



UOHSX00DJUK4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0163/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-17269/2020/523/JMa

Brno: 9. června 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 21. 4. 2020 z moci úřední, jehož účastníkem je

- obviněný – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1,

ve věci možného spáchání přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) téhož zákona při zadávání veřejné zakázky „**Tunel Ejpovice – inženýrská činnost a technický dozor investora pro stavební práce v rámci stavby Modernizace trati Rokycany – Plzeň**“ v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k podání nabídek ze dne 29. 6. 2017, přičemž oznámení o změně zakázky během doby jejího trvání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 18. 8. 2017 pod ev. č. zakázky 479374 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 157-326144,

rozhodl takto:

I.

Obviněný – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – se dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, tím, že nedodržel postup stanovený v § 55 citovaného zákona, když veřejnou zakázku „Tunel Ejpovice – inženýrská činnost a technický dozor investora pro stavební práce

v rámci stavby Modernizace trati Rokycany – Plzeň“ zadal v jednacím řízení bez uveřejnění na základě výzvy k podání nabídek ze dne 29. 6. 2017, přičemž oznámení o změně zakázky během doby jejího trvání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 18. 8. 2017 pod ev. č. zakázky 479374 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 157-326144, **aniž by byly splněny podmínky pro postup v tomto druhu zadávacího řízení, a to včetně podmínek uvedených v ust. § 63 odst. 3 písm. a) a b) citovaného zákona**, na které obviněný odkazuje, neboť výkon činnosti technického dozoru inženýra není jedinečným uměleckým dílem či výkonem, když technický dozor na stavebním díle nelze považovat za plnění závislé na jedinečných uměleckých vlastnostech dodavatele, ani obviněný neprokázal neexistenci hospodářské soutěže z technických důvodů u citované veřejné zakázky, neboť nelze vyloučit, že existují tuzemští či zahraniční dodavatelé, kteří by byli kvalifikováni se o citovanou veřejnou zakázku ucházet za situace, kdy by obviněný použitím jednacím řízení bez uveřejnění nevyločil hospodářskou soutěž, a na předmět plnění uzavřel dne 28. 7. 2017 dodatek č. 3 ke smlouvě s vybraným dodavatelem – „Sdružení pro Tunel Ejpovice“ vzniklým na základě smlouvy o konsorciu ze dne 28. 3. 2014, jehož členy jsou Inženýring dopravních staveb a.s., IČO 27923673, t. č. se sídlem Na Moráni 3/360, 128 00 Praha 2 a SATRA, spol. s r.o., IČO 18584209, t. č. se sídlem Sokolská 32, 120 00 Praha 2 – ze dne 5. 9. 2014 na plnění veřejné zakázky „Tunel Ejpovice – inženýrská činnost a technický dozor investora pro stavební práce v rámci stavby Modernizace trati Rokycany – Plzeň“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2014 pod ev. č. zakázky 479374, ve znění opravy uveřejněné dne 6. 3. 2014 a 25. 3. 2014, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 1. 2014 pod ev. č. 2014/S 017-026796, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 048-080540 a dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-106254, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele.

II.

Za spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se obviněnému – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ukládá

pokutu ve výši 500 000 Kč (pět set tisíc korun českých).

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

III.

Podle § 95 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, v návaznosti na § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, a § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, **se obviněnému – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1, ukládá**

uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč (jeden tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) příslušný 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 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel podnět s žádostí o prošetření postupu zadavatele – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „obviněný“ nebo též „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Tunel Ejpovice – inženýrská činnost a technický dozor investora pro stavební práce v rámci stavby Modernizace trati Rokycany – Plzeň“ v jednacím řízení bez uveřejnění zahájeném výzvou k podání nabídky ze dne 29. 6. 2017, přičemž oznámení o změně zakázky během doby jejího trvání bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 18. 8. 2017 pod ev. č. zakázky 479374 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 18. 8. 2017 pod ev. č. 2017/S 157-326144 (dále jen „veřejná zakázka v JŘBU“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od obviněného vyžádal stanovisko a dokumentaci o zadávacím řízení předmětné veřejné zakázky v JŘBU. Z předložené dokumentace zjistil Úřad následující skutečnosti.

I. K POSTUPU OBVINĚNÉHO PŘI ZADÁVÁNÍ VEŘEJNÉ ZAKÁZKY

3. Dne 28. 7. 2017 uzavřel obviněný s vybraným dodavatelem – konsorciem „Sdružení pro Tunel Ejpovice“ vzniklým na základě smlouvy o konsorciu ze dne 28. 3. 2014, jehož členy jsou Inženýring dopravních staveb a.s., IČO 27923673, t. č. se sídlem Na Moráni 3/360, 128 00 Praha 2¹ (jako vedoucí člen) a SATRA, spol. s r.o., IČO 18584209, t. č. se sídlem Sokolská 32, 120 00 Praha 2² (dále společně jako „konsorcium“ nebo také „INŽENÝR“) dodatek č. 3 ke smlouvě ze dne 5. 9. 2014 (dále jen „**dodatek č. 3**“) uzavřené mezi obviněným a konsorciem. Smlouva ze dne 5. 9. 2014 (číslo smlouvy objednatele: E618-S-3566/2014/ŠI) byla uzavřena mezi obviněným a konsorciem (dále jen „**smlouva na TDI**“) na plnění předmětu veřejné zakázky „Tunel Ejpovice – inženýrská činnost a technický dozor investora pro stavební práce v rámci stavby Modernizace trati Rokycany – Plzeň“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 1. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 1. 2014 pod ev. č. zakázky 479374, ve znění opravy uveřejněné dne 6. 3. 2014 a 25. 3. 2014, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 24. 1. 2014 pod ev. č. 2014/S 017-026796, ve znění opravy uveřejněné dne 8. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 048-080540 a dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-106254 (dále jen „**původní veřejná zakázka**“). Předmětem původní veřejné zakázky na TDI bylo zejména poskytování či zajištění poskytování inženýrských činností, technického dozoru investora a dalších investorských služeb (dále jen „TDI“). Předmětem dodatku č. 3 je pak prodloužení výkonu TDI konsorciem v rámci stavby „Modernizace trati Rokycany – Plzeň“ (dále jen „Stavba“). Důvodem nutnosti

¹ Ke dni vydání tohoto rozhodnutí vedena v obchodním rejstříku jako Inženýring TKB a.s., IČO 27923673, se sídlem Branická 514/140, Braník, 147 00 Praha 4.

² Ke dni vydání tohoto rozhodnutí vedena v obchodním rejstříku jako SATRA, spol. s r.o., IČO 18584209, se sídlem Pod pekárny 878/2, Vysočany, 190 00 Praha 9.

prodloužit výkon TDI pak bylo uzavření dodatku č. 9 smlouvy na Stavbu, kterým byla prodloužena lhůta pro ukončení Stavby.

4. Zadavatel ve výzvě k podání nabídky v jednacím řízení bez uveřejnění ze dne 29. 6. 2017 (dále jen „výzva k podání nabídky“), jehož výsledkem bylo uzavření dodatku č. 3, uvedl, že tuto veřejnou zakázku na služby zadává podle ust. § 63 odst. 3 písm. a) a b) zákona, *„neboť činnost dodavatele je v podmínkách stavby s názvem Modernizace trati Rokycany – Plzeň (dále též jen „Stavba“) jedinečná a z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž. Vzhledem k jedinečnosti technologií a technologických postupů užitých při Stavbě, jejímu rozsahu a pokročilé fázi je oslovený Dodavatel fakticky jediným možným dodavatelem, který je schopen vykonávat technický dozor investora tak, aby byla Stavba řádně a včas dokončena a došlo k uvedení Stavby do provozu v souladu s povinnostmi Zadavatele na zajištění dopravní obslužnosti v daném regionu.“*
5. Předmětem veřejné zakázky v JŘBU, který zadavatel vymezil v písm. a) výzvy k podání nabídky bylo *„uskutečnění či zajištění uskutečnění inženýrských činností, technického dozoru investora a dalších investorských služeb, potřebných k realizaci investiční akce „Tunel Ejpvovice“, která je součástí stavby „Modernizace trati Rokycany - Plzeň“. Subjekt (dále též „Inženýr“), který bude pro zadavatele vykonávat inženýrskou činnost, bude zajišťovat i technický dozor investora v souladu zákonem č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů. Inženýr (jeho tým) bude odpovídat za zajištění trvalého dozoru ražeb, při kterém je technický dozor na staveništi přítomen nepřetržitě, tj. 24 hodin po 365 dnů v roce. Předmětem plnění je tedy závazek Inženýra provést pro zadavatele, veškeré inženýrské činnosti a technický dozor investora, potřebný k realizaci „Tunelu Ejpvovice“. Činnosti Inženýra se vztahují k technologickým a stavebním celkům, realizovaným v rámci této akce, které byly blíže vymezeny v dalších částech zadávací dokumentace“*. Předmět veřejné zakázky v JŘBU odpovídal předmětu původní veřejné zakázky.
6. V čl. 4 „účel veřejné zakázky“ odst. 4.1 zadávací dokumentace původní veřejné zakázky na TDI obviněný stanovil, že *„[s]tavba „Modernizace trati Rokycany – Plzeň“, obsahující investiční akci „Tunel Ejpvovice“ je součástí modernizace III. Tranzitního železničního koridoru – západní část, který zahrnuje úsek trati z Prahy přes Plzeň do Chebu a dále na státní hranici SRN. Účelem zakázky je zabezpečení realizace investiční akce „Tunel Ejpvovice“, který je součástí stavby „Modernizace trati Rokycany – Plzeň“ a to prostřednictvím zajištění inženýrských činností a technického dozoru investora (dále též „TDI“) ze strany subjektu, který bude pro zadavatele tuto činnost vykonávat.“*
7. V čl. 4 „účel a předmět plnění veřejné zakázky“ odst. 4.2 zadávací dokumentace původní veřejné zakázky na TDI obviněný vymezil předmět plnění této veřejné zakázky následovně: *„Předmětem plnění veřejné zakázky je uskutečnění či zajištění uskutečnění inženýrských činností, technického dozoru investora a dalších investorských služeb, potřebných k realizaci investiční akce „Tunel Ejpvovice“, která je součástí stavby „Modernizace trati Rokycany - Plzeň“. Subjekt (dále též „Inženýr“), který bude pro zadavatele vykonávat inženýrskou činnost, bude zajišťovat i technický dozor investora v souladu zákonem č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů a v souladu se smlouvou a souvisejícími dokumenty, které jsou pro provedení díla závazné. Inženýr (jeho tým) bude odpovídat za zajištění trvalého dozoru ražeb, při kterém je technický dozor na*

staveništi přítomen nepřetržitě, tj. 24 hodin po 365 dnů v roce. Předmětem plnění je tedy závazek Inženýra provést pro zadavatele, veškeré inženýrské činnosti a technický dozor investora, potřebný k realizaci „Tunelu Ejpovice“. Činnosti Inženýra se vztahují k technologickým a stavebním celkům, realizovaným v rámci této akce, které jsou blíže vymezeny v dalších částech zadávací dokumentace.“

8. Dle čl. 4 odst. 4.2 smlouvy na TDI byl stanoven předpokládaný termín ukončení výkonu TDI na měsíc duben 2018.
9. Dle čl. I. odst. 1 dodatku č. 3 byl předpokládaný termín ukončení výkonu TDI změněn na měsíc prosinec 2019.
10. Dle čl. 6 odst. 6.1 „smluvní odměna a platební podmínky“ smlouvy na TDI činí smluvní odměna konsorcia za provedení služeb TDI částku 28 860 688 Kč bez DPH. Před uzavřením dodatku č. 3 pak byly uzavřeny další dva dodatky smlouvy na TDI, když ve znění dodatku č. 2 smluvní odměna činila částku 29 661 373 Kč bez DPH.
11. Dle čl. I. odst. 2 dodatku č. 3 byla smluvní odměna za výkon TDI změněna na částku ve výši 48 142 293 Kč bez DPH, došlo tak k navýšení o částku v celkové výši 19 281 605 Kč bez DPH oproti částce uvedené ve smlouvě na TDI, ze kterého částka 18 480 920 Kč bez DPH tvoří cenový nárůst vzniklý na základě uzavření dodatku č. 3. Zbýlý cenový nárůst ve výši 800 685 Kč bez DPH vznikl již uzavřením dodatku č. 1 smlouvy na TDI ze dne 29. 1. 2015 (dále jen „dodatek č. 1“), kterým byly do smlouvy na TDI zahrnuty i služby geotechnického monitoringu a geotechnického konzultanta. Úřad pro úplnost uvádí, že o změně smlouvy na TDI provedené dodatkem č. 1 rozhodoval v samostatném správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0044/2020/VZ, a to rozhodnutím č. j. ÚOHS-08431/2020/523/GHo ze dne 13. 3. 2020.

Znalecký posudek

12. Před zadáním veřejné zakázky v JŘBU (tj. uzavřením dodatku č. 3) si obviněný objednal znalecký posudek „Posouzení možnosti rozšíření prací výkonu inženýrských činností a technického dozoru investora při realizaci stavby „Modernizace trati Rokycany plzeň“, jehož zpracovatelem byl Ing. Jiří Růžička, CSc., průkaz znalce 1135/Z, vedený u Krajského soudu Praha (dále jen „znalec“); znalecký posudek byl vypracován ke dni 30. 5. 2017 (dále jen „znalecký posudek“). Účelem znaleckého posudku bylo zjištění, zda je obviněný oprávněn zajistit prodloužení výkonu TDI na Stavbě stávajícím dodavatelem, či zda bude nucen výkon TDI na Stavbě zajistit na základě otevřeného zadávacího řízení.
13. Úřad na tomto místě uvádí, že pro posouzení zákonnosti postupu obviněného nebude na tomto místě rekapitulovat obsah znaleckého posudku, ale pouze relevantní informace důležité pro samotné rozhodnutí ve věci, tj. zejména závěry znalce, obsahující doporučení obviněnému jakožto objednateli znaleckého posudku.
14. V závěrech znaleckého posudku znalec nejprve uvedl, že prodloužení doby realizace Stavby bylo způsobeno objektivními a neočekávanými skutečnostmi, které nemohl investor (tj. obviněný), zhotovitel, ani TDI (tj. konsorcium) předpokládat a nijak je nemohl ovlivnit. Uvedl mj., že výkon TDI pak je zcela nezbytný, neboť Stavba je financována z veřejných prostředků a jedná se tak o zákonnou povinnost vyplývající ze zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů.

15. Znalec dále uváděl, že stavba vykazuje řadu specifik jak odborného charakteru, tak obecných. Dále pak uváděl různá rizika vyplývající ze změny TDI. Uvádí, že se doposud nesešel se změnou TDI u podzemních staveb, a připomíná, že se jedná o první nasazení tohoto druhu razicí technologie na území České republiky, a to ve velmi složitých podmínkách. Zároveň však uvádí, že stávající legislativou není změna TDI zakázána. Akcentuje také časové hledisko, kdy s prodloužením Stavby se počítá maximálně po dobu jednoho roku, a případný nutný paralelní výkon stávajícího TDI a nového TDI, kdy nový TDI by vykonával funkci 2, maximálně 4 měsíce.
16. Znalecký posudek uzavírá doporučení zadat zakázku dle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, když *„konsorcium je jediným subjektem v ČR, který má praktické zkušenosti s ražbou pomocí EBPM, konv. průměru 9,8 m v těžkých geologicko-geotechnických podmínkách a složitých hydrogeologických poměrech“*. Zároveň nepovažuje za vhodné zadávat zakázku v jednacím řízení s uveřejněním či otevřeném řízení. Pokud by zakázku získal zahraniční subjekt, dle znalce by šlo o pouhé doložení referencí zahraničních firem, zakázku by však realizovali pouze najatí domácí pracovníci bez zkušeností, s čímž má znalec četné záporné zkušenosti. Zároveň znalec dospěl k závěru, že změna TDI kromě uvedených rizik bude znamenat i zvýšené náklady na výkon TDI a s největší pravděpodobností i na samotnou Stavbu.

Vyjádření obviněného

17. Dne 20. 12. 2019 doručil obviněný Úřadu vyjádření k podnětu z téhož dne, v němž obviněný uvádí své stanovisko k možnému porušení zákona při zadávání veřejné zakázky v JŘBU.
18. Obviněný uvedl, že pro splnění podmínek JŘBU by dodavatel měl disponovat určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, tj. obviněný měl prokázat, že neexistuje objektivně více než jeden dodavatel zakázky. Odkazuje přitom na tvrzení znalce, že v podstatě neexistují dvě tunelové stavby, které by byly raženy ve stejných nebo alespoň obdobných *„geologicko-geotechnických a hydrogeologických podmínkách“*. Členové týmu konsorcia jsou dle obviněného jedinými, kdo působili na jediné předcházející ražbě štítem v ČR, a sice při prodloužení linky metra A v Praze, a zároveň působili také na mechanizovaných ražbách v zahraničí.
19. Dále odkazuje na tvrzení znalce, že tento se za svou praxi nesešel s případem změny TDI u podzemní stavby, když důvodem jsou neúnosná rizika a náklady, které by taková změna nesla (srov. bod 12. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle obviněného je neexistence alternativy ke stávajícímu dodavateli v posuzovaném případě dána extrémní složitostí předmětu plnění a zcela unikátním a nepřenositelným know-how Stavby, které nemohou být z podstaty věci překonány ani zahraničním expertem. Ani zapojení zahraničních expertů tak dle obviněného není možné, neboť nemožnost změny dodavatele v šetřeném případě nezáleží na zemi původu dodavatele, ale na unikátních zkušenostech na konkrétním projektu, tj. neoddelitelného plnění od veřejné zakázky. Upozorňuje na mimořádně obtížné inženýrsko-geologické a hydrogeologické podmínky vedoucí k významným technickým komplikacím. Bez zkušeností a informací stávajícího dodavatele nemůže žádný jiný subjekt řádně hájit zájmy obviněného ve věci víceprací nárokových zhotovitelem Stavby.
20. Dle obviněného není možné předat veškeré informace a znalosti s provedením díla novému dodavateli tak, aby nadále nebylo nutné požadovat součinnost ze strany původního dodavatele, což dle něj potvrzuje i praxe, ve které k výměně TDI v průběhu realizace takto

složitého díla nedochází. Dle obviněného neexistovala přiměřená alternativa jiného dodavatele a tato neexistence stojí na objektivních základech a není důsledkem vlastní činnosti obviněného.

21. Dále obviněný odkazuje na odst. 50 recitálu koordinační směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24 EU o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „zadávací směrnice“), který uvádí: *„Pokud k situaci výlučnosti došlo z technických důvodů, měly by být tyto důvody v každém jednotlivém případě pečlivě vymezeny a odůvodněny. Tyto důvody by mohly například zahrnovat faktickou technickou neschopnost jiného hospodářského subjektu provést požadovaný výkon či nezbytnost použít specifické know-how, nástroje či prostředky, které má k dispozici pouze jeden hospodářský subjekt. Technické důvody mohou rovněž vyplývat ze specifických požadavků na interoperabilitu, jež musí být splněny, aby byl zajištěn průběh stavebních prací, dodávek nebo služeb, jež mají být obstarány.“*
22. Ze znaleckého posudku dle obviněného navíc vyplynulo, že stávající dodavatel by z důvodu velkých rizik spojených se zastavením ražby musel ve výkonu TDI pokračovat i po určitou dobu po uzavření smlouvy s novým dodavatelem a rovněž při výskytu anomálních podmínek kdykoli poté. I tak by obviněný dle svého tvrzení musel uzavřít dodatek č. 3 v JŘBU, když z výše uvedeného jasně vyplývá nepostradatelnost současného TDI při dokončování ražby tunelu. Navíc by obviněný po dobu nejméně 8 měsíců platil dvakrát, tj. téměř polovinu doby, o kterou byla Stavba v důsledku okolností naplňujících znaky vyšší moci prodloužena. Jednalo by se tak dle obviněného o nevhodné vynakládání veřejných prostředků v rozporu se základními zásadami veřejných zakázek.
23. Na závěr pak obviněný nesouhlasí s tím, že by změnu rozsahu smluvní odměny v rozsahu dodatku č. 3 bylo možno považovat za změnu takové intenzity, která by byla v původním zadávacím řízení způsobilá založit přípuštění jiného okruhu uchazečů. Dle obviněného došlo pouze k prodloužení výkonu TDI, za zcela totožných kvalifikačních a ekonomických podmínek, když smluvní odměna byla kalkulována na základě hodinových sazeb obsažených v původní nabídce TDI. Dle obviněného nelze předpokládat, že by při prodloužení doby plnění byl okruh účastníků zadávacího řízení jiný.
24. Obviněný na závěr trvá na tom, že dodatek č. 3 byl uzavřen v souladu se zákonem.

Stanovisko obviněného

25. Dne 30. 1. 2020 odeslal Úřad obviněnému žádost o stanovisko č. j. ÚOHS-03168/2020/523/GHo (dále jen „žádost o stanovisko“). Úřad se nejprve dotazoval, kdy a na základě jakých skutečností obviněný zjistil potřebu prodloužení doby realizace Stavby o 20 měsíců oproti původnímu plánu, vč. doložení tvrzení obviněného listinnými doklady. Dále se dotazoval, zda mělo konsorcium zkušenost s prováděním technického dozoru staveb s ražbou tunelu pomocí tunelovacího stroje EPBM již před Stavbou, nebo je získalo až v průběhu realizace Stavby. Na závěr se pak dotazoval, jakými unikátními znalostmi týkajícími se fungování tunelovacího stroje EPBM ve specifických geologicko-geotechnických podmínkách Stavby disponovalo konsorcium a dále, kde konsorcium tyto znalosti získalo.
26. Dne 7. 2. 2020 Úřad obdržel stanovisko obviněného. Ten ve stanovisku uvedl, že potřeba prodloužení realizace Stavby byla zjištěna již v průběhu ražby zahájené 31. 1. 2015, tj. před

uzavřením dodatku č. 9 smlouvy na Stavbu. Doba prodloužení o 20 měsíců pak dle obviněného vycházela z podmínek v průběhu výstavby a z kvalifikovaného předpokladu dalšího vývoje Stavby a jako rozhodující podklad pak posloužil obviněnému znalecký posudek.

27. Konsorcium dle obviněného získalo zkušenosti s prováděním technického dozoru stavebníka již před Stavbou, a to z projektu prodloužení trasy metra A v Praze, kde se jednalo o první ražbu prováděnou metodou TBM s TBM stroji, které jsou obdobou strojů EPBM. Rovněž pak uvedl, že zkušenosti pracovníci konsorcia kromě z tuzemska získali i na dalších akcích v Rakousku a Itálii.
28. Pokud jde o unikátnost znalostí fungování tunelovacího stroje EPBM ve specifických geologicko-geotechnických podmínkách Stavby, ty dle obviněného konsorcium získalo jak v rámci výkonu TDI u zmíněné stavby prodloužení linky metra A v Praze, tak i v rámci Stavby. Unikátnost znalostí pak je dána zejména specifičností Stavby (a obecně podzemních staveb, které jsou dle obviněného vždy unikátním dílem).

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

29. Úřad vydal dne 20. 4. 2020 příkaz č. j. ÚOHS-11794/2020/523/GHo, který byl obviněnému doručen dne 21. 4. 2020 a kterým rozhodl, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona (výrok I. příkazu) a současně obviněnému uložil za spáchání přestupku pokutu ve výši 500 000 Kč (výrok II. příkazu). Dnem doručení příkazu obviněnému bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) a § 90 odst. 1 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o přestupcích“) zahájeno správní řízení z moci úřední.
30. Účastníkem správního řízení je podle § 256 zákona obviněný.
31. Proti uvedenému příkazu podal obviněný dne 28. 4. 2020 odpor. Podle § 150 odst. 3 správního řádu se podáním odporu příkaz ruší a řízení pokračuje, přičemž lhůty pro vydání rozhodnutí začínají znovu běžet dnem podání odporu.
32. Úřad obviněnému usnesením č. j. ÚOHS-12908/2020/523/JMa ze dne 30. 4. 2020 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Stanovisko obviněného Úřad obdržel dne 6. 5. 2020.
33. Usnesením č. j. ÚOHS-15546/2020/523/JMa ze dne 26. 5. 2020 určil Úřad obviněnému podle § 261 odst. 3 zákona lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Ve lhůtě stanovené Úřadem ani později se obviněný k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Odpor ze dne 28. 4. 2020

34. Úřad nejprve uvádí, že obviněný v podaném odporu uvádí totožné argumenty, jako ve svém vyjádření k podnětu ze dne 20. 12. 2019 (srov. bod 17. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uzavření dodatku č. 3 v JŘBU nadále považuje za souladné se zákonem, když naplnil podmínky pro užití JŘBU podle § 63 odst. 3 písm. a) a b) zákona. K tomu pak dodává, že i kdyby Úřad dospěl k závěru, že se obviněný přestupku uvedeného ve výroku I. příkazu dopustil, měla být pokuta uložena pouze v symbolické výši s ohledem na to, že obviněný

učinil vše, co reálně učinit mohl (včetně zajištění znaleckého posudku a provedení průzkumu trhu), aby postupoval v souladu se zákonem.

Vyjádření obviněného ze dne 6. 5. 2020

35. Ve vyjádření ze dne 6. 5. 2020 doručeném Úřadu téhož dne obviněný převážně zopakoval své argumenty z podaného odporu, ale i z dřívějšího vyjádření k podnětu (srov. bod 17. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad dle obviněného nesprávně nahlíží na skutkový stav, když posuzovanou otázkou není, zda na trhu existují další dodavatelé, kteří jsou schopni řádně a v souladu s požadavky obviněného poskytnout služby TDI, ale otázka, zda je možné služby původního TDI předat v takové fázi rozpracovanosti tunelové stavby, v jakém se nacházel tunel Ejpovice po 3,5 letech plnění TDI na dalšího dodavatele, či nikoliv, přičemž obviněný uvádí, že taková změna možná není.
36. Dle obviněného není reálně možné předat veškeré informace a znalosti s provedením díla novému dodavateli tak, aby nadále nebyla nutná součinnost ze strany původního dodavatele, což dle obviněného potvrzuje i praxe, ve které k výměně TDI v průběhu realizace takto složitějšího díla nedochází. Úřad tak dle obviněného v příkazu posoudil věc pouze na základě vlastních „domněnek a interpretací“, aniž by provedl jakékoliv šetření, které by prokázalo možnost zadání předmětu dodatku č. 3 v některém z otevřenějších druhů zadávacího řízení.
37. Na rozdíl od Úřadu obviněný dle svého vyjádření provedl interní hloubkové posouzení možnosti užití JŘBU. Uvádí, že oslovil skupinu nezávislých odborníků na trhu s otázkou, zda vnímají výměnu TDI v průběhu Stavby za možnou, přičemž uvádí, že získal e-mailové vyjádření autorizovaného inženýra pro geotechniku a dopravní stavby a člena tunelářské asociace Ing. Otakara Hasíka, který výměnu považuje za neuskutečnitelnou.
38. Úřad přitom dle obviněného v příkazu uvádí i nepravdivé informace. Jde zejména o konstatování, že dokončování či pokračování v již započatém plnění je údajně obvyklé. Záměna TDI se u takto rozsáhlých staveb dle informací obviněného neprovádí a Úřad v příkazu neuvádí jediný konkrétní případ, kdy by u takto rozsáhlého podzemního díla proběhla výměna TDI.
39. Dle obviněného v případě uzavření JŘBU na dodatek č. 3 nešlo o snahu zjednodušit si situaci, ale o snahu zajistit stav, kdy bude možné dokončit celý projekt Stavby řádně, bezpečně a s co možná nejmenšími časovými prodlevami s ohledem na geologicko – geotechnické a hydrogeologické obtíže, které Stavbu provází. Okruh možných dodavatelů tak byl dle obviněného omezen již z povahy samotného předmětu plnění dodatku č. 3. Rizikům z předání TDI se obviněný údajně nemohl vyhnout ani prostřednictvím zadávacích podmínek, včetně technické kvalifikace či smluvních podmínek.
40. Obviněný uvádí, že se Úřad neřídil zásadou materiální pravdy, když nezjistil vlastní činností stav věci prostý důvodných pochybností, přičemž odkazuje zejména na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 12. 2010, č. j. 4 Ads 44/2010-132. V závěru této části vyjádření tak apeluje na Úřad, aby své rozhodnutí nezakládal pouze na neúplných skutkových zjištěních a domněnkách. V další části svého vyjádření pak obviněný zopakoval svoji argumentaci ze svých dřívějších vyjádření a odporu týkající se oprávněnosti užití JŘBU.

41. Dále pak obviněný uvádí, že i pokud by Úřad trval na naplnění definice přestupku, má být uložena pokuta pouze v symbolické výši, když obviněný učinil reálně vše, co mohl, aby postupoval v souladu se zákonem. Pokutu ve výši 500 000 Kč považuje za zcela nepřiměřenou jak ve vztahu k šetřené veřejné zakázce, tak ke stávající rozhodovací praxi Úřadu k ukládání pokut za porušení pravidel při aplikaci JŘBU. Dle obviněného uložena pokuta neplní ani represivní, ani preventivní funkci. Represivní funkce nebyla naplněna dle obviněného proto, že obviněný zákon neporušil. Preventivní pak proto, že u takto přemrštěné výše pokuty může v zadavatelích být vzbuzen dojem, že v případě, kdy se bez svého zavinění dostanou do situace, kdy není bez rizik na realizovatelnost projektu možné zadat veřejnou zakázku jinému než stávajícímu dodavateli, budou následně automaticky vystaveni přemrštěným sankcím ze strany Úřadu. Mohlo by tak docházet k otevřeným zadávacím řízením i v případech, kdy by to zcela odporovalo smyslu a účelu plnění a docházelo by tak k maření již probíhajících projektů, jako by tomu bylo ostatně dle obviněného i u dodatku č. 3, pokud by jej obviněný zadával v otevřeném řízení.
42. Pokuta dle obviněného představuje značný zásah do jeho stávajícího ekonomického postavení. Úřad měl při výpočtu pokuty důsledně zohlednit faktory jako provedení průzkumu trhu či zadání znaleckého posudku jako polehčující okolnosti a snížit podstatným způsobem případnou výši pokuty. Uhrazení pokuty ve výši 500 000 Kč za přestupek, kterého se obviněný nedopustil, dle něj není v souladu s povinností postupovat s péčí řádného hospodáře, kterou jako státní organizace má. V obdobných správních řízeních přitom Úřad dle obviněného ukládá finanční postihy v mnohem nižší částce, a to v rozmezí od 4 500 Kč do 250 000 Kč, přičemž toto dokládá tabulkou obsahující rozhodnutí Úřadu vydaná v období od října 2018 do března 2020. Na závěr pak obviněný uvádí, že navržená pokuta by na něj měla o to větší dopad v souvislosti s probíhající nemocí COVID-19, resp. jejích ekonomických důsledků. Opakuje pak, že uvedenými argumenty o výši uložené pokuty není nijak dotčeno jeho přesvědčení, že se nedopustil protiprávního jednání a neměl by mu být uložen žádný trest.
43. Obviněný tak je přesvědčen, že Úřad by měl řízení zastavit v souladu s § 257 písm. f) zákona.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

44. K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení právních předpisů

45. Podle § 55 zákona pro zadání veřejné zakázky v nadlimitním režimu může zadavatel použít otevřené řízení nebo užší řízení a za splnění dále uvedených podmínek také jednací řízení s uveřejněním, jednací řízení bez uveřejnění, řízení se soutěžním dialogem nebo řízení o inovačním partnerství.
46. Podle § 63 odst. 3 zákona zadavatel může také použít jednací řízení bez uveřejnění, pokud veřejná zakázka může být splněna pouze určitým dodavatelem, neboť
- předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon,
 - z technických důvodů neexistuje hospodářská soutěž, nebo
 - je to nezbytné z důvodu ochrany výhradních práv včetně práv duševního vlastnictví.

47. Podle § 63 odst. 4 zákona jsou podmínky podle odstavce 3 písm. b) a c) splněny pouze v takovém případě, že nelze využít jiného postupu a že zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.
48. Podle § 222 odst. 1 zákona, není-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.
49. Podle § 222 odst. 3 zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by
- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
 - b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
 - c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
50. Podle § 222 odst. 9 zákona se pro účely výpočtu hodnoty změny nebo cenového nárůstu původní hodnotou závazku rozumí cena sjednaná ve smlouvě na veřejnou zakázku upravená v souladu s ustanoveními o změně ceny, obsahuje-li smlouva na veřejnou zakázku taková ustanovení. Celkový cenový nárůst související se změnami podle odstavců 5 a 6 při odečtení stavebních prací, služeb nebo dodávek, které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, nepřesáhne 30 % původní hodnoty závazku.
51. Podle § 273 odst. 6 zákona se změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv uzavřených podle zákona č. 137/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona (dále jen „ZVZ“), nebo podle zákona č. 139/2006 Sb., ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona, ode dne nabytí účinnosti tohoto zákona posuzují podle tohoto zákona. Do součtu cenového nárůstu změn závazku ze smlouvy podle § 222 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. c) se započítávají i změny závazků ze smluv na veřejné zakázky nebo koncesních smluv provedené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona.

Právní posouzení

52. V obecné rovině Úřad konstatuje, že JŘBU je ze své povahy nejméně transparentním a pro hospodářskou soutěž „otevřeným“ druhem zadávacího řízení, který lze dle § 55 zákona zvolit jen za naplnění zákonem taxativně stanovených podmínek. Již v rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie ve věci C-385/02 ze dne 14. 9. 2004 bylo konstatováno, že ustanovení směrnice o možném použití jednacího řízení bez uveřejnění „*musí být vykládána restriktivně a důkazní břemeno ohledně existence výjimečných podmínek odůvodňujících výjimku nese ten, kdo se jich dovolává (viz v tomto smyslu rozsudky ze dne 18. 5. 1995, Komise v. Itálie, C-57/94, Recueil, s. I-1249, bod 23, a ze dne 28. 3. 1996, Komise v. Německo, C-318/94, Recueil, s. I-1949, bod 13).*“ Z této premisy se následně vyvinula i konstantní tuzemská judikatura, ze které je možno odkázat např. na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2012-160 ze dne 3. 10. 2013, kde soud k použití jednacího řízení bez uveřejnění uvádí, že „*použití jednacího řízení bez uveřejnění [je] jednou z výjimek z jinak povinného použití ,otevřenějších‘ zadávacích řízení – zásadně řízení otevřeného podle § 21 odst. 1 písm. a) ZVZ...*

Pokud jde o obecnější rovinu, tu lze skutečně použít východiska Soudního dvora o potřebě restriktivního výkladu výjimky spočívající v možnosti použít jednací řízení bez uveřejnění, jak plyne z rozsudku Soudního dvora ze dne 14. 9. 2004 ve věci C-385/02 (Komise proti Itálii)“. Důkazní břemeno i břemeno tvrzení leží v tomto případě na zadavateli, a je tedy na něm, aby prokázal naplnění všech zákonných podmínek pro použití výjimky spočívající v zadávání v tomto druhu zadávacího řízení. Toto východisko je přitom judikaturou konstantně potvrzováno, jak uvedl např. Krajský soud v Brně v rozhodnutí č. j. 62 Af 30/2018-101 ze dne 17. 10. 2019, kde je konstatováno, že „Zdejší soud je s judikaturou Soudního dvora Evropské unie (žalovaným zmiňované rozsudky ze 10.3.1987, C-199/85, ze dne 28.3.1996, C-318/94, ze dne 14.9.2004, C-385/02, ze dne 18.5.1995, C-57/94, a nadto i rozsudky ze dne 17.11.1993, C-71/92, ze dne 10.4.2003, C-20/01, ze dne 10.4.2003, C-28/01) i tuzemských správních soudů (rozsudky zdejšího soudu ze dne 3.10.2013, č.j. 62 Af 48/2012-160, ze dne 13.1.2015, č.j. 62 Af 95/2013-74, ze dne 10.7.2014, č.j. 62 Af 93/2013-34, ze dne 28. 6. 2017, č.j. 31 Af 35/2015-80, a rozsudky Nejvyššího správního soudu ze dne 25.11.2015, č.j. 3 As 18/2015-32, ze dne 31.8.2015, č.j. 8 As 149/2014-68, a ze dne 11.1.2013, č.j. 5 Afs 42/2012-53), podle nichž důkazní břemeno ohledně existence okolností opravňujících k použití jednacího řízení bez uveřejnění leží na tom, kdo se jich dovolává, dobře seznámen a nemá v nejmenším úmyslu se od této judikatury v nyní posuzované věci jakkoli odchylovat.“

53. V šetřeném případě obviněný ve výzvě k podání nabídek uvedl, že JŘBU použil v souladu s § 63 odst. 3 písm. a) a b) zákona (srov. bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
54. K užití JŘBU podle § 63 odst. 3 zákona Úřad v obecné rovině uvádí, že toto ustanovení obsahuje výjimky umožňující užití JŘBU v případech, kdy veřejná zakázka může být plněna pouze určitým dodavatelem, a to obecně z důvodů uměleckých, technických nebo z důvodů ochrany výhradních práv. Dle komentáře k § 63 odst. 3 zákona „[s]pecifikem těchto důvodů opravňujících zadavatele k postupu v rámci jednacího řízení bez uveřejnění tedy je, že veřejná zakázka může být na základě některého ze stanovených důvodů splněna pouze jediným dodavatelem, který disponuje určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel. Musí tedy být dána prokazatelná objektivní nemožnost ostatních dodavatelů poskytnout zadavateli jím požadované plnění a pro zadavatele tedy neexistuje jiné řešení než veřejnou zakázku zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli. Objektivní nemožnost v uvedeném smyslu je pak třeba zkoumat k okamžiku zahájení tohoto (druhu) jednacího řízení bez uveřejnění, přičemž zadavatel musí nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel veřejné zakázky. ... Zadavatel by měl při zkoumání toho, zdali jsou splněny podmínky pro užití tohoto druhu zadávacího řízení, vycházet nejen ze stavu dodavatelského portfolia existujícího na území České republiky, ale též ze stavu na celém území Evropské unie (aby nedošlo k omezení vnitřního trhu Evropské unie) a teprve potom zhodnotit, zda jsou skutečně naplněny podmínky pro tento postup“.
- (Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, Systém ASPI)
55. Důvody umělecké jsou obsaženy v písm. a) ustanovení, které opravňuje zadání veřejné zakázky určitému dodavateli v JŘBU v situaci, kdy předmětem plnění veřejné zakázky je jedinečné umělecké dílo nebo výkon. Aby užití předmětného ustanovení bylo možné, jsou na předmět veřejné zakázky kladeny dvě podmínky. První podmínkou je, že musí být jedinečný.

Druhou podmínkou pak je, že předmět musí být uměleckým dílem nebo uměleckým výkonem.

56. V šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky výkon činností na Stavbě, které mají dozorový charakter (srov. bod 5. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Přestože Úřad nerozporuje, že Stavba jako taková může být díky svým specifikům dílem unikátním, nelze ji v žádném případě označit za dílo umělecké, jehož provedení je vázáno na jedinečné umělecké vlastnosti dodavatele Stavby. Ačkoliv český právní řád umělecké dílo přímo nedefinuje, demonstrativní výčet toho, co můžeme považovat za umělecké dílo, lze nalézt v § 2 odst. 1 zákona č. 121/2000 Sb., o právu autorském, o právech souvisejících s právem autorským a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „autorský zákon“). O to spíše pak nemůže být za umělecké dílo považována technická dozorová činnost nad takovým dílem. Co se týká uměleckého výkonu, jeho definici již autorský zákon přímo obsahuje, když se dle § 67 odst. 1 autorského zákona jedná o výkon herce, zpěváka, hudebníka, tanečníka, dirigenta, sbormistra, režiséra nebo jiné osoby, která hraje, zpívá, recituje, předvádí nebo jinak provádí umělecké dílo a výtvoří tradiční lidové kultury. Za umělecký výkon se považuje též výkon artisty, aniž jím provádí umělecké dílo. Z výše uvedeného a z vymezení předmětu veřejné zakázky tak dle Úřadu zcela jednoznačně plyne, že nemá umělecký charakter, tj. nejedná se ani o umělecké dílo (a koneckonců ani o dílo obecně), ani o umělecký výkon. Vzhledem k tomu, že tak jedna z podmínek užití předmětného ustanovení nebyla naplněna, se Úřad na tomto místě dále nezabýval jedinečností předmětu veřejné zakázky a toliko dospívá k dílčímu závěru, že obviněný nebyl oprávněn veřejnou zakázku zadat v JŘBU podle § 63 odst. 3 písm. a) zákona.

57. K ust. § 63 odst. 3 písm. b) pak Úřad obecně uvádí, že i předmětné ustanovení ve spojení s § 63 odst. 4 zákona lze použít pouze za současného splnění stanovených podmínek, jak uvedeno např. v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0071/2018/VZ-21260/2018/323/PBI ze dne 19. 7. 2018: *„Z výše uvedeného plyne, že JŘBU dle § 63 odst. 3 písm. b) ve spojení s § 63 odst. 4 zákona lze použít, pokud jsou současně (kumulativně) splněny tyto podmínky, které musí být vykládány restriktivně:*

a) veřejnou zakázku lze z technických důvodů zadat pouze jednomu konkrétnímu dodavateli; kromě tohoto jediného konkrétního dodavatele neexistuje na území Evropské unie žádný jiný dodavatel schopný předmět veřejné zakázky splnit;

b) zadavatel nemohl využít jiného postupu, zejména neexistuje přiměřená alternativa nebo náhrada zadavatelem poptávaného plnění;

c) zadavatel nestanovil zadávací podmínky veřejné zakázky s cílem vyloučit hospodářskou soutěž.

Zadavatel je povinen nezpochybnitelným způsobem prokázat a náležitě zdokumentovat, že ke dni zahájení JŘBU byly všechny výše uvedené podmínky splněny.“ V souladu s citovaným rozhodnutím tak Úřad posuzoval, zda v šetřeném případě došlo ke kumulativnímu splnění těchto podmínek.

58. K podmínce uvedené pod písm. a) citovaného rozhodnutí předsedy Úřadu Úřad nejprve opakuje, že dodatek č. 3 je toliko dodatkem ke smlouvě na původní veřejnou zakázku, přičemž původní veřejná zakázka byla zadávána v otevřeném řízení. V tomto otevřeném

řízení pak zadavatel mj. v zadávací dokumentaci stanovil i požadavky na technické kvalifikační předpoklady v čl. 9 odst. 9.7. Jednalo se o požadavky na předložení seznamu významných služeb obdobného charakteru a na předložení seznamu realizačního týmu vytvořeného pro plnění předmětu veřejné zakázky. Z protokolu č. 1 o otevírání nabídek ze dne 29. 4. 2014 vyplývá, že nabídku v otevřeném řízení na původní veřejnou zakázku podalo 6 dodavatelů. Z protokolu č. 24 o posouzení kvalifikace pak vyplývá, že kvalifikační předpoklady stanovené obviněným splnili 2 dodavatelé, a to konsorcium a společnost Mott MacDonald CZ, spol. s r.o., IČO 48588733, se sídlem Národní 984/15, 110 00 Praha 1. Z toho Úřad dovozuje, že v době zadávání původní veřejné zakázky zde existoval minimálně jeden další (známý) dodavatel vedle konsorcia, který byl schopen splnit kvalifikační předpoklady stanovené obviněným. Jsou to právě kvalifikační předpoklady, které slouží jako nástroj zadavatelů k omezení okruhu dodavatelů pouze na ty, kteří jsou schopni veřejnou zakázku řádně splnit.

59. Obviněný tvrdí, že k užití JŘBU měl prokázat, že pro splnění podmínek JŘBU by dodavatel měl disponovat určitými vlastnostmi, kterými nedisponuje žádný jiný dodavatel, tj. že objektivně neexistuje více než jeden dodavatel zakázky, přičemž tím je právě konsorcium. Úřad se s první částí tohoto tvrzení obviněného nemůže zcela ztotožnit, když dodává, že dispozice exkluzivními vlastnostmi, které nemá žádný jiný potenciální dodavatel, sama o sobě není dostatečná pro oprávněné užití JŘBU. Úřad nepopírá, že v době uzavření dodatku č. 3 mělo konsorcium jako stávající dodavatel exkluzivní znalosti Stavby, kterými nedisponoval žádný jiný dodavatel. Taková situace však není v prostředí zadávání veřejných zakázek, kdy má být zadáváno dokončení či pokračování v již „započatém“ plnění, nijak neobvyklá (Úřad přitom s ohledem na tvrzení obviněného ve vyjádření po podaném odporu, uvedeném v bodě 38. upřesňuje, že toto platí pro oblast veřejných zakázek obecně a nejedná se tak dle Úřadu o nepravdivou informaci). Je běžné, že stávající dodavatel má exkluzivní znalosti o předmětu veřejné zakázky, které mu dávají značnou výhodu při pokračování v plnění a jeho další působení na předmětu veřejné zakázky by mohlo být v tomto smyslu jednodušší, než předání započatého plnění novému dodavateli. To však dle Úřadu žádným způsobem neobhájuje postup, kdy obviněný zadá takové pokračující plnění stávajícímu dodavateli s vyloučením hospodářské soutěže, tj. prostřednictvím JŘBU, v situaci, kdy na trhu existují další kvalifikovaní dodavatelé způsobilí poskytovat předmětné plnění po předání stávajícím dodavatelem, jehož zajištění je na zadavateli, v šetřeném případě tedy na obviněném. Úřad přitom nevylučuje, že ke změně TDI u velkých podzemních staveb v průběhu plnění nemuselo nikdy dříve na území ČR dojít (příp. běžně nedochází), což však dle Úřadu rovněž samo o sobě nedokazuje, že změna TDI není možná. Úřad poukazuje zejména na časový aspekt šetřené situace, kdy obviněný měl dostatek času připravit se na případný přechod výkonu TDI na nového dodavatele (srov. bod 61. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Přitom Úřad opakuje, že obviněný neprokázal, že by činnost TDI nemohla být vykonávána jiným dodavatelem, resp. že by nemohl být původní dodavatel nahrazen novým dodavatelem, který by byl schopen veřejnou zakázku v souladu s dodatkem č. 3 řádně dokončit, nepovažuje ze strany obviněného za prokázanou.
60. Obviněný se přitom odvolával zejména na informace obsažené ve znaleckém posudku. Ačkoliv ze závěrů znaleckého posudku celkem jednoznačně plyne, že znalec doporučil obviněnému postupovat prostřednictvím jednacního řízení bez uveřejnění podle § 63 odst. 3 písm. b) zákona, tak zároveň na žádném místě nevyloučil existenci jiných dodavatelů v rámci

Evropské unie, kteří by byli kvalifikováni účastnit se soutěže o veřejnou zakázku, pokud by tuto obviněný skutečně připustil. Úřad nepopírá, že rizika uváděná ve znaleckém posudku a potažmo ve vyjádření obviněného k podnětu (srov. bod 14. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) existují, zároveň však uvádí, že to jsou rizika, která nijak nedokládají neexistenci jiných dodavatelů (ať už tuzemských, či v rámci Evropské unie), schopných veřejnou zakázku splnit a službu poskytovanou stávajícím dodavatelem, tj. konsorciem, řádně dokončit. To navíc v situaci, kdy již při zadávání původní veřejné zakázky existoval minimálně jeden dodavatel, který byl schopen splnit kvalifikační předpoklady stanovené obviněným v zadávacím řízení původní veřejné zakázky. Vysoká náročnost a existence významných rizik „předání“ započaté služby novému dodavateli pak samy o sobě nemohou znamenat naplnění podmínek pro užití JŘBU v situaci, kdy reálně mohou existovat na (evropském) trhu dodavatelé, kteří by se mohli účastnit „otevřenějšího“ druhu zadávacího řízení.

61. Obviněný ani jím předložený znalecký posudek dle Úřadu nijak nepopírají možnost, že v případě zadávání veřejné zakázky v některém z „otevřenějších“ a pro hospodářskou soutěž mnohem méně omezujícím druhu zadávacího řízení by mohl existovat dodavatel, který by se o veřejnou zakázku mohl úspěšně ucházet. Pokud existovaly u takového postupu rizika z hlediska hospodárnosti a možných komplikací při provádění Stavby, bylo na obviněném, aby taková rizika eliminoval při dodržování zásad zadávání veřejných zakázek uvedených v § 6 zákona. Přitom Úřad připomíná, že obviněný věděl o nutnosti zajištění TDI na Stavbě po delší dobu, než se kterou počítala Smlouva na TDI před uzavřením dodatku, již od roku 2015, kdy uzavřel dodatek č. 9 ke smlouvě na Stavbu. Měl tak dostatek času na to, danou situaci řešit, a to zejména zajistit součinnost stávajícího dodavatele při předání veřejné zakázky potenciálnímu vybranému dodavateli, který by vzešel ze zadávacího řízení.
62. Tvrdí-li obviněný ve svém vyjádření, že by i v případě změny dodavatel musel nadále nejméně po dobu 8 měsíců současně vykonávat TDI i současný dodavatel a obviněný by tak byl nakonec stejně nucen dodatek č. 3 uzavřít, nemůže Úřad s tímto tvrzením souhlasit. Jak uvedl obviněný ve stanovisku ze dne 7. 2. 2020, nutnost prodloužení doby realizace Stavby (a s ní tak i výkonu funkce TDI na Stavbě) byla zjištěna a upřesňována již v průběhu let 2015 a 2016, ještě před uzavřením dodatku č. 9 smlouvy na Stavbu. Nutnost prodloužení závazku ze smlouvy na TDI vycházela dle obviněného z objektivních podmínek v průběhu stavby. Dodatek č. 3 však byl uzavřen až dne 28. 7. 2017. Dle Úřadu tak byl obviněný naopak v časově dostatečně komfortní situaci, kdy se o nutnosti zajistit výkon TDI na Stavbě i po uplynutí doby uvedené ve smlouvě na TDI dozvěděl již v roce 2015. Nelze tak například vyloučit postup, kdy by nový dodavatel vybraný v rámci otevřeného řízení působil současně s dodavatelem stávajícím ještě před ukončením plnění původní veřejné zakázky, čímž by měl možnost seznámit se s jejím předmětem a následně „převzít zakázku“, aniž by byl obviněný nucen uzavírat dodatek č. 3 postupem v JŘBU. Úřad si je vědom toho, že takováto varianta by skutečně po určitou dobu znamenala navýšení nákladů na výkon TDI v době „současného“ výkonu dvou subjektů. Nicméně nelze beze zbytku vyloučit variantu, kdy by nový dodavatel nabídl takovou jednotkovou cenu, že celkové finanční náklady na výkon TDI by nepřesáhly náklady podle dodatku č. 3, a to zejména v situaci, kdy obviněný hospodářskou soutěž v šetřeném případě zcela vyloučil. Pro úplnost Úřad dodává, že stejně tak ani nelze vyloučit situaci, kdy by v otevřenějším druhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku na dodatek č. 3 mohl uspět též původní dodavatel s nižší nabídkovou cenou (příp. jinak předložením

nejvýhodnějších podmínek plnění z hlediska hodnocení), a to bez komplikací a rizik spojených s předáním výkonu TDI na Stavbě, jejichž existenci Úřad nijak nepopírá.

63. Obhajuje-li obviněný svůj postup zásadou hospodárnosti, pak Úřad uvádí, že jak Úřad, tak soudy ve svých rozhodnutích opakovaně uvedly, že zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před dalšími zásadami. Zadavatel musí předně dbát na to, aby zadal veřejnou zakázku za podmínek hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí dle smyslu a účelu zákona. Uvedené vyplývá též z rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2015 – 357 ze dne 1. 6. 2017. Zde Krajský soud v Brně dospěl k závěru že „... je již bezpředmětnou otázkou, k jaké situaci posléze zvolený postup vedl a zda byl či nebyl hospodárnější, neboť to nemůže mít vliv na zbavení se odpovědnosti za to, že žalobce postupoval v jednacím řízení bez uveřejnění, aniž by pro to byly splněny zákonné podmínky. Obstát nemůže ani tvrzení ohledně ekonomické výhodnosti žalobcem zvoleného postupu, neboť zásada hospodárnosti nemůže mít aplikační přednost před přísně stanovenými podmínkami pro použití jednacím řízení bez uveřejnění.“
64. K tvrzení znalce o tom, že pokud někteří dodavatelé „doloží reference svých mateřských organizací ze zahraničí, bude se jednat pouze o formální akt. Z četných zkušeností znalce vyplývá, že nakonec tyto práce nevykonávají zahraniční experti, ale najatí nezkušení domácí pracovníci.“, Úřad dodává, že toto tvrzení není nikterak znalcem podloženo, kromě jeho zkušeností, a jde tak dle Úřadu o pouhou spekulaci. Úřad připomíná, že je na obviněném, aby v pozici zadavatele „nastavil“ podmínky zadávacího řízení tak, aby eliminoval pro něj existující rizika před případným nekvalitním plněním vybraného dodavatele. Dle Úřadu však v šetřeném případě nebylo prokázáno, že neexistuje žádný jiný dodavatel na jednotném evropském trhu, který by byl schopen veřejnou zakázku splnit, a nebylo tak na místě, aby došlo k úplnému vyloučení hospodářské soutěže.
65. Úřad přitom zjištěný skutkový stav považuje za dostatečný a odmítá tvrzení obviněného, že by rozhodoval v rozporu se zásadou materiální pravdy. Jak již Úřad uvedl výše, důkazní břemeno týkající se oprávněnosti užití JŘBU leží na zadavateli. Úřad přitom ani po přezkoumání důkazů předložených obviněným, tj. zejména znaleckého posudku či e-mailové zprávy Ing. Hasíka, nezískal důvodné pochybnosti o zjištěném skutkovém stavu a považuje shromážděné podklady za dostatečné a kompletní pro vydání rozhodnutí. Ing. Hasík sice ve svém e-mailu nejprve uvádí s ohledem na technické a geologické podmínky výměnu TDI v polovině stavby za „neuskutečnitelnou“, následně však konstatuje, že výměna by vedla ke zvýšení finančních a časových nákladů na Stavbu samotnou, v obou případech odhadem o 25 %, když „vyměnit tým TDI odborného vedení ražby a stavby v této chvíli znamená začít znova“. Dle Úřadu je mezi těmito tvrzeními jistý vnitřní rozpor a vyplývá z nich zejména, že dle Ing. Hasíka je takové řešení v polovině Stavby nevhodné. Dle Úřadu je zde tak opětovně opomínán časový aspekt, na který Úřad poukazoval výše, tj. že obviněný měl dle Úřadu reálnou možnost se na případný přechod výkonu TDI na nového dodavatele vybraného v otevřenějším druhu zadávacího řízení s dostatečným předstihem připravit (nelze přitom vyloučit, že mohl uspět i stávající dodavatel a to i za výhodnějších podmínek než těch, za kterých je plněno v rámci posuzované veřejné zakázky v JŘBU) a tyto náklady tak minimalizovat (srov. bod 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
66. Pro úplnost pak Úřad dodává, že obviněný se ve svých vyjádřeních opakovaně odkazuje i na provedení průzkumu trhu mezi ostatními členy české tunelářské asociace ITA-AITES, kdy se

členů dotazoval, zda se ve své praxi setkali s výměnou TDI během realizace obdobně náročného a složitého podzemního díla, avšak neobdržel jedinou kladnou odpověď. Obviněný však provedení tohoto průzkumu Úřadu nepodložil žádnými dalšími důkazními prostředky. Úřad na tomto místě připomíná, že v souladu s ustálenou rozhodovací praxí leží důkazní břemeno při prokazování splnění podmínek pro užití JŘBU na zadavateli, tj. obviněném (srov. bod 52. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad přitom dodává, že vzhledem k tomu, že skutkový stav považuje za dostatečně prokázaný, aby mohl rozhodnout v souladu se zásadou materiální pravdy uvedené § 3 správního řádu, nepovažuje další dokazování související s uváděným průzkumem trhu za nezbytné pro vydání rozhodnutí.

67. Úřad na tomto místě dále pro úplnost uvádí, že uzavřením šetřeného dodatku došlo ke změně smlouvy na TDI, tj. ke změně závazku ze smlouvy na původní veřejnou zakázku. Na úvod k tomuto Úřad uvádí, že ačkoliv původní veřejná zakázka byla zadávána ještě podle předchozí právní úpravy, tj. ZVZ, na změny závazků z takových smluv se po nabytí účinnosti zákona podle § 273 odst. 6 zákona použije právní úprava obsažená v zákoně. Ustanovení také počítá s tím, že pro účely výpočtu cenového nárůstu podle § 222 odst. 5 písm. c) a odst. 6 písm. c) se započítají i změny závazku ze smlouvy uzavřené před nabytím účinnosti zákona. Vzhledem ke skutečnosti, že zákon nabyl účinnosti dne 1. 10. 2016 a dodatek č. 3 byl uzavřen dne 28. 7. 2017, posuzoval Úřad dovolenost či nedovolenost uzavření dodatku č. 3 jakožto změny závazku ze smlouvy na TDI podle zákona, přičemž pro účely výpočtu celkového cenového nárůstu v bodě 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí započítal i cenový nárůst plynoucí z dříve provedených změn smlouvy na TDI, a to v souladu s § 222 odst. 9 zákona (tj. celkový cenový nárůst).
68. Jak Úřad uvedl v bodě 11. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí, obviněný uzavřením dodatku navýšil hodnotu plnění oproti původní smlouvě na TDI, tj. na původní veřejnou zakázku, o částku v celkové výši 19 281 605 Kč, z původních 28 860 688 Kč bez DPH na celkových 48 142 293 Kč bez DPH. V šetřeném případě tak došlo k cenovému nárůstu o téměř 60 %, když takový cenový nárůst dle Úřadu lze jednoznačně považovat za významné rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 222 odst. 3 písm. c) zákona. To dle Úřadu potvrzuje zejména skutečnost, že celkový cenový nárůst u dodatku č. 3 oproti smlouvě na TDI v původním znění činí téměř 60 %, zatímco při užití zákonných výjimek podle § 222 odst. 5 nebo 6 zákona nemůže celkový cenový nárůst podle § 222 odst. 9 zákona při odečtení služeb (příp. stavebních prací či dodávek, které však v posuzovaném případě nejsou předmětem veřejné zakázky), které nebyly s ohledem na tyto změny realizovány, přesáhnout 30 % původní hodnoty závazku. V šetřeném případě je však celkový cenový nárůst po uzavření dodatku č. 3 téměř 60 % oproti původnímu závazku. Zároveň k uvedenému Úřad doplňuje, že z listin předložených zadavatelem neplyne, že by nějaký rozsah služeb neměl být realizován, a tudíž měl být v rámci výpočtu celkového cenového nárůstu odečten. Z dodatku č. 3 přitom plyne, že došlo právě a jen k prodloužení služeb TDI a s tím souvisejícímu navýšení ceny za tyto služby.
69. Na základě výše uvedeného Úřad shrnuje, že uzavření dodatku č. 3 představuje podstatnou změnu závazku ze smlouvy na původní veřejnou zakázku, kterou obviněný podle § 222 odst. 1 zákona nebyl oprávněn umožnit bez provedení nového zadávacího řízení podle zákona. Jak však Úřad odůvodnil výše, obviněný sice na provedení této změny realizoval nové zadávací řízení, zvolil však JŘBU (jakožto nejméně transparentní a pro hospodářskou

soutěž nejvíce omezující druh zadávacího řízení), přičemž k jeho neoprávněnosti Úřad učinil závěry výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

70. Úřad tak na základě všeho výše uvedeného dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 55 citovaného zákona, když veřejnou zakázku zadal v JŘBU, aniž by byly splněny podmínky pro postup v tomto druhu zadávacího řízení, a to včetně podmínek uvedených v ust. § 63 odst. 3 písm. a) a b) zákona, na které obviněný odkazuje, neboť výkon činnosti technického dozoru inženýra není jedinečným uměleckým dílem či výkonem, když technický dozor na stavebním díle nelze považovat za plnění závislé na jedinečných uměleckých vlastnostech dodavatele, ani obviněný neprokázal neexistenci hospodářské soutěže z technických důvodů u citované veřejné zakázky, neboť nelze vyloučit, že existují tuzemští či zahraniční dodavatelé, kteří by byli kvalifikováni se o citovanou veřejnou zakázku ucházet za situace, kdy by obviněný použitím jednacího řízení bez uveřejnění nevyloučil hospodářskou soutěž, a na předmět plnění uzavřel dne 28. 7. 2017 dodatek č. 3, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele.
71. Postup obviněného v šetřeném případě přitom mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť nelze vyloučit, že pokud by obviněný postupoval v souladu se zákonem a „novou“ smlouvu na výkon TDI zadával v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů, kteří mohli obviněnému nabídnout výhodnější podmínky plnění. Obviněný zadal předmět plnění veřejné zakázky postupem, který zcela postrádá prvky otevřené soutěže, neboť ji bez předchozí soutěže zadal konsorciu, aniž by k tomu byl oprávněn. Svým postupem tedy znemožnil ostatním dodavatelům účastnit se zadávacího řízení, což mohlo ovlivnit výběr dodavatele. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. rozhodnutí

72. Úřad posoudil postup obviněného a vzhledem ke zjištěným skutečnostem přistoupil k uložení pokuty podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona, neboť obviněný svým postupem naplnil skutkovou podstatu přestupku podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

Relevantní ustanovení zákona

73. Podle § 268 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí přestupku tím, že nedodrží pravidla stanovená tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postupy podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu v soutěži o návrh, a zadá veřejnou zakázku, uzavře rámcovou dohodu nebo se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
74. Podle § 268 odst. 2 písm. a) zákona za přestupek podle odstavce 1, nepoužije-li se postup podle odstavce 3, se uloží pokuta do 10 % ceny veřejné zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o přestupek podle odstavce 1 písm. a) až c).
75. Podle § 270 odst. 5 zákona činí promlčecí doba 5 let.

76. Podle § 37 písm. a) a c) zákona o přestupcích se při určení druhu správního trestu a jeho výměry přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem.

K uložení pokuty

77. Úřad se nejprve zabýval otázkou, zda ve vztahu ke spáchanému přestupku uvedenému ve výroku I. nedošlo k zániku odpovědnosti obviněného.
78. Podle § 270 odst. 5 zákona ve znění účinném od 1. 7. 2017 činí promlčecí doba 5 let. Dále Úřad dodává, že 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. V šetřeném případě došlo k zadání veřejné zakázky, tj. k uzavření dodatku č. 3, dne 28. 7. 2017 a promlčecí doba tak začala běžet od 28. 8. 2017. Z uvedeného data je zřejmé, že ke dni vydání tohoto rozhodnutí nedošlo k uplynutí lhůty 5 let a odpovědnost obviněného za přestupek tedy nezanikla.
79. Úřad konstatuje, že celkovou cenu veřejné zakázky, při jejímž zadávání se zadavatel dopustil přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí, zjistil z čl. I. odst. 2 dodatku č. 3, přičemž se jedná o částku představující cenový nárůst provedený dodatkem č. 3. Jedná se tak o částku v celkové výši 18 480 920 Kč bez DPH, tj. 22 361 913,20 Kč vč. DPH. Horní hranice pokuty, která může být za přestupek uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí, tj. 10 % z ceny veřejné zakázky, tak činí částku ve výši 2 236 191,32 Kč.
80. Podle § 37 zákona o přestupcích se při určení druhu a výměry správního trestu přihlédne zejména k povaze a závažnosti přestupku a dále k přitěžujícím a polehčujícím okolnostem. 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, způsobem spáchání přestupku, okolnostmi jeho spáchání (Úřad zde uvádí pouze ty skutečnosti z citovaného ustanovení zákona o přestupcích, které jsou relevantní ve vztahu k posuzovanému případu).
81. Hlavním kritériem, které je dle citovaných ustanovení zákona a přestupkového zákona rozhodné pro určení druhu a výměry správního trestu, je povaha a závažnost přestupku. Jde o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního přestupkového jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Oba uvedené právní předpisy pak demonstrativním výčtem vymezují, co lze pod pojem závažnost přestupku podřadit (význam zákonem chráněného zájmu, význam a rozsah jeho následků, způsob jeho spáchání, okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti přestupku, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující, kdy je třeba konstatovat, že katalog polehčujících a přitěžujících okolností uvedený v § 39 a § 40 zákona o přestupcích je toliko demonstrativní.
82. Pokud jde o význam neurčitého právního pojmu „závažnost přestupku“, Úřad dále uvádí, že stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) je dán také konkrétní intenzitou

naplnění znaků skutkové podstaty přestupku. Při posuzování závažnosti přestupku 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 NSS sp. zn. 1 Afs 106/2012 ze dne 6. 6. 2013).

83. V rámci posouzení povahy a závažnosti přestupku Úřad konstatuje, že v šetřeném případě jednáním obviněného došlo k uzavření dodatku č. 3 v JŘBU, aniž by však byly naplněny zákonné podmínky, resp. smysl použití tohoto druhu zadávacího řízení. Objektem ochrany je v daném případě chráněný zájem spočívající v zachování efektivní hospodářské soutěže o veřejné zakázky. Právě tento právem chráněný zájem lze považovat za esenciální předpoklad hospodárného vynakládání veřejných prostředků v rámci zadávání veřejných zakázek, jelikož jak vyplývá z konstantní judikatury správních soudů či rozhodovací praxe Úřadu, prostřednictvím férové hospodářské soutěže je dosahován cíl a smysl úpravy práva veřejných zakázek, tedy efektivní vynakládání veřejných prostředků. Jinými slovy, jestliže je cílem zákona zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky a jestliže zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli (k tomu blíže srov. rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, sp. zn. 1 Afs 20/2008), je třeba jednání zadavatele, které zcela vyloučí hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku, označit za jedno z typově vůbec nejzávažnějších. V šetřeném případě však Úřad zároveň bere v potaz, že nelze hovořit o zadání veřejné zakázky zcela bez soutěže, když prodloužení výkonu TDI bylo sjednáno jako dodatek k plnění „vysoutěženému“ v otevřeném zadávacím řízení, přičemž hodinová sazba ani počet směn v měsíci členů realizačního týmu nebyly dodatkem č. 3 nijak změněny. Cenový nárůst tak odpovídá pouze době, o kterou bylo prodlouženo plnění. Úřad dále konstatuje, že ačkoliv dospěl k závěru o nedovoleném užití JŘBU obviněným, nelze zároveň nepřihlédnout k jisté složitosti situace, v níž se obviněný nacházel, kdy bylo třeba v poskytování plnění pokračovat v návaznosti na prodloužení doby výstavby. Zároveň však Úřad doplňuje, že konkrétním jednáním obviněného, spočívajícím v postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ačkoliv pro tento druh zadávacího řízení nebyly splněny podmínky, byl právem chráněný zájem v zachování efektivní hospodářské soutěže o veřejné zakázky ze strany obviněného přinejmenším silně narušen, neboť obviněný mohl dobu, po kterou měl vědomost o nutnosti prodloužení poskytování plnění, využít pro poptání plnění v některém z „otevřenějších“ druhů zadávacího řízení.
84. Z hlediska následků jednání obviněného tak Úřad musí konstatovat, že následkem postupu obviněného bylo nedůvodné vyloučení hospodářské soutěže o pokračování výkonu TDI na Stavbě, kdy plnění hrazené z veřejných prostředků bylo zadáno, aniž by proběhla jakákoliv soutěž o šetřenou veřejnou zakázku a došlo k neoprávněnému prodloužení závazku se stávajícím dodavatelem plnění.
85. Úřad ke konkrétnímu významu „závažnosti přestupku“ v šetřeném případě shrnuje, že posoudil způsob spáchání přestupku, jeho následky a intenzitu těchto následků, a dále okolnosti, za nichž byl přestupek spáchán, přičemž stupeň společenské škodlivosti přestupku (tedy závažnosti) vzhledem k vysoké intenzitě následků přestupku a s přihlédnutím k okolnostem jeho spáchání označuje Úřad přestupek jako závažný.

86. Úřad při stanovení výše pokuty v souvislosti se závěry uvedenými v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 9. 4. 2015, sp. zn. 62 Af 123/2013, zohlednil rovněž skutečnost, že od spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí uplynulo více než dva roky, neboť jak Krajský soud v cit. rozsudku dovedl, „*je-li základním požadavkem na zákonnost uložené pokuty její proporcionalita, pak hledisko doby, jež uplynula mezi spácháním správního deliktu a jeho potrestáním, je možným (a někdy nutným) korektivem při úvahách ohledně výše pokuty, k němuž má být přihlédnuto na závěr těchto úvah; aplikace tohoto korektivu má zamezit, aby výše pokuty, jinak řádně stanovena podle zákonem předepsaných kritérií a kritérií nutně aplikovatelných i bez jejich výslovného vyjádření v zákoně (kritérium přiměřenosti s ohledem na míru, ve které výše pokuty může působit pro delikventa likvidačně), celkově nejevila znaky nepřiměřenosti s ohledem na prodlevu, která nastala mezi porušením právní povinnosti a trestem, který za to byl uložen. V rámci správního trestání je totiž třeba dostatečně silně vnímat, že časový horizont toho, kdy se účastníkovi řízení (delikventovi) dostává konečného rozhodnutí ve věci, je neoddelitelnou součástí měřítek celkové spravedlnosti řízení, a že čím je tento časový horizont delší, tím více se rozostřují kontury spravedlnosti jak v očích účastníka řízení, tak i v obecném vnímání veřejnosti a veřejného mínění, což celkově oslabuje důvěryhodnost státní moci. Je nepochybné, že s prodlužujícím se okamžikem potrestání se relativizuje základní vztah mezi spáchaným deliktem a ukládanou sankcí a že doba mezi porušením právní povinnosti a rozhodnutím o sankci má i bezprostřední vliv na účel trestu, jehož má být uložením konkrétní sankce dosaženo“.*
87. Úřad se dále zabýval skutečností, zda přestupek, za který je obviněnému nyní ukládán trest, není v souběhu s dalším přestupkem (správním deliktem) obviněného. Tento postup Úřadu vychází z konstantní rozhodovací praxe správních soudů, kdy je možné odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 18. 6. 2009, č. j. 1 As 28/2009 – 62, popřípadě rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 16. 9. 2016 č. j. 6 As 245/2015 – 33. V prvně uvedeném rozsudku Nejvyšší správní soud konstatoval, že „*soud dovedl, že při trestání správních deliktů týměž správním orgánem se přiměřeně uplatní i principy ovládající souběh trestných činů. Nutnost aplikovat tento trestněprávní institut vyplývá z obecné potřeby použít ve prospěch obviněného analogii z trestního práva ve správním trestání všude tam, kde vzhledem k neexistenci jednotného kodexu správního trestání v českém právním řádu nejsou výslovně upraveny některé základní zásady a instituty, jež by měly být zohledněny v případě jakéhokoliv veřejnoprávního deliktu. K této zásadě se již Nejvyšší správní soud vyslovil např. ve svém rozsudku ze dne 16. 4. 2008, č. j. 1 As 27/2008 - 67, dle něhož „použití analogie ve správním trestání je přípustné, a to v omezeném rozsahu, pouze tam, kdy to, co má být aplikováno, určitou otázku vůbec neřeší, nevede-li takový výklad k újmě účastníka řízení a ani k újmě na ochraně hodnot, na jejichž vytváření a ochraně je veřejný zájem.“*. Soud dále pokračuje tak, že „*[t]restněprávní doktrína uvádí, že souběh „je dán tehdy, jestliže se pachatel dopustil dvou nebo více trestných činů dříve, než byl pro některý z nich vyhlášen soudem prvního stupně odsuzující rozsudek za podmínky, že tento rozsudek později nabyl právní moci a že o něm neplatí fikce neodsouzení“ (viz Šámal, P., Púry, F., Rizman, S.: Trestní zákon. Komentář. I. díl. 6., doplněné a přepracované vydání. C. H. Beck, Praha, 2004, str. 26).’*. Současně je v citovaném rozsudku uvedeno, že pro potrestání souběhu není bezpodmínečně nutné vedení společného řízení, ale je nezbytné použití absorpční zásady, pakliže zde existují sbíhající se správní delikty (nyní přestupky).

88. S ohledem na výše uvedené Úřad zhodnotil, zda je v daném případě na místě zohlednit i jiné sbíhající přestupky, za které již obviněnému byla uložena pokuta podle zákona. Jak již bylo uvedeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, ke spáchání přestupku uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí došlo dne 28. 7. 2017. Úřad ověřil, že v právě projednávaném případě není přestupek obviněného v souběhu s žádným dalším přestupkem.
89. Po pečlivém posouzení šetřeného případu ve všech vzájemných souvislostech Úřad konstatuje, že neshledal žádné další polehčující či přitěžující okolnosti, které by měly vliv na uloženou výši pokuty.
90. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, neboť v určitém případě se pokuta – ať už uložená v jakékoli výši – může jevit jako krajně „nespravedlivá“, a to konkrétně v situaci, kdy by zcela „zmařila“ ekonomickou podstatu pachatele přestupku. Nepřípustné jsou pak takové pokuty, jež mají likvidační charakter. Z obsahu (poslední uveřejněné) výroční zprávy obviněného za rok 2018 umístěné na jeho internetových stránkách <https://www.szdc.cz/o-nas/publikace/vyrocní-zpravy> vyplývá, že obviněný hospodařil v roce 2018 s majetkem v řádu miliard korun. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovenou výši pokuty nelze s ohledem na výši finančních prostředků, jimiž obviněný v rámci svého rozpočtu disponuje, považovat za likvidační. K tomu Úřad dodává, že obviněný nijak nedoložil, z jakého důvodu by uložená pokuta ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí u něj jakožto u organizace hospodařící s rozpočtem v řádu miliard korun měla představovat značný zásah do jeho stávajícího ekonomického postavení, když jediným argumentem obviněného je, že přestupek uvedený ve výroku I. příkazu nespáchal a hrazení pokuty za něj by tak bylo v rozporu s péčí řádného hospodáře. Vzhledem k tomu, že Úřad dospěl ve výroku I. tohoto rozhodnutí k závěru, že obviněný přestupek v něm uvedený spáchal, nepovažuje tuto argumentaci za relevantní.
91. Úřad tak shrnuje, že výše uložené pokuty je vždy individuální a vychází z několika faktorů, mezi které patří horní hranice pro uložení pokuty plynoucí z celkové hodnoty veřejné zakázky, závažnost spáchaného přestupku, jeho následky, ekonomická situace obviněného a dále pak případné polehčující a přitěžující okolnosti či zohlednění dalších sbíhajících se přestupků a nakonec i dřívější rozhodovací praxe v obdobných případech. Jak Úřad odůvodnil výše, závažnost spáchaného přestupku, jakožto jeden z faktorů ovlivňujících výši ukládané pokuty, dosahuje u zadání veřejné zakázky v JŘBU bez naplnění podmínek pro užití tohoto druhu zadávacího řízení vysokého stupně. Ačkoliv tak v šetřeném případě Úřad uložil vyšší pokutu, než v případech uvedených obviněným v jeho vyjádření po podání odporu, je tato výše pokuty dle Úřadu s ohledem na všechny uvedené faktory odpovídající.
92. Úřad přitom dodává, že obecně zvyšování úrovně ukládaných pokut je i v souladu s judikaturou, přičemž lze odkázat na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 46/2011-78 ze dne 6. 12. 2012, kde soud k legitimitě zvyšování úrovně ukládaných pokut uvádí, že *„Ani v otázce obecné nemožnosti průběžně zpříšňovat sankce za porušení ZVZ nelze dát žalobci zapravdu. Nejvyšší správní soud se ve svém rozsudku ze dne 5.6.2008 ve věci sp. zn. 1 Afs 20/2008 (www.nssoud.cz) jasně přihlásil k právnímu názoru, podle něhož smyslem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek je nejen kontrola efektivního vynakládání veřejných prostředků, jak je obecně traktováno jako smysl základní, ale též kontrola (a sankcionování) postupů zadavatelů, které by poškozovaly hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli. To tedy mimo jiné znamená, že právo veřejných*

zakázek je judikatorně řazeno do oblasti práva hospodářské soutěže lato sensu. Jestliže legitimitu zvyšování úrovně ukládaných pokut dovodil (dnešní) Tribunál s ohledem na nezbytnost zajištění účinného uplatňování politiky Společenství v oblasti hospodářské soutěže (věc Degussa AG, T-279/02, rozsudek ze dne 5.4.2006), je podle zdejšího soudu dostatečného důvodu totéž dovozovat z pohledu zajištění účinného uplatňování zákonodárství v oblasti zadávání veřejných zakázek coby součásti práva hospodářské soutěže v širším smyslu. Pak tedy ani průběžné zvyšování úrovně ukládaných peněžitých sankcí nemůže být vnímáno jako postup nezákonný či ve vztahu k pozdějším deliktům spáchaným jinými delikventy obecně nespravedlivý, atakující zásadu rovného zacházení, kterou pochopitelně i žalovaný musí ve své rozhodovací praxi respektovat.“

93. Pokuta uložená obviněnému 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. Uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pociťována jako újma, neboť uložením velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v obviněného materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro obviněného likvidačním. Úřad zároveň dodává, že pokutu v uložené výši nepovažuje s ohledem na závažnost postupu v nejméně transparentním druhu zadávacího řízení za nijak excesivní a nepředpokládá, že důsledkem tohoto rozhodnutí by měla nastat situace, kdy by zadavatelé z obavy postihu neužívali jednací řízení bez uveřejnění v situacích, kdy k tomu budou oprávněni.
94. V tomto smyslu Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do majetkové sféry pachatele přestupku, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Korektivem tu tedy nemůže být tento nepříznivý zásah samotný, ale až situace, kdy by tento zásah nabyl likvidačního charakteru. Kromě toho se v konečném důsledku nemusí uložená sankce projevit (výlučně jen) ve sféře obviněného, neboť je na něm, aby případně využil jiné právní nástroje, pomocí kterých je možno uplatnit nárok na náhradu škody proti konkrétním osobám, které zavinily protiprávní stav, jenž vyústil v uložení sankce.
95. Úřad posoudil postup obviněného ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému přestupku obviněného přistoupil k uložení pokuty obviněnému ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
96. Pokuta je splatná do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj – pracoviště Brno zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO obviněného.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

97. Podle ust. § 93 odst. 1 písm. i) zákona o přestupcích se ve výrokové části rozhodnutí o přestupku, kterým je obviněný uznám vinným, kromě náležitostí podle správního řádu uvede výrok o náhradě nákladů řízení.

98. Správní orgán podle § 95 odst. 1 zákona o přestupcích uloží obviněnému, který byl uznán vinným, povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou. Pokud bylo rozhodnutí o přestupku zrušeno jiným orgánem veřejné moci a tato skutečnost má za následek nesplnění podmínek pro uložení náhrady nákladů řízení, správní orgán nahrazené náklady vrátí.
99. Vzhledem k tomu, že zákon o přestupcích v současné době náklady řízení blíže neupravuje, vycházel Úřad při jejich uložení z obecného právního předpisu, kterým je správní řád.
100. Podle § 79 odst. 5 správního řádu uloží správní orgán povinnost nahradit náklady řízení paušální částkou účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti. Podle citovaného ustanovení správního řádu výši paušální částky nákladů řízení stanoví prováděcí právní předpis. Tímto předpisem je vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), která v § 6 odst. 1 stanoví, že paušální částka nákladů správního řízení, které účastník vyvolal porušením své právní povinnosti, činí 1 000 Kč.
101. Jelikož v daném případě Úřad zahájil řízení o přestupku z moci úřední, neboť dospěl k závěru, že se obviněný dopustil přestupku, je zřejmé, že řízení bylo vyvoláno porušením právní povinnosti obviněného a Úřad je tedy povinen obviněnému uložit náhradu nákladů řízení ve výši stanovené vyhláškou. Z toho důvodu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
102. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2020000163.

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. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

Správa železnic, státní organizace, Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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