnost, že problematika „oprávněného“ zápočtu méněprací nebyla doposud, mimo případ, na který odkazuje zadavatel, judikována. Úřad však zároveň k těmto polehčujícím okolnostem uvádí, že je nelze považovat za okolnosti, která by „zhojily“ uvedené porušení zákona. Úřad k těmto okolnostem přihlédl při posuzování způsobu spáchání správního deliktu a při zvažování o výši sankce.
86. Vzhledem k nutnosti naplnění sankčních účinků, zejména předcházení budoucího porušování zákona, má Úřad za to, že nelze zcela minimalizovat výši sankčního postihu. Úřad při stanovení výše pokuty dále zohlednil skutečnost, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání.
87. Po zvážení veškerých okolností šetřeného případu a uvážení všech argumentů pro i proti zadavateli, Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou v hodnotě 300 000 Kč vzhledem k souvislostem případu a ve vztahu k výše uvedenému, a to zejména s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž z tohoto důvodu akcentoval ve vztahu k zadavateli právě preventivní účinek uložené sankce.
88. 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 především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad při určení výměry uložené pokuty preferoval preventivní charakter uložení sankce a stanovenou výši pokuty vzhledem k souvislostem případu posoudil jako dostačující. Výše uložené pokuty naplňuje dostatečně vzhledem k okolnostem případu obě funkce právní odpovědnosti.
89. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel již uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu a nápravy tedy nelze dosáhnout. 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 – IČ 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, 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:**

1. Ředitelství vodních cest ČR, Vinohradská 184/2396, 130 52 Praha 3 – Vinohrady
2. EUROVIA CS, a. s., Národní 10, 113 19 Praha 1

### **Vypraveno dne:**

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