



UOHSX00374PJ

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R113/2010/VZ-14590/2010/310/JSI

V Brně dne: 30. září 2010

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 11. 8. 2010 podaném zadavatelem –

- **městem Turnov**, IČ 00276227, se sídlem Antonína Dvořáka 335, 511 22 Turnov, za něhož jedná PhDr. Hana Maierová, starostka, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 15. 4. 2010 společností ML Compet, a. s. (do 10. 8. 2010 podnikající pod obchodní firmou Executive Project Group, a. s.), IČ 27627136, se sídlem Revoluční 655/1, 110 00 Praha, za niž jedná Lucia Novanská, členka představenstva,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – města Turnov, IČ 00276227, se sídlem Antonína Dvořáka 335, 511 22 Turnov, učiněných ve veřejné zakázce s názvem „**Integrovaný terminál veřejné dopravy Turnov – I. etapa**“, zadávané formou otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo zveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60034883, ve znění opravy ze dne 14. 8. 2009, jehož dalším účastníkem je vybraný uchazeč –

- společnost **EUROMONT GROUP, a. s.**, IČ 63147165, se sídlem Velebudice č. p. 210, 434 01 Most, za niž jednají Ing. Jan Vopat, předseda představenstva, a Ing. Petr Klíma, místopředseda představenstva,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – město Turnov, IČ 00276227, se sídlem Antonína Dvořáka 335, 511 22 Turnov, za něhož jedná PhDr. Hana Maierová, starostka (dále jen „zadavatel“), uveřejnil v souladu s ust. § 26 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), v informačním systému o veřejných zakázkách dne 10. 8. 2009 pod evidenčním číslem 60034883 oznámení otevřeného řízení podle § 27 zákona, a to za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Integrovaný terminál veřejné dopravy Turnov – I. etapa“. Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Úřad obdržel podnět k zahájení správního řízení z důvodu možného porušení zákona zadavatelem. Na základě tohoto podnětu si od zadavatele vyžádal příslušnou dokumentaci, z níž nabyt pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele při zadání shora uvedené veřejné zakázky, konkrétně zda zadavatel postupoval v souladu s § 6 zákona, když v souvislosti se změnou zadávacích podmínek neprodloužil lhůtu pro podání nabídek zájemcům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně při posouzení nabídek z hlediska splnění podmínek zadání prodloužil s odkazem na § 76 odst. 3 zákona uchazečům, kteří nabídku podali a nepředložili odpovídající bankovní záruku. Vzhledem k tomu, že zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek až po jejich podání, kdy již obsah nabídek nelze měnit, vznikly současně Úřadu pochybnosti o souladu postupu zadavatele s § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 76 odst. 6 zákona. Úřad proto dne 25. 3. 2010 zahájil správní řízení z moci úřední, za jehož účastníky označil zadavatele a vybraného uchazeče, společnost EUROMONT GROUP, a. s., IČ 63147165, se sídlem Velebudice č. p. 210, 434 01 Most (dále jen „vybraný uchazeč“).
3. K zahájenému správnímu řízení zadavatel uvedl, že žádosti dodavatele BAK stavební společnost, a. s., IČ 28402758, se sídlem Vodní 177, 541 01 Trutnov (dále jen „BAK“) o dodatečné informace spolu s žádostí o prodloužení lhůty nevyhověl po konzultaci s osobou mající odborné zkušenosti v oblasti bankovníctví a vzhledem k povaze zpřesnění podmínek zadání. Zadavatel nesouhlasil se sdělením dodavatele BAK, že z důvodu změny zadávacích podmínek nemohl podat svoji nabídku a poukazuje na skutečnost, že společnost BAK

nepodala v průběhu zadávacího řízení proti postupu zadavatele námitky či podnět k Úřadu. Uchazeč SaM silnice a mosty, a. s., IČ 25018094, se sídlem Máchova 1129, 470 01 Česká Lípa (dále jen „SaM“), který proti doplnění zadávacích podmínek námitky podal, doručil zadavateli ve lhůtě pro podání nabídek bankovní záruku, která reflektovala provedenou změnu podmínek, i když nepokrývala celou uchazečem nabídnutou dobu záruky. Zadavatel nemohl v době zamítnutí žádosti dodavatele BAK o prodloužení lhůty pro podání nabídek vědět, že z tohoto důvodu některý z dodavatelů nebude schopen svoji nabídku podat. Zadavatel dále uvedl, že z osmi podaných nabídek splnili podmínky stanovené pro bankovní záruku čtyři uchazeči. I ostatní uchazeči pochopili zadávací podmínky, protože platnost předložených bankovních záruk pokrývala celou dobu provedení díla, nicméně skutečnost, že jednotlivé záruky u těchto uchazečů nepokrývaly celou dobu záruky za jakost díla, byla odstraněna na základě vysvětlení nabídek. Zadavatel tedy chtěl svým postupem docílit odstranění zmatečných nedostatků předložených bankovních záruk a doplnění provedená vyzvanými uchazeči neměla charakter následné změny obsahu nabídek. Postupoval by takto i v případě, kdy by prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Zdůraznil, že v době přípravy nabídek měli všichni uchazeči stejné informace a dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 31. 8. 2009 neměly pro žádného uchazeče zásadní vliv na zpracování nabídek. Zadavatel tedy trval na tom, že postupoval v souladu se zákonem, zejména s § 6 zákona.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 26. 7. 2010 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu (dále jen „napadené rozhodnutí“), kterým rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 3 zákona, když nevyřadil nabídky uchazečů SaM silnice a mosty, a.s., COLAS CZ a.s., IČ 26177005, se sídlem Ke Klíčovu 9, 190 00 Praha (dále jen „COLAS“), Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., IČ 45273910, se sídlem Dubečská 3238, 100 00 Praha (dále jen „Pražské stavby“), a Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, (dále jen „Metrostav“), kteří nesplňovali požadavky zadavatele ve vztahu k bankovní záruce, a umožnil jim doplnit jejich nabídky, a § 6 zákona, když neprodloužil v souvislosti se změnou zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně prodloužil uchazečům, kteří nepředložili odpovídající bankovní záruku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 23. 3. 2010 uzavřena smlouva (výrok I. napadeného rozhodnutí). Za spáchání výše uvedeného správního deliktu Úřad uložil zadavateli pokutu ve výši 350 000 Kč (výrok II. napadeného rozhodnutí).
5. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí poté, co shrnul obsah ustanovení § 6, § 76 odst. 1 a 3, § 74 odst. 1 a § 76 odst. 3 a 6 zákona, uvedl, že postup zadavatele, resp. hodnotící komise, při posouzení a hodnocení nabídek je zákonem podrobně upraven. Z citovaného ust. § 76 odst. 3 zákona vyplývá, že hodnotící komise může uchazeče požádat o písemné vysvětlení nabídky, nikoliv ale o doplnění nabídky o chybějící doklady. Smyslem a účelem tohoto ustanovení je dát hodnotící komisi možnost, aby si v případě potřeby mohla před hodnocením nabídek vyjasnit informace deklarované uchazeči v nabídkách, nikoliv umožnit doplňování a rozšiřování nabídky o nové listiny či informace, které měly být její součástí ve

lhůtě pro podání nabídek. Hodnotící komise tedy nemůže uchazeče vyzývat k doplňování jejich nabídky a současně není ani oprávněna přihlížet k případným opravám a doplněním nabídek po uplynutí lhůty pro jejich podání; nabídky doručené po jejím uplynutí nejsou považovány za řádně podané. Nabídky, které nesplňují požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, musí být vyřazeny a uchazeči, kteří vyřazené nabídky podali, musí být z účasti v zadávacím řízení bezodkladně vyloučeni.

6. V šetřeném případě měli uchazeči na základě změny zadávacích podmínek v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 31. 8. 2009 ve svých nabídkách doložit jako přílohu návrhu smlouvy o dílo originál závazného a bezpodmínečného příslibu banky, že je v případě uzavření smlouvy o dílo s uchazečem připravena poskytnout bankovní záruku za provedení a jakost díla ve výši 20 mil. Kč formou záruční listiny výhradně ve prospěch zadavatele. Zadavatel stanovil, že bankovní záruka musí zaručovat poskytnutí plnění ve stanovené výši, přičemž po prvním roce záruční doby bude výše bankovní záruky snížena na 5 mil. Kč a mezi náležitosti bankovního příslibu uvedl, že musí obsahovat výši závazné záruky včetně jejího snížení po prvním roce záruční doby. Jak vyplývá z předložených nabídek, měla bankovní záruka pokrývat u uchazeče SaM dobu do 31. 3. 2017, u uchazeče COLAS dobu do 30. 9. 2016, u uchazeče Pražské stavby dobu do 28. 2. 2017 a u uchazeče Metrostav dobu do 30. 9. 2016, jak konstatovala sama hodnotící komise v jednotlivých žádostech o vysvětlení nabídky. Ve dvou ze čtyř případů neobsahovaly bankovní záruky ani snížení její výše po prvním roce záruční doby na 5 mil. Kč. Z uvedeného vyplývá, že uchazeči SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav ve svých nabídkách nesplnili požadavek zadavatele na obsah bankovního příslibu. Na základě žádostí hodnotící komise o „(...) vysvětlení doby platnosti bankovní záruky za provedení a jakost díla doplněním této skutečnosti prohlášením banky k vystavené bankovní záruce, ze kterého bude zřejmé, že bankovní záruka bude pokrývat celou uchazečem nabídnutou dobu záruky (...)“ doložili uchazeči SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav ve dvou případech změnu bankovní záruky (dodatek k vystavené bankovní záruce), v jednom případě doložil uchazeč nové prohlášení banky, jejíž bankovní záruku ve své nabídce předkládal a v jednom případě uchazeč doložil bankovní záruku vystavenou jinou bankou.
7. S ohledem na formulaci žádostí o vysvětlení nabídek a obsahu následně předložených dokumentů dospěl Úřad k závěru, že hodnotící komise uchazeče fakticky požádala o doplnění jejich nabídek o bankovní záruku, která by odpovídala požadavkům zadavatele. Takové doplnění nabídek nelze považovat za pouhé odstranění nejasností, jak uvádí zadavatel. Z charakteru dodatečně doložených dokumentů podle Úřadu jasně vyplývá, že se nejedná pouze o doklady vysvětlující informace předložené v jednotlivých nabídkách, ale o doklady a informace, které v nabídkách uchazečů obsaženy nebyly a které původně předložené listiny doplňují a modifikují, resp. nahrazují. Uchazeči SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav tak nepředložili bankovní záruky zpracované dle požadavků zadavatele. To vyplývá nejen z výše uvedených konkrétních údajů obsažených v jednotlivých bankovních zárukách, ale i ze skutečnosti, že bankovní záruka předložená v nabídce jednoho z uchazečů, a to uchazeče COLAS, byla vystavena již dne 25. 8. 2009, tedy ještě v době před změnou zadávacích podmínek ze dne 31. 8. 2009, a tedy objektivně nemohla reflektovat změnu

podmínek zadání provedenou zadavatelem. Hodnotící komise přesto k vysvětlení nabídky vyzvala i tohoto uchazeče.

8. Na základě výše uvedených skutečností orgán dohledu konstatoval, že hodnotící komise, resp. zadavatel, porušil svým postupem základní zásady stanovené v § 6 zákona, a to zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace, když hodnotící komise poskytla čtyřem výše uvedeným uchazečům dodatečnou lhůtu deseti pracovních dnů k předložení odpovídající bankovní záruky, ačkoliv zadavatel v průběhu zadávacího řízení odmítl žádost společnosti BAK o prodloužení lhůty pro podání nabídek v souvislosti se změnami podmínek pro požadovanou bankovní záruku. Zadavatel tak nezajistil rovný přístup pro všechny dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, a nepřípustně zvýhodnil pouze ty z nich, kteří následně podali nabídku. Hodnotící komise svým výše uvedeným postupem, kdy nevyřadila nabídky uchazečů, kteří nesplňovali požadavky zadavatele ve vztahu k bankovní záruce, a těmto uchazečům naopak umožnila doplnit jejich nabídky, postupovala v rozporu s ust. § 76 odst. 1 a 3 zákona. Princip rovného přístupu k uchazečům, který zákonodárce zakotvil v § 6 zákona, je obligatorním principem při realizaci výběrových řízení a je na něj kladen důraz i v rozhodovací praxi Evropského soudního dvora. Tato zásada znamená zajištění stejného, nezvýhodňujícího přístupu zadavatele ke všem uchazečům nebo zájemcům, tzn. zajištění stejných příležitostí pro všechny zájemce či uchazeče. Z pohledu evropské rozhodovací praxe spočívá princip rovného zacházení v tom, že žádný z dodavatelů nesmí být oproti ostatním dodavatelům jakkoliv zvýhodněn či preferován, přičemž tento princip je nutno aplikovat ve všech stádiích zadávacího řízení. Zadavatel má sice podle § 40 odst. 6 zákona povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek v případě, že provede úpravy v uveřejněném oznámení veřejné zakázky, v daném případě však byl změněn požadavek, který byl znám pouze dodavatelům, kteří si zadávací dokumentaci již vyzvedli. Změna zadávacích podmínek ve spojení s neprodloužením lhůty pro podání nabídek tak nemohla mít vliv na počet a okruh subjektů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Vzhledem k tomu, že zadavatel však následně fakticky poskytl lhůtu k doplnění nabídek uchazečům, kteří odpovídající bankovní záruku ve své nabídce nedoložili, dopustil se porušení zákona, protože jednal v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace, když některým z dodavatelů vytvořil konkurenční výhodu.
9. Úřad odmítl námitku, že společnost BAK nepodala proti postupu zadavatele námitky, resp. podnět k Úřadu. To, že daný dodavatel nevyužil tohoto práva, není relevantní ve vztahu ke otázce, zda zadavatel jednal v souladu se zákonem. Stejně tak je irelevantní tvrzení zadavatele, že v době odmítnutí žádosti o prodloužení lhůty pro podání nabídek nemohl vědět, že z tohoto důvodu nebude některý z dodavatelů schopen podat nabídku. Zadavatel naopak na základě žádosti společnosti BAK mohl předpokládat potřebu prodloužení lhůty, včetně toho, že někteří z nich svoji nabídku v původně stanovené lhůtě podat nestihnou. Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 6 citovaného zákona, neboť neprodloužil v souvislosti se změnou zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně prodloužil uchazečům, kteří v podané nabídce nepředložili odpovídající bankovní záruku. Postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek všem dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, umožnil by všem těmto

subjektům podat řádnou nabídku. Mohl tak obdržet nabídky s podstatně výhodnějšími podmínkami a veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči.

10. Co se týče uložené sankce, s odkazem na § 120 odst. 1 a 2 a § 121 odst. 2 a 3 zákona, Úřad poté, co ověřil splnění podmínek pro její uložení, konstatoval, že zadavatel svým jednáním naplnil skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, tj. nedodržel postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavřel smlouvu s uchazečem podle § 82 zákona. Při stanovení výše pokuty vzal Úřad v úvahu tu skutečnost, že zadavatel svým postupem, kdy při zadávání veřejné zakázky nedodržel zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace, přímo ovlivnil počet hodnocených nabídek a narušil tak soutěžní prostředí. Postup, kdy zadavatelé při zadávání veřejné zakázky zaručí konkurenční výhodu některému z dodavatelů, je dle ustálené rozhodovací praxe Úřadu jedním z nejzávažnějších porušení zákona, vedoucích k omezení soutěžní prostředí a narušujících hospodářskou soutěž. V důsledku uvedených skutečností nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem a nediskriminoval dodavatele, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, avšak nabídku následně nepodali, oproti dodavatelům, kteří nabídku v zadávacím řízení podali, mohl obdržet od ostatních dodavatelů výhodnější nabídky, než nabídl vybraný uchazeč. Při uložení pokuty přihlédl Úřad i k nálezu Ústavního soudu č. 405 uveřejněnému ve Sbírce zákonů, částka 142/2002 Sb., a s ohledem na zveřejněný rozpočet zadavatele pro rok 2010 seznal, že v případě uložení pokuty ve výši 350 000 Kč nelze hovořit o likvidačním charakteru pokuty. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu a za kterou může být zadavateli uložena pokuta, činí dle smlouvy uzavřené s vybraným uchazečem 75 507 361 Kč. Horní hranice možné pokuty (5 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí po zaokrouhlení částku 3 775 368 Kč. Úřad při uložení pokuty akcentoval její funkci preventivní a uloženou výši pokuty shledal jako dostačující.

III. Námitky rozkladu

11. Proti napadenému rozhodnutí byl Úřadu doručen rozklad zadavatele. V úvodní části rozkladu napadá zadavatel závěr o tom, že nepostupoval v souladu s § 6 zákona. Jako rozhodnou skutečnost odmítá vyjádření společnosti BAK, které bylo učiněno na dotaz Úřadu a ze kterého vyplývá, že společnost BAK nepodala nabídku z důvodu dodatečně stanovených nadstandardních požadavků na poskytnutí bankovní záruky. Zadavatel tak napadenému rozhodnutí vytýká, že zhodnocení celé situace Úřad provedl pouze na základě tohoto (dle názoru zadavatele účelového) vyjádření, kterým společnost BAK hodlala zadavatele poškodit, aniž by si vyžádal stanovisko i jiných dodavatelů, kteří si zadávací dokumentaci vyzvedli, ale nabídku nepodali. Pro úplnost zadavatel připomněl, že zadávací dokumentaci si vyzvedlo 15 dodavatelů a zadavatel následně přijal 8 nabídek. K napadenému vyjádření společnosti BAK, nad rámec skutečností dosud ve správním řízení uvedených, zadavatel dodává, že společnost BAK nevěnovala dostatečnou pozornost znění zadávací dokumentace již od jejího převzetí, ale až za 10 dnů, kdy doručila zadavateli své dotazy a žádost o prodloužení lhůty pro podání nabídky. Zadavatel je toho názoru, že doklady související s kvalifikací či splněním zadávacích podmínek by si měl uchazeč zajišťovat včas, bezprostředně po převzetí zadávací dokumentace. Mezi doručením dodatečných informací a termínem pro podání nabídek

zbývala lhůta 10 dní, kterou zadavatel považuje za dostatečnou, v čemž vychází ze své dosavadní zkušenosti s bankovními institucemi v České republice. Zadavatel tak vyvozuje, že důvod, pro který společnost BAK nepodala nabídku, je jiný než uvedený na dotaz orgánu dohledu, a to konkrétně ten, že společnost BAK nebyla schopna zajistit některý jiný dokument a snažila se pouze využít situace vzniklé upřesněním požadavků zadavatele na bankovní záruku k tomu, aby jí byla lhůta prodloužena. Takový postup je však v rozporu se zákonem a nemůže požívat právní ochrany. Zadavatel dále připomíná, že rozhodujícím faktorem pro neprodloužení lhůty pro podání nabídek se stala konzultace s osobou mající odborné zkušenosti v oblasti bankovníctví a poskytování bankovních záruk, která se vyjádřila, že toto zpřesnění nemá povahu a rozsah žádající si prodloužení lhůty.

12. Zadavatel nesouhlasí ani s konstatováním Úřadu, že provedl změnu zadávacích podmínek. Informace obsažené v dodatečné informaci č. 13 vycházely z textu znění zadávací dokumentace a jejich příloh a pouze ji objasňovaly a specifikovaly, a to ve prospěch uchazečů. Takový postup ostatně § 49 zákona umožňuje. Dodatečné informace však původní zadávací podmínky ani neměnily, ani nemodifikovaly. K porušení § 76 odst. 1 a 3 zákona zadavatel uvádí, že výzva k vysvětlení doby platnosti bankovní záruky byla učiněna právě s odkazem na naposledy uvedené ustanovení proto, že jiné ustanovení zákona takovou možnost nedává. Zadavatel uchazeče SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav nevyločil, protože jejich nabídky doklad o bankovní záruce obsahovaly a protože jejich vyřazení by bylo nepřiměřené povaze nejasnosti nabídek. Zadavatel navíc nevyžádal k doplnění o chybějící doklady, nýbrž k písemnému vysvětlení učiněnému prohlášením banky. Postupoval tedy v dobré víře v oprávněnost svého postupu vedoucího k zachování co nejvyšší míry hospodářské soutěže. Ve výzvě k písemnému vysvětlení nabídky zadavatel navíc nevyžadoval konkrétní formu prohlášení banky, a proto přijal všechny doklady, ze kterých požadované vysvětlení vyplývalo. Zadavatel sice připustil, že jeden z uchazečů předložil kromě přípisu navazujícího na původní bankovní záruku taktéž příslib poskytnutí bankovní záruky od jiné banky, avšak vzhledem k tomu, že tento uchazeč podal vysvětlení již prvním zmíněným dokladem, se zadavatel bankovní zárukou od jiné banky nezabýval.
13. V další části podaného rozkladu namítá zadavatel, že nebyly splněny všechny podmínky pro aplikaci § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť podle tohoto ustanovení musí dojít k podstatnému ovlivnění či hrozbě ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Tato podmínka však splněna není, protože ani jeden z uchazečů, jež měli být podle názoru Úřadu vyloučeni z další účasti v zadávacím řízení, nebyl na prvním, druhém a dokonce ani třetím pořadí. Lze tedy objektivně konstatovat, že jejich vyloučení by nemohlo jakkoli ovlivnit výsledek zadávacího řízení a výběr nejvhodnější nabídky.
14. Zadavatel je dále přesvědčen, že se Úřad dopustil nesprávného úředního postupu, jímž zadavateli způsobil škodu. Úřad obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání shora uvedené veřejné zakázky koncem roku 2009 a za účelem jeho prověření si od zadavatele vyžádal veškerou písemnou dokumentaci. Teprve dne 25. 3. 2010 však zadavatel obdržel od Úřadu oznámení o zahájení správního řízení a rozhodnutí – předběžné opatření, jímž se zadavateli zakazuje uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Zadavatel však smlouvu

s vybraným uchazečem uzavřel již 23. 3. 2010, a proto namítal nevykonatelnost předběžného opatření. Ke spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona by tedy nedošlo, kdyby Úřad vydal předběžné opatření v souladu s § 61 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), tj. neprodleně poté, co se o daných skutečnostech dozvěděl, a to tím spíše tehdy, pokud existovalo podezření, že bude rozhodnuto v neprospěch zadavatele. Smyslem předběžného opatření je rychlá a účinná ochrana práv a právech chráněných zájmů ještě před tím, než bude vydáno rozhodnutí ve věci samé a stane se vykonatelným (viz nálezy Ústavního soudu ze dne 4. 7. 2001, sp. zn. II. ÚS 225/01). V důsledku asi dvouměsíční nečinnosti Úřadu tak zadavatel nepředpokládal, že se schyluje k vydání předběžného opatření. Navíc již dávno uplynula 45 denní lhůta (§ 111 odst. 5 zákona), během níž je uzavření smlouvy zakázáno. To, že Úřad neučinil žádný právní úkon v inkriminovaném časovém horizontu od 12. 1. 2010 (předání dokumentace) do 23. 3. 2010 (uzavření smlouvy), vedlo k tomu, že zadavatel byl (a stále je) v dobré víře, že postupoval naprosto transparentně, nediskriminačně a s rovným přístupem ke všem uchazečům, tj. v souladu se zákonem. Tím, že Úřad nepostupoval tak, aby byla věc vyřízena bez zbytečných průtahů, došlo i k porušení čl. 38 odst. 2 Listiny základních práv a svobod a § 6 odst. 1 v návaznosti na § 61 odst. 2 správního řádu. K tomu zadavatel odkazuje i na rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 22. 8. 2002, sp. zn. 25 Cdo 2120/2000, podle něhož je nesprávným úředním postupem i nevydání či opožděné vydání rozhodnutí, mělo-li být v souladu s uvedenými pravidly správně vydáno či vydáno ve stanovené lhůtě, případně jiná nečinnost státního orgánu či jiné vady ve způsobu vedení řízení. Z výše uvedených důvodů zadavatel žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

15. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S41/2010/VZ-7204/2010/540/VKu ze dne 26. 7. 2010 rozhodl, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 76 odst. 1 a 3 zákona, když nevyřadil nabídky uchazečů SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav, kteří nesplňovali požadavky zadavatele ve vztahu k bankovní záruce, a umožnil jim doplnit jejich nabídky, a § 6 citovaného zákona, když neprodloužil v souvislosti se změnou zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně prodloužil uchazečům, kteří nepředložili odpovídající bankovní záruku, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 23. 3. 2010 uzavřena smlouva, za což zadavateli uložil pokutu ve výši 350 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou

v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

18. Předně uvádím, že jsem se v plném rozsahu ztotožnil i s odůvodněním napadeného rozhodnutí. Nad jeho rámec však považuji za nutné uvést k námitkám rozkladu následující skutečnosti. V průběhu správního řízení bylo zjištěno (a mezi účastníky řízení o tom není sporu), že zadavatel na základě žádosti společnosti BAK ze dne 31. 8. 2009 o dodatečné informace týkající se bankovní záruky doplnil čl. 13 zadávací dokumentace o následující ustanovení: "Bankovní záruka musí zaručovat poskytnutí plnění ve stanovené výši, přičemž po prvním roce záruční doby bude výše bankovní záruky snížena na 5 mil. Kč." Zadavatel upřesnil, že příslib musí obsahovat nejméně tyto údaje: obchodní firmu a sídlo banky, obchodní firmu a sídlo klienta (uchazeče), výši závazné záruky (včetně jejího snížení po prvním roce záruční doby) v návaznosti na dobu realizace díla a záruční dobu, účel závazně přislíbené záruky, označení oprávněného k čerpání přislíbené záruky. Zadavatel dále změnil čl. X bod 1 a 5 návrhu smlouvy o dílo následovně: „Zhotovitel se zavazuje poskytnout objednateli nejpozději při podpisu smlouvy dle níže uvedených podmínek bankovní záruku ve výši 20 mil. Kč platnou po celou dobu realizace díla a záruční lhůty. Bankovní záruka musí zaručovat poskytnutí plnění ve stanovené výši, přičemž po prvním roce záruční doby bude výše bankovní záruky snížena na 5 mil. Kč. V případě prodloužení doby realizace díla je zhotovitel povinen prodloužit platnost záruky tak, aby trvala po celou dobu realizace díla a záruční lhůty. V takovém případě se zhotovitel zavazuje předložit objednateli doklad o prodloužení odpovídající záruky nejpozději ke dni skončení původní záruky.“ Žádost společnosti BAK o prodloužení lhůty pro podání nabídek o 1 týden tak, aby bylo možno na základě upřesňujících informací zajistit odpovídající bankovní příslib, však zadavatel zamítl. Společnost BAK následně v zadávacím řízení nabídku nepodala.
19. Jak již dříve uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008 „(...) možnost změny podmínek musí mít stanovena jasná pravidla, která budou předcházet možnosti jejich zneužití ze strany zadavatele. Stanovení pravidel změny je nutné především z hlediska ochrany uchazečů, kteří se v případě příliš široce stanovené pravomoci zadavatele, která by mu umožňovala změnit podmínky veřejné zakázky, nebudou při vypracování veřejné zakázky s určitostí jisti, které podmínky musí být dodrženy v průběhu celého řízení, a proto se nebudou schopni rozhodnout, zda chtějí předložit svoji nabídku. (...) Porušení zásady nediskriminace zadávacího řízení by nesporně nastalo, pokud by zadavatel v téže situaci a v týchž otázkách přistupoval k některým uchazečům o veřejnou zakázku procedurálně nebo obsahově jinak než ke zbylým, popř. pokud by v důsledku zadavatelova postupu bylo některým uchazečům objektivně znemožněno nebo ztíženo ucházet se o veřejnou zakázku za podmínek, za nichž se o ni mohou ucházet jiní uchazeči.“
20. Z výše uvedeného rozsudku tedy vyplývá, že změna zadávacích podmínek v zásadě možná je, nicméně za předpokladu dodržení základních zásad zadávacího řízení, tedy zejména zásady rovného přístupu ke všem uchazečům tak, aby některému nebylo ztíženo či dokonce znemožněno účastnit se soutěže o veřejnou zakázku. Zadavatel trval a i nyní, v řízení o rozkladu stále trvá na tom, že se v přezkoumávaném případě nejednalo o změnu

zadávacích podmínek, nýbrž pouze o jejich specifikaci a konkretizaci, a proto mu nevznikla povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek ve smyslu § 40 odst. 6 zákona. S uvedeným tvrzením lze souhlasit, což ostatně učinil i Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí, když konstatoval, že v postupu zadavatele neshledal porušení § 40 odst. 6 zákona, který zadavatelům ukládá povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek v případě úprav v uveřejněném oznámení veřejné zakázky. V daném případě totiž byl změněn požadavek, který byl znám pouze dodavatelům, kteří si zadávací dokumentaci již vyzvedli, a tedy změna zadávacích podmínek nemohla mít vliv na počet a okruh subjektů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Pro úplnost je však třeba uvést, že se zadavatel nemůže vyvázat z odpovědnosti za porušení zákona odkazem na to, že jednal na základě výsledku konzultace se subjektem disponujícím odbornými znalostmi v oblasti bankovníctví a poskytování bankovních záruk.

21. Vzhledem k tomu, že však zadavatel následně fakticky poskytl lhůtu k doplnění nabídek uchazečům, kteří odpovídající bankovní záruku ve své nabídce nedoložili (jak bude v podrobnostech vysvětleno níže), dopustil se porušení § 6 zákona, protože jednal v rozporu se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace. Kdyby totiž stejnou lhůtu poskytl i ostatním dodavatelům (v rámci prodloužení lhůty pro podání nabídek), mohl obdržet nabídek více a některá z nich mohla být výhodnější než nabídka vybraného uchazeče. K porušení § 6 zákona (tj. k nerovnému přístupu k uchazečům) tedy došlo až ve fázi posouzení a hodnocení nabídek, kdy bylo čtyřem uchazečům umožněno ve stanovené lhůtě odstranit vady jejich nabídek, zatímco dodavateli BAK, který o prodloužení lhůty (pro podání nabídek) požádal dříve, vyhověno nebylo.
22. Jak vyplývá z § 76 odst. 3 zákona, hodnotící komise může požádat v případě nejasností uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. V této žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti o vysvětlení nabídky, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší. Z rozhodovací praxe Úřadu je zřejmé, že institutu vysvětlení nabídky je zadavatel, resp. hodnotící komise oprávněna využít pouze za účelem vysvětlení zjištěných nejasností v podané nabídce, avšak nikoli jako prostředku umožňujícího opravu či změnu nabídky. Ve výzvách hodnotící komise výslovně uvedla, že platnost bankovních záruk předložených jednotlivými uchazeči nepokrývá celou požadovanou dobu a požádala tedy o „(...) vysvětlení doby platnosti bankovní záruky za provedení a jakost díla doplněním této skutečnosti prohlášením banky k vystavené bankovní záruce, ze kterého bude zřejmé, že bankovní záruka bude pokrývat celou uchazečem nabídnutou dobu záruky.“ S ohledem na výše uvedené skutečnosti jsem tedy nucen odmítnout tvrzení zadavatele, že čtyři výše uvedení uchazeči byli pouze požádáni o písemné vysvětlení svých nabídek podle § 76 odst. 3 zákona, nikoli však vyzváni k doplnění nabídek. Jak vyplývá z nabídek jednotlivých uchazečů, jimi předložené bankovní záruky nepokrývaly celkovou požadovanou dobu, ale lišily se v řádech měsíců nebo i let (jak již v podrobnostech popsal Úřad v bodech 37 a 38 napadeného rozhodnutí). V tomto případě tedy nelze hovořit o písemném vysvětlení nabídky, přestože uvedený termín zadavatel v žádostech použil, neboť pod tímto pojmem si nelze představovat možnost změny nebo doplnění předložených nabídek. Pro posouzení zadavatelova jednání je taktéž irelevantní, že

zadavatel připustil předložení neformalizovaných či netypizovaných potvrzení namísto formálních a typizovaných dokladů. Nabídky, které nesplňovaly požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách, měly být vyřazeny a uchazeči, kteří vyřazené nabídky podali, ze zadávacího řízení bezodkladně vyloučeni. Zadavatel svým postupem výše uvedeným uchazečům fakticky prodloužil lhůtu k doložení bankovní záruky odpovídající požadavkům zadavatele, tj. umožnil jim doplnit jejich nabídky. Právě toto faktické prodloužení lhůty pro podání nabídek zvýhodnilo uchazeče SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav oproti dodavateli BAK, který o prodloužení lhůty výslovně požádal, a přesto mu nebylo vyhověno. Zadavatel se tedy dopustil nejen porušení povinnosti stanovené v § 76 odst. 3 zákona, ale navíc porušil i zákaz diskriminace jednotlivých uchazečů (§ 6 zákona).

23. K tvrzení zadavatele, že společnost BAK odradily od podání nabídky jiné důvody než ty, které uvedla na dotaz Úřadu (např. neschopnost dostát jinému kvalifikačnímu předpokladu), uvádím, že je zadavatel neopírá o žádné konkrétní důkazy, a tedy zůstávají v rovině ničím nepodložených spekulací. Jak již konstatoval orgán dohledu v napadeném rozhodnutí, podnět k zahájení správního řízení podal jiný subjekt než společnost BAK, a tedy v případě naposledy zmíněného dodavatele není důvod bez dalšího předpokládat podání takové odpovědi, jejímž záměrem je poškodit zadavatelovo postavení v probíhajícím správním řízení.
24. K námitce, že Úřad jako podklad rozhodnutí použil pouze vyjádření společnosti BAK a nevyžádal si vyjádření jiných dodavatelů, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ale nabídku nepodali, uvádím, že vyjádření společnosti BAK považuji za dostatečné. Právě společnost BAK v průběhu zadávacího řízení zadavatele upozornila na nejasně vymezené požadavky ve vztahu k bankovní záruce a z tohoto důvodu ho požádala o prodloužení lhůty pro podání nabídek. Dotazem na tuto společnost Úřad v rámci šetření podnětu podávaného jiným dodavatelem pouze ověřil, že důvodem pro nepodání nabídky společnosti BAK byla skutečně změna zadávacích podmínek provedená zadavatelem. Odpověď společnosti BAK na žádost Úřadu byla následně uvedena a zahrnuta do podkladů pro rozhodnutí, s nimiž byli účastníci správního řízení seznámeni v oznámení o zahájení správního řízení. Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele v rámci veřejné zakázky není určující, zda nabídku v důsledku dodatečné změny požadavku na obsah bankovní záruky nepodal jeden nebo více uchazečů.
25. Zadavatel je dále přesvědčen, že z jeho strany nedošlo k naplnění skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, jelikož nedošlo a ani nemohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Svůj závěr opírá o názor, že účast některého z uchazečů, které zadavatel v průběhu zadávacího řízení vyzval k doplnění informací o bankovní záruce, v soutěži o veřejnou zakázku, nemohla ohrozit vybraného uchazeče v jeho pozici vítěze.
26. K tomu uvádím, že zadavatel vyzdvihuje pouze část skutkových zjištění a posuzuje je izolovaně od ostatních. Pro kvalifikovaný závěr o tom, zda se zadavatel dopustil porušení zákona, je však třeba vzít v úvahu všechny aspekty a důsledky zadavatelova jednání, a to ve vzájemné souvislosti. Kromě faktického umístění jednotlivých uchazečů je třeba zkoumat, zda jednání zadavatele nemohlo vést k tomu, že někteří dodavatelé, kteří měli původně

zájem o účast v soutěži o veřejnou zakázku (o níž svědčí minimálně to, že si u zadavatele vyzvedli zadávací dokumentaci), nakonec nabídku nepodali. Vyjde-li v průběhu správního řízení najevo, že nejméně jeden takový dodavatel existuje (v šetřeném případě se jednalo o společnost BAK), mohla by jeho případná účast podstatně ovlivnit výsledek posouzení a hodnocení nabídek. Jinými slovy, nelze vyloučit, že by dodavatel BAK (nebo jiný dodavatel, který v důsledku změny zadávacích podmínek, se kterou nebylo spojeno prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 40 odst. 6 zákona, nepodal nabídku) mohl nabídnout plnění předmětu veřejné zakázky za výhodnější cenu, než jakou nabídl vybraný uchazeč. V této souvislosti opětovně připomínám, že to byla právě společnost BAK, která v průběhu zadávacího řízení zadavatele upozornila na nejasně vymezené požadavky ve vztahu k bankovní záruce (které následně zadavatel pozměnil), a z tohoto důvodu ho požádala o prodloužení lhůty pro podání nabídek.

27. Konečně znovu opakuji, že skutečnost, že zadavatel nepřistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídek, by sama o sobě nemusela představovat porušení § 6 zákona (resp. § 40 odst. 6 zákona), kdyby následně zadavatel nedopustil prodloužení lhůty k doložení adekvátní bankovní záruky výše uvedeným uchazečům SaM, COLAS, Pražské stavby a Metrostav, ačkoliv dříve odmítl v souvislosti se změnou zadávacích podmínek týkajících se bankovní záruky prodloužit lhůtu pro podání nabídek všem dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci. Správní delikt zadavatele podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona spatřuji stejně jako orgán dohledu v postupu zadavatele, který neprodloužil v souvislosti se změnou zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek dodavatelům, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci, ačkoliv ji následně fakticky (formou žádosti o vysvětlení nabídek s poskytnutím odpovídající lhůty) prodloužil uchazečům, kteří ve své nabídce nepředložili odpovídající bankovní záruku, a umožnil jim v rozporu s § 76 zákona doplnit nabídky. Právě následným poskytnutím dodatečné lhůty při posouzení a hodnocení nabídek došlo ke znevýhodnění uchazečů, kteří si zadávací dokumentaci sice vyzvedli, ale nabídky nestihli podat právě proto, že nestihli zareagovat na nově specifikované požadavky zadavatele týkající se bankovní záruky. Uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel dodržel postup stanovený zákonem a v rámci zadávacího řízení dodržel zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace, mohl obdržet nabídky i od jiných dodavatelů a veřejná zakázka mohla být zadána jinému uchazeči. Námitka zadavatele, že jeho postup neovlivnil a ani nemohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, se tedy nezakládá na pravdě.
28. Stran námítky zadavatele ohledně nesprávného úředního postupu správního orgánu prvního stupně uvádím, že v šetřeném případě bylo správní řízení zahájeno z moci úřední dne 25. 3. 2010. Současně s oznámením o zahájení správního řízení vydal Úřad předběžné opatření, kterým uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno. Do doby zahájení správního řízení byl postup zadavatele v rámci veřejné zakázky šetřen v rámci podnětu vedeného Úřadem pod sp. zn. P2/2010/540/VKu. Z ustanovení § 117 zákona a § 61 správního řádu vyplývá, že nařídit předběžné opatření lze pouze k zajištění účelu řízení, a to buď na návrh účastníka řízení, nebo z moci úřední, tj. teprve po zahájení správního řízení. Vzhledem k tomu, že k zahájení řízení došlo až dne 25. 3. 2010, nemohlo být rozhodnutí

o nařízení předběžného opatření vydáno před tímto datem. K vydání rozhodnutí o nařízení předběžného opatření došlo téhož dne, kdy bylo zahájení řízení oznámeno, Úřad o předběžném opatření tedy rozhodl bez zbytečných průtahů a v souladu se zadavatelem uváděnou zásadou rychlosti řízení. Nic ostatně zadavateli nebránilo, aby před uzavřením smlouvy s vítězným uchazečem Úřadu položil dotaz ohledně dosavadního průběhu šetření podnětu, což však zadavatel neučinil.

VI. Závěr

29. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
30. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. ML Compet, a. s., Revoluční 655/1, 110 00 Praha 1
2. EUROMONT GROUP, a. s., Velebudice č. p. 210, 434 01 Most

Vypraveno dne:

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