



UOHSX00CAVO3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



PŘÍKAZ

Č. j.: ÚOHS-S0188/2019/VZ-12883/2019/523/GHo

Brno: 7. května 2019

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve věci spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) téhož zákona obviněným

- Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „I/6 Bochoř – směr Praha“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 3. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-006964, ve znění opravy uveřejněné dne 24. 4. 2017, vydává podle ustanovení § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, tento

příkaz:

I.

Obviněný – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – se v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky „I/6 Bochoř – směr Praha“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 16. 3. 2017 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-006964, ve znění opravy uveřejněné dne 24. 4. 2017, dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem – ROBSTAV stavby k. s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské předměstí, 397 01 Písek – dopisem ze dne 5. 11. 2018, které směřovaly proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 téhož zákona, neboť v rozhodnutí ze

dne 20. 11. 2018 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 2 citovaného zákona odmítl, **se v odůvodnění rozhodnutí podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách** ze dne 5. 11. 2018, a to konkrétně k argumentaci stěžovatele, podle které od vytvoření projektové dokumentace do podepsání smlouvy o dílo a realizace díla uběhne vždy nějaká doba a situace z místa stavby se vždy částečně změní, v šetřeném případě se však jedná o celkovou výměnu obrusné vrstvy v tloušťce 170 mm včetně opravy povrchu, vyjetých kolejí, výsprav výtluků a podélných a mozaikových trhlin, kdy stěžovatel má za to, že v případě takto rozsáhlé rekonstrukce je zřejmé, že se stěží najdou další práce (položky), které v současném projektu či výkazu výměr nejsou zahrnuté.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto příkazu se obviněnému – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ukládá

pokuta ve výši 45 000 Kč (čtyřicet pět tisíc korun českých).

Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Obviněný – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „obviněný“ nebo „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“) dne 16. 3. 2017 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „I/6 Bochoř – směr Praha“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 17. 3. 2017 pod ev. č. Z2017-006964, ve znění opravy uveřejněné dne 24. 4. 2017 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě II.1.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce a v bodě II.1.3) tohoto oznámení zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil takto: „*[j]edná se o výměnu asfaltových vrstev v celé kategoriální šířce silnice S 11,5. Délka úpravy je 5,600 km. Před započítáním stavebních prací je nutné instalovat dopravně inženýrská opatření. Dále bude v této fázi stavby nutné demontovat části bezpečnostních zařízení v podobě svodidel a zábradlí. Poté bude odfrézována stávající obrusná vrstva v tl. cca 170 mm. Po očištění odfrézovaného povrchu zametením bude provedena vizuální prohlídka za účasti technického dozoru stavebníka. Budou určeny lokality, které budou sanovány. Nezpevněná krajnice bude seříznuta do úrovně odfrézovaného povrchu vozovky a uvedena do požadovaného sklonu. Otevřené příkopy podél silnice I/6 budou strojně pročištěny a v některých místech zpevněny příkopovou tvarovkou. Propustky pod a podél komunikace budou pročištěny tlakovou vodou. Kolmá betonová čela propustků budou přebudována na šikmá čela. Po sanaci trhlin a plošných poruch podkladních vrstev bude přistoupeno k pokládce nových vrstev.*“.
3. Zadavatel stanovil v odst. 2.2 zadávací dokumentace předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 83 853 000,- Kč bez DPH.

4. Z protokolu o otevírání nabídek ze dne 9. 5. 2017 vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 15 nabídek.
5. Rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení, jež zadavatel uveřejnil dne 22. 10. 2018 na profilu zadavatele, zrušil zadavatel zadávací řízení na veřejnou zakázku s odkazem na ust. § 127 odst. 2 písm. d) zákona.
6. Dne 5. 11. 2018 byly zadavateli doručeny námitky stěžovatele - ROBSTAV stavby k.s., IČO 27430774, se sídlem Na Stínadlech 495, Pražské předměstí, 397 01 Písek (dále jen „stěžovatel“) – z téhož dne směřující proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení (dále jen „námitky“). Zadavatel námitky rozhodnutím zadavatele o námitkách ze dne 20. 11. 2018 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), jež bylo doručeno stěžovateli téhož dne, odmítl.

II. POSTUP ÚŘADU

7. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 30. 11. 2018 návrh stěžovatele z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v šetřeném zadávacím řízení.
8. Dne 30. 11. 2018, kdy Úřad návrh obdržel, bylo podle § 249 zákona ve spojení s ustanovením § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „správní řád“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedené Úřadem pod sp. zn. S0495/2018/VZ.
9. Úřad ve správním řízení vedeném pod sp. zn. S0495/2018/VZ rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0495/2018/VZ-01088/2019/523/GHo ze dne 11. 1. 2019 s odkazem na § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 20. 11. 2018 o námitkách stěžovatele. Předmětné rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 30. 1. 2019.
10. Úřad již na tomto místě předesílá, že předmětem správního řízení sp. zn. S0495/2018/VZ nebylo rozhodování o tom, zda se zadavatel v zadávacím řízení na veřejnou zakázku dopustil přestupku ve smyslu § 268 odst. 1 písm. d) zákona. Z uvedeného důvodu má Úřad za to, že správní řízení zahájené vydáním tohoto příkazu z moci úřední není zatíženo překážkou res administrata, z čehož plyne, že ze strany Úřadu nedochází ani k porušení zásady ne bis in idem. Úřad v této souvislosti dodává, že charakter správního řízení vedeného na návrh nelze srovnávat se správním řízením zahájeným z moci úřední, jehož výsledkem je konstatování přestupku a uložení sankce. Jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 58/2011 ze dne 1. 2. 2013), řízení o návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele má povahu kontradiktorního řízení, jehož podstata tkví v posouzení protichůdných zájmů účastníků správního řízení. Předmětem návrhového řízení tedy není posouzení otázky, zda jednání zadavatele naplňuje znaky skutkové podstaty přestupku. S ohledem na uvedené tedy není překážkou, je-li tato otázka řešena samostatně v jiném správním řízení, jehož výsledkem je právě konstatování spáchání přestupku a uložení sankce, přičemž účastníkem tohoto správního řízení je pouze obviněný, jako osoba podezřelá ze spáchání přestupku (srov. § 256 zákona).

11. Pro úplnost lze v této souvislosti rovněž dodat, že v tomto smyslu nedochází ani k popření zásady zákazu dvojího trestání za totéž jednání, resp. za tentýž skutek. Úřad má za to, že jím uložené nápravné opatření svou povahou nelze považovat za trest (sankci) ve smyslu správního trestání. Uvedené vyplývá již ze samotného smyslu nápravného opatření, jehož účelem není zadavatele „potrestat“, ale naopak pouze napravit vzniklý nezákonný stav. Samotné nápravné opatření tak nemá represivní charakter, který je výrazem správního trestání a jehož účelem je postih protiprávního jednání. V této souvislosti lze podpůrně odkázat na závěry vyplývající z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 29 Af 1/2015 ze dne 17. 1. 2017, kde soud mimo jiné uvedl, že „[I]ze rovněž souhlasit s žalovaným (pozn. s Úřadem), že jím ukládaná nápravná opatření nejsou projevem správního trestání, a tedy není možné nazírat na souvztažnost výroků žalovaného o porušení zákona zadavatelem a výroku žalovaného o uložení nápravného opatření stejným pohledem jako v případě souvztažnosti výroku žalovaného o spáchání správního deliktu zadavatele a o uložení pokuty zadavateli za takové porušení zákona. [...] Nelze z ničeho dovodit, že by uložení nápravného opatření mělo mít za následek zánik deliktní odpovědnosti zadavatele (či snad popření toho, že k deliktnímu jednání vůbec došlo), pokud je toto deliktní jednání zároveň důvodem pro ono nápravné opatření.“.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

12. Podle § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich (dále jen „zákon o přestupcích“), správní orgán může o přestupku rozhodnout příkazem. Příkazem lze uložit správní trest napomenutí, pokuty, zákazu činnosti, nebo propadnutí věci nebo náhradní hodnoty.
13. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě byly dostatečně zjištěny skutkové okolnosti pro vydání tohoto příkazu, kdy podle § 150 odst. 1 správního řádu příkaz může správní orgán vydat, považuje-li skutkové zjištění za dostatečné; vydání příkazu může být prvním úkonem v řízení.

K výroku I. příkazu – vyřízení námitek stěžovatele

Relevantní ustanovení zákona

14. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
15. Podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona může zadavatel zrušit zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, včetně důvodů ekonomických, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv.
16. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
17. Podle § 242 odst. 2 zákona musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

18. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
19. Podle § 263 odst. 5 zákona je-li odůvodnění rozhodnutí o námitkách, jímž byly námitky odmítnuty, nepřezkoumatelné pro nesrozumitelnost nebo pro nedostatek důvodů, může Úřad uložit nápravné opatření spočívající toliko ve zrušení rozhodnutí o námitkách; v takovém případě platí, že okamžikem nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu, kterým je toto nápravné opatření ukládáno, byly podány nové námitky s totožným obsahem. Tyto nové námitky nemůže zadavatel odmítnout jako opožděné.
20. Podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že postupuje při vyřizování námitek v rozporu s § 245 odst. 1, 2, 3 nebo 4 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

21. Dle rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zrušil zadavatel zadávací řízení s odkazem na ust. § 127 odst. 2 písm. d) zákona, neboť „*v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, včetně důvodů ekonomických, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv. Tímto důvodem je mimo jiné předpokládaná doba realizace, která byla plánovaná na stavební sezónu v roce 2017. Z důvodu probíhajícího řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže nebyla uskutečněna ani v roce 2017, ani v roce 2018. V důsledku tohoto tedy po dvou letních sezónách a dvou zimních sezónách je nutné provést místní šetření a revizi (aktualizaci) projektové dokumentace, která byla zpracována v listopadu 2016, se zpracováním změn po zimním a letním období 2017 a zimním a letním období 2018. S ohledem na zdlouhavý průběh zadávacího řízení, včetně nadále probíhajícího řízení u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, také cenové nabídky uchazečů již nejsou aktuální.*“

Ke zrušení rozhodnutí o námitkách v obecné rovině

22. Úřad v obecné rovině uvádí, že námitky jsou procesní institut, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele. Jsou-li námitky podány, je zadavatel povinen v rozhodnutí o nich uvést, zda námitkám vyhovuje, či je odmítá, a zároveň toto své rozhodnutí odůvodnit, a to v souladu se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 zákona), tedy tak, aby rozhodnutí zadavatele bylo zpětně přezkoumatelné. Úřad v této souvislosti odkazuje na ustálenou judikaturu (např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010 č. j. 1 Afs 45/2010 – 159), podle které požadavek transparentnosti „*není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.*“ Tato povinnost zadavatele je v § 245 odst. 1 zákona zdůrazněna výslovným požadavkem na to, aby se zadavatel v rozhodnutí o námitkách podrobně a srozumitelně vyjádřil ke všem skutečnostem v nich uvedených.
23. Přímo ze zákonného ustanovení tedy plyne, že zadavatel své povinnosti ve vztahu k řádně podaným námitkám nesplní, pokud se s nimi vypořádá pouze obecným sdělením, aniž by své

rozhodnutí opřel o argumentaci založenou na konkrétních a přezkoumatelných skutečnostech. Za takové (nedostatečné) obecné sdělení je možno např. považovat obecné konstatování, že se namítaného pochybení zadavatel nedopustil a námitky z toho důvodu neshledává relevantní. Povinnost podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách má zadavatel i v případě zcela nesouvisejících či lichých argumentů stěžovatele, a to v tom smyslu, že musí (konkrétním a zpětně přezkoumatelným způsobem) odůvodnit, proč argumentaci stěžovatele pokládá za nesouvisející, resp. lichou.

24. Úřad pokládá za potřebné zároveň vyjasnit, že uvedené nároky, které jsou na vyřízení námitek zákonem kladeny, byť by se mohly na první pohled jevit jako přísné, nejsou ve vztahu k zadavateli nikterak nespravedlivé. Je totiž třeba předně vycházet z toho, že primárním účelem regulace zadávání veřejných zakázek je ochrana prostředků, které jsou prostřednictvím veřejných zakázek vynakládány, a to především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, na jejichž základě jsou veřejné zakázky plněny, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Má-li zadavatel (právě za účelem ochrany hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s takto vydávanými prostředky) zákonem stanovenou obecnou povinnost zadávat veřejné zakázky prostřednictvím v zákoně upravených zadávacích řízení a je-li zadavatel zároveň osobou odpovědnou za zákonný průběh daného zadávacího řízení, není ničeho nepřiměřeného na tom, aby měl zároveň povinnost k námitce stěžovatele svůj postup relevantním způsobem odůvodnit.
25. Jinými slovy řečeno, je-li zadavatel ve své smluvní volnosti zákonem omezen v tom smyslu, že k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku může obecně přistoupit toliko na základě formalizovaného postupu, který musí vyhovět zákonem stanoveným podmínkám, musí na každý svůj krok v zadávacím řízení nahlížet též z toho pohledu, zda je v souladu se zákonem. Za takového stavu věci nemůže pro zadavatele představovat žádný problém své úvahy, na základě kterých dospěl k závěru, že postupuje v souladu se zákonem, stěžovateli sdělit. Navíc je právě férový (transparentní) takový postup zadavatele, kdy obdrží výtky dodavatele a reaguje na ně tak, že se s nimi srozumitelně a jasně vypořádá. To implikuje, že zareaguje na všechny vznesené argumenty a např. uvede, proč je nepovažuje za legitimní. Právě to je základním smyslem řízení o námitkách. Postup, kdy dodavatel vznesl řadu argumentů, pro které považuje postup zadavatele za nezákonný, a zadavatel část z nich ignoruje či na konkrétní argumenty reaguje nedůvodně jen povšechně, aniž by vysvětlil, proč tato námitka není důvodná, nemůže být v souladu se zákonem.
26. Lze konstatovat, že každý dodavatel pohybující se na relevantním trhu má právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se neúspěšně bránil námitkami dle zákona (k tomuto závěru srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 29. 4. 2008, č. j. 5 As 50/2006-137).
27. Jestliže stěžovatel podá zadavateli námitky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí. Je tomu tak především proto, že prostřednictvím rozhodnutí o námitkách zadavatel stěžovatele seznamuje se svým pohledem na stěžovatelem vznesené argumenty, což může mít zásadní význam pro rozhodnutí stěžovatele o jeho dalším postupu, tj. zejména o tom, zda bude proti postupu zadavatele, který jeho námitky odmítl, brojit návrhem u Úřadu či nikoliv. V případě, že se stěžovatel rozhodne návrh podat, jsou pak z povahy věci

skutečnosti uvedené zadavatelem v rozhodnutí o námitkách významným podkladem pro náležitou formulaci a odůvodnění takového návrhu. V situaci, kdy zadavatel svůj postup (zpochybňovaný podanými námitkami) konkrétním způsobem nezodpovídá, je stěžovatel, chce-li hájit své právo na transparentní postup zadavatele, de facto nucen podávat návrh k Úřadu (přičemž nelze přehlížet, že s jeho podáním je spojena i povinnost složit peněžitou kaucí) toliko na základě svých domněnek, tj. aniž by znal argumentaci, na jejímž základě zadavatel pokládá jeho tvrzení za nesprávná či irelevantní. Za této situace by pak bylo krajně nespravedlivé, aby zadavatel až v průběhu správního řízení představil komplexní argumentaci (kterou přitom musí znát od samého počátku, resp. od okamžiku, kdy se pro určitý postup rozhodl) opřenou o relevantní podklady, na základě které by dosáhl zamítnutí návrhu (a případnutí navrhovatelem složené kauce státu).

28. Lze tedy uzavřít, že účelem institutu námitek je, aby se stěžovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení. Právě způsob, jakým mají být podané námitky ze strany zadavatele vyřízeny, je z pohledu dodržení zákona zásadní, přičemž tento závěr je zřejmý i ze skutečnosti, že nedodržení postupu zadavatele při vyřizování námitek je v zákoně kvalifikováno jako přestupek ze strany zadavatele. Důležitost institutu námitek a jejich vyřízení tedy vyplývá i z úmyslu zákonodárce sankcionovat zadavatele v případě, že na námitky nebude reagovat způsobem stanoveným zákonem [k tomu srov. ust. § 268 odst. 1 písm. d) zákona].

Námitky stěžovatele

29. Stěžovatel se v námitkách vyjadřuje mj. k důvodům, pro které zadavatel zrušil zadávací řízení rozhodnutím o zrušení zadávacího řízení. K tomu stěžovatel uvádí, že je zřejmé, že vydání rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení je reakcí na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0127/2018/VZ-27299/2018/322/LKa ze dne 2. 10. 2018 (dále jen „rozhodnutí předsedy Úřadu“), kterým bylo nařízeno předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku s vybraným dodavatelem, kterým je stěžovatel.
30. K argumentu zadavatele, že je nutné provést místní šetření a revizi (aktualizaci) projektové dokumentace, která byla zpracována v roce 2016, uvedenému v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení stěžovatel uvádí, že je mu známo, že zadavatel zcela standardně zadává plnění na základě výsledků zadávacích řízení dle projektů, které jsou mnohem starší než 2 roky.
31. Stěžovatel spatřuje neoprávněnost rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení v tom, že *„měl zadavatel nejprve přezkoumat, zda je anebo není projektová dokumentace aktuální, a až v případě, že by dospěl k závěru, že projektová dokumentace aktuální není, mohl přistoupit ke zrušení zadávacího řízení veřejné zakázky v případě, že by se ukázala nějaká významná neaktuálnost projektové dokumentace. Je přeci jasné, že od vytvoření projektové dokumentace, do podepsání smlouvy o dílo a realizace díla uběhne vždy nějaká doba a situace z místa stavby se vždy částečně změní. V daném případě se ovšem jedná o celkovou výměnu obrusné vrstvy v tloušťce 170 mm včetně opravy povrchu, vyjetých kolejí, výsprav výtlačků a podélných a mozaikových trhlin. Stěžovatel má za to, že v případě takto rozsáhlé rekonstrukce, kdy má dojít k celkové výměně obrusné vrstvy a výsprav trhlin, výtlačků atd., je zřejmé, že těžko se najdou další práce (položky), které v současném projektu či výkazu výměr nejsou zahrnuté.“* Dle stěžovatele se nejedná o důvod uvedený v ust. § 127 odst. 2 písm. d)

zákona, ale o spekulaci zadavatele, který uvádí, že možná bude potřeba aktualizovat projektovou dokumentaci, ale možná také ne.

32. K dalšímu argumentu zadavatele, že cenové nabídky uchazečů jsou neaktuální, uvedenému v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení stěžovatel uvádí, že je pouhou proklamací zadavatele, ničím neodůvodněným tvrzením. Dle stěžovatele se také nejedná o důvod uvedený v ust. § 127 odst. 2 písm. d) zákona.

Rozhodnutí zadavatele o námitkách

33. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách nejprve shrnuje obsah námitek stěžovatele ze dne 5. 11. 2018 a dále se vyjadřuje k jednotlivým námitkám stěžovatele.
34. K námitce stěžovatele, že vydání rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení je reakcí na rozhodnutí předsedy Úřadu uvádí, že již před vydáním tohoto rozhodnutí vyzval účastníka zadávacího řízení dalšího v pořadí k předložení dokladů a informací ve smyslu § 122 odst. 3 zákona. Tento účastník zadávacího řízení však doklady a informace nepředložil s tím, že musí konstatovat, že vzhledem k časovému odstupu předmětného zadávacího řízení, kdy lhůta pro podání nabídek končila dne 9. 5. 2017, a s tím souvisejících změn okolností, zejména enormního nárůstu cen asfaltu za období od podání nabídky do doručení výzvy k jejich předložení, již nepovažuje svoji nabídku za platnou. Zadavatel k tomu dodává, že z uvedeného je zřejmé, že jím tvrzená neaktuálnost nabídek účastníků zadávacího řízení se zakládá na reálných okolnostech a na vyjádřeních některých účastníků zadávacího řízení.
35. Zadavatel uvádí, že námitka stěžovatele týkající se zadávání plnění dle projektů, které jsou mnohem starší než 2 roky, je nepravdivá. Zadavatel k tomu argumentuje, že je vždy provedena aktualizace dokumentace v době zahájení zadávacího řízení, minimálně v části a rozsahu soupisu prací (aktualizace na cenovou úroveň příslušného roku). V případě předmětné zakázky však dle zadavatele uplynula enormně (nestandardně) dlouhá doba od konce lhůty pro podání nabídek (cca 18 měsíců), a přesto stále nedošlo k uzavření smlouvy.
36. Zadavatel dále uvádí, že *„provedl místní šetření již před zrušením [z]akázky, ze kterého vyplynula jak nutnost prověření dokumentace po stránce obsahové dle platných právních předpisů a interních předpisů ŘSD ČR (TKP, ZTKP), tak potřeba změn a úprav zádržného systému, a v neposlední řadě aktualizace soupisu prací na aktuální cenovou úroveň. Z výše uvedeného vyplývá, že [z]adavatel nejprve přezkoumal aktuálnost dokumentace a poté dospěl k závěru, že dokumentace není aktuální a přistoupil ke zrušení zadávacího řízení.“*

Ke zrušení rozhodnutí o námitkách v šetřeném případě

37. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení toho, zda rozhodnutí zadavatele ze dne 20. 11. 2018 o námitkách stěžovatele ze dne 5. 11. 2018 ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy, zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v námitkách tvrzených a zda je tak rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné.
38. Stěžovatel v námitkách napadá důvody pro zrušení zadávacího řízení, které uvedl zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení. Stěžovatel brojí mj. proti argumentu zadavatele, že *„je nutné provést místní šetření a revizi (aktualizaci) projektové dokumentace“* a uvádí, že zadavatel měl nejprve přezkoumat, zda je anebo není projektová dokumentace aktuální a v případě, že by se ukázala nějaká významná neaktuálnost projektové dokumentace, mohl

přistoupit ke zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku. Konkrétně stěžovatel uvádí, že od vytvoření projektové dokumentace uběhne vždy nějaká doba a situace z místa stavby se vždy částečně změní, nicméně v šetřeném případě se jedná o celkovou výměnu obrusné vrstvy v tloušťce 170 mm včetně opravy povrchu, vyjetých kolejí, výsprav výtluků a podélných a mozaikových trhlin, a že v případě takto rozsáhlé rekonstrukce je zřejmé, že se těžko najdou další práce (položky), které nejsou v současném projektu či výkazu výměr zahrnuté.

39. Z uvedeného je zřejmé, že stěžovatel argumentuje v tom smyslu, že od vytvoření projektové dokumentace se situace z místa stavby vždy částečně změní, nicméně v šetřeném případě se jedná o rozsáhlou rekonstrukci pozemní komunikace, kdy se stěžují další položky, které nejsou zahrnuté v současném výkazu výměr. Úřad má za to, že námitka stěžovatele je jasná a srozumitelná a dle názoru Úřadu by se měl zadavatel v rozhodnutí o námitkách přezkoumatelným způsobem k této námitce vyjádřit, a to v tom smyslu, zda došlo od vytvoření projektové dokumentace v důsledku změny v technickém stavu rekonstruované pozemní komunikace k rozšíření výkazu výměr o další položky včetně zdůvodnění svého vyjádření, resp. k jakému rozšíření by konkrétně mělo/mohlo při takto koncipované rekonstrukci pozemní komunikace dojít.
40. Namísto toho zadavatel v rozhodnutí o námitkách pouze uvádí, že provedl místní šetření, ze kterého vyplynula jak nutnost prověření dokumentace po stránce obsahové dle platných právních předpisů a interních předpisů zadavatele, tak potřeba změn a úprav zádržného systému a v neposlední řadě nutnost „aktualizace soupisu prací¹, na aktuální cenovou úroveň“. Zadavatel se však již nevyjadřuje k námitce stěžovatele týkající se rozšíření výkazu výměr o další položky a uvádí pouze nutnost jeho aktualizace na aktuální cenovou úroveň, což nevyovídá nic o aktuálnosti výkazu výměr z hlediska obsahu položek v něm uvedených či o jeho rozšíření o další položky v důsledku změny v technickém stavu rekonstruované pozemní komunikace od vytvoření projektové dokumentace.
41. Úřad uvádí, že přílohu č. 4 zadávací dokumentace tvoří „soupis prací – výkaz výměr“, který obsahuje položky veškerých předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb nezbytných pro zhotovení předmětu veřejné zakázky, přičemž za zpracování zadávací dokumentace a za její správnost a úplnost odpovídá zadavatel. Úřad dále předpokládá, že zadavatel z podstaty své činnosti (mj. zejména provádění údržby a oprav pozemních komunikací) má bohaté zkušenosti s prováděním oprav pozemních komunikací, přičemž současně zná i rozsah a charakter předmětu plnění předmětné veřejné zakázky, aby tak mohl – v úrovni argumentace stěžovatele – jeho námitku řádně vypořádat a uvést, zda došlo (mělo či mohlo dojít) v šetřeném případě od doby zpracování projektové dokumentace v důsledku změny v technickém stavu rekonstruované pozemní komunikace k rozšíření výkazu výměr o další položky či nikoli.
42. Úřad k postupu při vyřizování námitek podle § 245 odst. 1 zákona dodává, že zadavatel se musí nejen vypořádat se všemi námitkami uplatněnými stěžovatelem, ale rozhodnutí

¹ pozn. Úřadu: příloha č. 4 zadávací dokumentace obsahuje dokument „soupis prací – výkaz výměr“, který obsahuje položky veškerých předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb nezbytných pro zhotovení předmětu veřejné zakázky. Z uvedeného plyne, že pokud stěžovatel hovoří o „výkazu výměr“ a zadavatel o „soupisu prací“, hovoří oba o stejném dokumentu. Úřad uvádí, že bude dále uvádět označení výkaz výměr.

o námitkách musí též řádně tj. podrobně odůvodnit, a to ve vztahu ke každé v námitkách uvedené skutečnosti. Rozhodnutí o námitkách musí být odůvodněno přezkoumatelným způsobem, musí být srozumitelné a opřené o relevantní důvody. I kdyby zadavatel považoval některou namítanou skutečnost za irelevantní či se zadávacím řízením nesouvisející, je třeba se i s takovou námitkou vypořádat a zaujmout k ní stanovisko, i kdyby mělo být takové, že námitka se zadávacím řízením nesouvisí, že k namítanému jednání vůbec nedošlo, apod. Nedostatečné odůvodnění rozhodnutí o námitkách způsobuje jeho nepřezkoumatelnost.

43. Úřad konstatuje, že zadavatel se ve svém rozhodnutí o námitkách věcně nevyjádřil k námitce stěžovatele týkající se rozšíření výkazu výměr o další položky, kdy argument zadavatele uvedený v rozhodnutí o námitkách, že vyplynula nutnost aktualizace výkazu výměr na aktuální cenovou úroveň, je ve vztahu k námitce stěžovatele nedostačující. Účelu institutu námitek, tj. aby se stěžovatel, resp. případný navrhovatel primárně dozvěděl autentický názor zadavatele na veškeré jím vznesené připomínky k jeho postupu v zadávacím řízení, tedy nemohlo být dosaženo. Úřad uzavírá, že zadavatel v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky z důvodů uvedených výše nedodržel postup pro vyřizování námitek stanovený v § 245 odst. 1 zákona tím, že se v odůvodnění rozhodnutí ze dne 20. 11. 2018 o námitkách stěžovatele podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách.
44. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že se obviněný v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona tím, že při vyřizování námitek podaných stěžovatelem dopisem ze dne 5. 11. 2018, které směřovaly proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona, neboť v rozhodnutí ze dne 20. 11. 2018 o námitkách stěžovatele, kterým námitky podle § 245 odst. 2 citovaného zákona odmítl, se v odůvodnění rozhodnutí podrobně a srozumitelně nevyjádřil ke všem skutečnostem v námitkách stěžovatele tvrzeným, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto příkazu.
45. Úřad závěrem pro úplnost konstatuje, že znakem skutkové podstaty přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona není [na rozdíl od skutkové podstaty dle § 268 odst. 1 písm. a) zákona] alespoň potenciální vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Proto tuto skutečnost není potřeba ze strany Úřadu dále zkoumat.

K výroku II. příkazu – k uložení pokuty

46. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty, neboť zadavatel svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
47. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let, přičemž podle odst. 6 písm. a) téhož ustanovení zákona se promlčecí doba přerušuje oznámením o zahájení řízení o přestupku.
48. Podle § 31 odst. 1 zákona o přestupcích, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni spáchání přestupku; dnem spáchání přestupku se rozumí den, kdy došlo k ukončení jednání, kterým byl přestupek spáchán. Je-li znakem přestupku účinek, promlčecí doba počíná běžet dnem následujícím po dni, kdy takový účinek nastal.
49. V návaznosti na uvedené Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 270 odst. 5 zákona. Ke spáchání přestupku zadavatelem došlo dne 20. 11. 2018

odesláním rozhodnutí o námitkách, ve kterém se zadavatel (obviněný) podrobně a srozumitelně nevyjádřil k některým skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách, čímž postupoval v rozporu s ustanovením § 245 odst. 1 zákona. Pro úplnost Úřad uvádí, že jiné rozhodnutí o námitkách, které by povinností stanoveným v § 245 odst. 1 zákona dostalo, zadavatel stěžovateli neodeslal. Řízení o přestupku je pak zahájeno doručením tohoto příkazu. Z uvedených údajů je zřejmé, že promlčecí doba ve vztahu k projednávanému přestupku neuplynula.

50. Podle § 268 odst. 2 písm. b) zákona lze za přestupek podle odst. 1, nepoužije-li se postup podle odst. 3, uložit pokutu do 20 mil. Kč, jde-li o přestupek podle § 268 odst. 1 písm. d) zákona.
51. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlídnou zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.
52. Podle § 38 zákona o přestupcích je povaha a závažnost přestupku dána zejména významem zákonem chráněného zájmu, který byl přestupkem porušen nebo ohrožen, dále významem a rozsahem následku přestupku a okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
53. Pokud jde o význam pojmu „závažnost přestupku“, Úřad uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán konkrétní intenzitou naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku tedy není hlavním kritériem jeho skutková podstata, ale intenzita skutkových okolností, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů v konkrétním případě. Z hlediska určení výměry pokuty je proto nutno hodnotit nejen jaké následky byly přestupkem způsobeny, ale také jakou měly intenzitu (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).
54. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že pro zadavatele ze zákona jednoznačně vyplývá povinnost přezkoumat a vyřídit veškeré námitky proti jeho postupu v zadávacím řízení. Tuto povinnost zadavatel v šetřeném případě zákonem předvídaným způsobem nesplnil, neboť námitky sice včas „vyřídil“, ale neuvedl podrobnou formulaci důvodů, pro které nepovažuje jednotlivé dílčí námitky za akceptovatelné a pro které tyto námitky stěžovatele odmítl.
55. Pochybení v podobě nepřezkoumání námitek stěžovatele, kterého se zadavatel dopustil, nelze přitom hodnotit – vzhledem k účelu, jehož má být institutem námitek dosaženo – jako marginální. Zadavatel se v daném případě k dílčím námitkám stěžovatele v rámci své argumentace v odůvodnění rozhodnutí o námitkách vyjádřil nedostatečně. Následkem protiprávního jednání tak bylo, že stěžovateli bylo ze strany zadavatele ke skutečnostem obsaženým v námitkách prezentováno vyjádření, které, jak bylo prokázáno výše, nelze považovat za vyjádření podrobné a srozumitelné.
56. Při posouzení intenzity porušení zákona je třeba vyjít ze skutečnosti, že zadavatel své rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podepřel v zásadě dvěma argumenty: nutností revize (aktualizace) projektové dokumentace a neaktuálností cenových nabídek jednotlivých

uchazečů. Argumentaci stěžovatele (v podrobnostech srov. bod 31. odůvodnění tohoto příkazu), kdy tento namítá, že už původně plánovaný rozsah rekonstrukce komunikace byl tak rozsáhlý, že je obtížně představitelné, že by jej další dva roky používání předmětné komunikace mohly rozšířit, je možno označit za směřující přímo proti jednomu z těchto důvodů a navíc *prima vista* logickou (tj. nikoli zjevně účelovou). Jinými slovy řečeno jedná se nepochybně o námitku, která je způsobilá jeden ze dvou důvodů pro zrušení zadávacího řízení zpochybnit. Za této situace nelze uvažovat o tom, že by se zadavatel nevyjádřil pouze k jakési „okrajové“, „nevýznamné“ části námitek, ale naopak, je třeba konstatovat, že se věcným způsobem nevyjádřil k námitce zásadní. Následkem nevyřízení předmětné části námitek tak byl v šetřeném případě výše uvedený „informační deficit“ na straně stěžovatele též zásadní a přestupek zadavatele tak má přímý dopad na řádný průběh zadávacího řízení, přičemž to byl právě stěžovatel, kdo musel přezkum úkonu zadavatele před Úřadem iniciovat, resp. byl v této souvislosti povinen složit nemalou finanční částku jako kauci. Zároveň je možno přihlédnout též k tomu, že následky přestupku nebyly z pohledu stěžovatele zcela „fatální“ v situaci, kdy Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0495/2018/VZ-01088/2019/523/GHo ze dne 11. 1. 2019, vydaném ve správním řízení iniciovaném stěžovatelem, rozhodnutí zadavatele ze dne 20. 11. 2018 o námitkách stěžovatele podle § 263 odst. 5 zákona zrušil (viz bod 9. odůvodnění tohoto příkazu). I přes posledně uvedenou skutečnost lze ve vztahu k následkům přestupku konstatovat, že se nemůže v žádném případě jednat pouze o přestupek nízké závažnosti.

57. Pro úplnost Úřad dodává, že z hlediska intenzity zásahu do právem chráněného zájmu se nejedná ani o nejzávažnější porušení zákona ze strany obviněného. V daném případě nelze dovodit, že by obviněný zcela rezignoval na posouzení všech námitek, resp. nelze dovodit, že by obviněný námitky jako celek zcela ignoroval, když se alespoň částečně (i když nedostatečně) ke skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách týkajícím se možného rozšíření výkazu výměr o další položky vyjádřil, přesto však při stanovení výše sankce Úřad zvažoval v jaké míře a šíři došlo při vyřizování námitek stěžovatele k nezákonnému postupu ze strany obviněného. Ve prospěch snížení ukládané pokuty Úřad zohlednil skutečnost, že se pochybení obviněného týkalo pouze části námitek podaných stěžovatelem. Pokud jde o posouzení případných polehčujících či přitěžujících okolností, Úřad uvádí, že žádné neshledal.
58. Úřad s ohledem na výše uvedené uzavírá, že – vzhledem k intenzitě skutkových okolností a následků, s jakou došlo k porušení právem chráněných hodnot a zájmů – přestupek spáchaný zadavatelem (obviněným) v šetřeném případě klasifikoval sice jako spíše závažný, ale s přihlédnutím k dalším aspektům případu uvedeným výše, uložil Úřad pokutu s důrazem na její preventivní funkci spíše při spodní hranici zákonné sazby.
59. Při určení výše pokuty Úřad 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 poslední zveřejněné výroční zprávy obviněného za rok 2017 dostupné na oficiálních webových stránkách obviněného na adrese https://www.rsd.cz/wps/wcm/connect/7d1d80e6-2439-4340-b3c8-1fbd172353/RSD%20vyrocni%E2%80%8C-zprava%E2%80%8C%E2%80%8C%E2%80%8C-2017_final_web.pdf?MOD=AJPERES vyplývá, že obviněný ke dni 31. 12. 2017 disponoval aktivy v řádech miliard Kč. Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze vzhledem k výši

finančních prostředků, kterými obviněný disponuje, považovat za nepřiměřeně zasahující (a v tomto smyslu nespravedlivou) ekonomickou situaci obviněného, neboť uložená pokuta je vzhledem k jeho rozpočtovým příjmům zcela marginální.

60. V souvislosti s uvedeným Úřad doplňuje, že pokuta uložená obviněnému za nedodržení pravidel stanovených 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.
61. Závěrem tedy Úřad k výši uložené pokuty konstatuje, že dle názoru Úřadu naplňuje dostatečně obě zmíněné funkce. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto příkazu.
62. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto příkazu 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 příkazu lze podle § 150 odst. 3 správního řádu podat odpor ve lhůtě 8 dnů ode dne jeho oznámení, a to u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Lhůta pro podání odporu běží ode dne následujícího po dni doručení tohoto příkazu. Podáním odporu se příkaz ruší a řízení pokračuje. Lhůty pro vydání rozhodnutí začínají zvonu běžet dnem podání odporu. Zpětvzetí odporu není přípustné. Příkaz, proti němuž nebyl podán odpor, se stává pravomocným a vykonatelným rozhodnutím.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza
JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

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

Vypraveno dne

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