



UOHSX006VQ8J

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R314/2014/VZ-13949/2015/321/KKř

Brno 11. června 2015

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 4. 9. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže následujícího dne, podaném zadavatelem –

- **Správa železniční dopravní cesty, státní organizace**, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, č. j. ÚOHS-S601/2013/VZ-17012/2014/552/SPo ze dne 18. 8. 2014, ve věci možného spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v platném znění, výše specifikovaným zadavatelem při zadání veřejné zakázky „**GSM-R trať Děčín Prostřední Žleb – Děčín východ – Ústí n/L. Střekov – Mělník – Všetaty – Lysá n/L – Kolín**“, formou otevřeného řízení, jehož formulář Oznámení o zakázce byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 10. 6. 2011 pod evidenčním číslem 60061162, ve znění oprav uveřejněných dne 9. 8. 2011 a 26. 8. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie byl uveřejněn dne 11. 6. 2011 pod evidenčním číslem formuláře 2011/S112-185118 ve znění oprav uveřejněných dne 12. 8. 2011 a 30. 8. 2011,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S601/2013/VZ-17012/2014/552/SPo ze dne 18. 8. 2014,

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Veřejná zakázka a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle ustanovení § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, zahájil dne 9. 12. 2013 správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zadavatelem – Správou železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město (dále jen „**zadavatel**“) ve veřejné zakázce „GSM-R trať Děčín Prostřední Žleb – Děčín východ – Ústí n/L. Střekov – Mělník – Všetaty – Lysá n/L – Kolín“, zadávané formou otevřeného řízení, jehož formulář Oznámení o zakázce byl v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněn dne 10. 6. 2011 pod evidenčním číslem 60061162, ve znění oprav uveřejněných dne 9. 8. 2011 a 26. 8. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie byl uveřejněn dne 11. 6. 2011 pod evidenčním číslem formuláře 2011/S112-185118 ve znění oprav uveřejněných dne 12. 8. 2011 a 30. 8. 2011 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

II. Napadené rozhodnutí

2. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S601/2013/VZ-17012/2014/552/SPo ze dne 18. 8. 2014 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým konstatoval ve výroku I. spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tím, že při zadání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v ustanovení § 40 odst. 6 zákona a nepostupoval v souladu s § 6 téhož zákona, když opravným formulářem uveřejněným v Informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem formuláře 6006116205003 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem formuláře 2011/S 165-271843 provedl úpravy ve vyhlášeních uveřejněných v Informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem formuláře 6006116205002 a v Úředním věstníku Evropské unie pod evidenčním číslem

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona.

formuláře 254954-2011, a to konkrétně v bodě III.2.2) „Ekonomická a finanční způsobilost“ ve vztahu k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 1 zákona, a v bodě VI.3) „Další informace“ v návaznosti na bod III.2.3) „Technická způsobilost“ ve vztahu k prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. b) zákona, a splnění dalších požadavků zadavatele podle § 44 odst. 3 písm. g) zákona, a současně přiměřeně neprodloužil lhůtu po podání nabídek, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a uzavřel s vybraným uchazečem dne 30. 12. 2011 na plnění veřejné zakázky smlouvu o dílo. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí uložil Úřad za spáchání předmětného správního deliktu zadavateli pokutu ve výši 700.000,- Kč.

3. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad shrnul poslušnost postupu zadavatele ve věci uveřejnění opravných oznámení k veřejné zakázce v Informačním systému o veřejných zakázkách a Úředním věstníku Evropské unie. Současně Úřad zjistil, že lhůta pro doručení žádosti o dokumentaci i pro doručení nabídek nebyla zadavatelem prodloužena, ačkoliv dle ustanovení § 40 odst. 6 zákona prodloužena být měla. Na základě těchto zjištění Úřad konstatoval, že neprodloužením lhůty pro podání nabídek zadavatel mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť neposkytl potenciálním uchazečům časový prostor pro zvážení možné účasti v zadávacím řízení v důsledku úpravy zadávacích podmínek, a tedy i pro případné zpracování a podání kvalifikované nabídky, která by mohla konkurovat nabídce podané vybraným uchazečem.
4. Druhým opravným Oznámením o zakázce uveřejněným v Informačním systému o veřejných zakázkách dne 26. 8. 2011 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 30. 8. 2011 došlo ke změně zadavatelových původních požadavků mimo jiné tak, že celkový obrat dodavatele a subdodavatelů měl dosahovat v každém účetním období za předcházející 3 roky minimálně 400 mil. Kč (oproti původní 1 miliardě), dále radiovému plánovači byla dána možnost využít překladatele/tlumočnicka a byl vypuštěn požadavek na způsobilost použití technologie GSM-R na železničních tratích ve vlastnictví státu. Přestože zadavatel podstatně změnil ekonomické a finanční předpoklady a technické kvalifikační předpoklady, které nelze považovat za pouhé vyjasnění či konkretizaci údajů v zadávací dokumentaci, lhůtu pro doručení žádosti o dokumentaci a pro doručení nabídek neprodloužil. Úřad s ohledem na změnu kvalifikace požadované zadavatelem konstatoval, že taková obměna mohla podstatně změnit okruh dodavatelů, kteří by byli schopni prokázat splnění zadavatelem nově stanovených ekonomických a finančních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů. Tito dodavatelé pak mohli být důsledkem nedostatku časového prostoru poskytnutého zadavatelem výrazným způsobem omezeni na svém právu podat nabídku.
5. Dle názoru Úřadu, vyslovenému v napadeném rozhodnutí, tento závadný stav nemohla zhojit ani skutečnost spočívající v informaci o změně kvalifikace poskytnuté „vybraným“ zájemcům prostřednictvím dodatečných informací č. 2. Neprodloužením lhůty pro doručení žádosti o dokumentaci a pro doručení nabídek zadavatel totiž ani těmto obeznámeným dodavatelům neposkytl dostatek času pro zpracování a podání kvalifikované nabídky.
6. Úřad dále konstatoval, že je irelevantní, jak dlouhá lhůta pro doručení žádosti o dokumentaci a pro doručení nabídek byla před provedením změn zadávacích podmínek zadavatelem stanovena, když lhůta po takovýchto obměnách je nepřiměřeně krátká. V daném případě pak trvala pouhé 3 dny po uveřejnění v Informačním systému o veřejných zakázkách

a v Úředním věstníku Evropské unie bylo druhé opravné Oznámení o zakázce uveřejněno až den po vypršení lhůty pro podání nabídek.

7. Na základě výše uvedených skutečností Úřad uzavřel, že zadavatel postupoval rovněž v rozporu se zásadami uvedenými v ustanovení § 6 zákona, a to zejména se zásadou rovného zacházení a zákazu diskriminace.
8. Co se týče uložené pokuty, Úřad ji v napadeném rozhodnutí odůvodnil tak, že při stanovení výše sankce za spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem vzal v úvahu skutečnost, že se nejednalo v tomto případě o správní delikt svým charakterem nejzávažnější, neboť zadavatel zahájil zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení postupem podle zákona, avšak tu nezadal řádným způsobem. Z hlediska následků Úřad přihlédl zejména k tomu, že důsledkem neprodloužení lhůty pro doručení žádosti o dokumentaci a pro doručení nabídek (při de facto zmírnění kvalifikačních předpokladů) mohlo dojít k tomu, že zadavatel neobdržel ekonomicky výhodnější nabídky, než jakou poskytl vybraný dodavatel. To znamená, že uvedený postup zadavatele mohl mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, přičemž Úřad z okolností případu vyvodil vysokou pravděpodobnost, že k takovému ovlivnění skutečně došlo. Jiné přitěžující, ani polehčující okolnosti Úřad nenalezl. Při stanovení výše pokuty Úřad přihlédl, vedle obsahu obou obecných funkcí právní odpovědnosti (tj. represivní a preventivní), také k ekonomické situaci zadavatele, když uložená pokuta ve výši 700.000,- Kč není, s ohledem na výši finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje a na stav vlastního kapitálu, likvidační. Nadto se pohybuje v dolní polovině možné sazby.

III. Námitky rozkladu

9. Dne 5. 9. 2014 obdržel Úřad rozklad zadavatele ze dne 4. 9. 2014. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 22. 8. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
10. Proti napadenému rozhodnutí zadavatel uplatnil rozklad směřující proti oběma výrokům napadeného rozhodnutí, neboť s ním zadavatel nesouhlasí a považuje jej za nesprávné z důvodu chybně zhodnoceného skutkového stavu věci a nesprávného právního posouzení.
11. Po shrnutí svého postupu a zopakování stěžejních myšlenek Úřadu, uvedených v napadeném rozhodnutí, zadavatel v rozkladu zdůraznil, že zákon je výlučně procedurální normou, upravující specifický proces kontraktace na plnění v rámci veřejných zakázek, jehož smyslem je zachování soutěžního prostředí a zájem na hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků. Z tohoto důvodu jednotlivá ustanovení zákona nelze vykládat izolovaně od ostatních zákonných ustanovení a samotného účelu zákona. Dle zadavatelova názoru význam tohoto komplexního hlediska odráží i konstrukce § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle níž správním deliktem není každé porušení zákona, ale pouze takové, které mělo nebo mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Míra porušení zákona se pak má zrcadlit ve výši uložené sankce.
12. V tomto obšírném kontextu zadavatel poukazuje na specifickou povahu předmětu této veřejné zakázky, když se nejednalo o obvyklé zadávací řízení, v němž by se zadavatel obracel na (relativně) neurčitý okruh dodavatelů, nýbrž poptával plnění spočívající ve vybudování rozsáhlého zařízení zajišťujícího mobilní telekomunikační a datovou komunikaci pro potřeby

železničního provozu. Podle názoru zadavatele je v daném případě okruh potenciálních dodavatelů omezený, předem daný a z předešlých veřejných zakázek na konkrétní úseky železniční dopravní cesty jemu známý, neboť technologie GSM-R je na železniční dopravní cestě budována postupně.

13. Zadavatel v rozkladu dále uvádí, že považuje za významné, že o změně podmínek prostřednictvím dodatečných informací č. 2 vyrozuměl jednotlivé jemu známé dodavatele přímo, což s ohledem na omezený okruh dodavatelů považuje za ekvivalent uveřejnění postupem dle ustanovení § 147 zákona.
14. K postupu podle § 40 odst. 6 zákona zadavatel uvádí, že není nutné lhůtu pro podání nabídek samoúčelně prodloužovat, a to „pouze“ proto, že to vyžaduje zákon. Prodloužení lhůty zadavatel považuje za účelné tehdy, pokud to vyžaduje náročnost zpracování nabídek, neboť smyslem jmenovaného zákonného ustanovení je pouze to, aby lhůta pro podání nabídek byla ve své zbývající délce dostatečná. Svě tvrzení zadavatel opírá o princip efektivnosti vynakládání veřejných prostředků, z něž mimo jiné vyplývá požadavek na přiměřenou délku zadávacího řízení a na samoúčelné neprotahování zadávacího řízení. Zadavatel se proto domnívá, že účel ustanovení § 40 odst. 6 zákona je zajištěn i bez prodloužení lhůty po provedených úpravách v uveřejněném vyhlášení za situace, že lhůta pro podání nabídek je sama o sobě dostatečně dlouhá. K hledisku přiměřenosti zadavatel dále uvádí, že lhůta pro podání nabídek by měla být přiměřená změnám, nikoliv např. původně stanovené délce lhůty. S ohledem na rozsah provedených změn zadavatel považuje zbývající část lhůty (bez prodloužení) za dostačující.
15. Zadavatel v rozkladu taktéž namítá, že nemohl ze své pozice jakkoliv ovlivnit konkrétní datum vydání druhého opravného Oznámení o zakázce v Úředním věstníku Evropské unie, a proto mu opožděné uveřejnění Úřad nemá klást za vinu.
16. Svůj postup při zadávání veřejné zakázky považuje zadavatel za souladný se zákonem a s principy a zásadami, na nichž tento zákon spočívá. Přitom je přesvědčen, že jeho postup neměl a ani nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.
17. Všechna v rozkladu uvedená hlediska jsou dle zadavatele rozhodná pro posouzení výše uložené pokuty. Proto za situace, že by předseda Úřadu dospěl k závěru, že se zadavatel svým postupem při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, má vzít tyto okolnosti posuzované věci v úvahu při hodnocení výše pokuty, neboť ta se zadavateli, s ohledem na míru porušení jeho povinností, zdá nepřiměřeně vysoká.

Závěr rozkladu

18. Navrhovatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad neshledal důvody pro postup podle ustanovení § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**správní řád**“), tedy pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí, a proto v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. 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 a řízení, které mu předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S601/2013/VZ-17012/2014/552/SPo ze dne 18. 8. 2014, konstatoval spáchání správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona zadavatelem tak, jak je uvedeno ve výroku I. napadeného rozhodnutí a za spáchaný správní delikt uložil zadavateli pokutu ve výši 700.000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

22. Předně je třeba uvést, že zadavatelův rozklad nepřináší žádnou novou právní argumentaci, na základě níž by bylo možné dospět k odlišnému posouzení věci, neboť obsahuje převážně námitky, které již byly vzneseny ve správním řízení prvního stupně (a to ve vyjádření ze dne 19. 2. 2013), přičemž Úřad se s nimi v napadeném rozhodnutí vyčerpávajícím způsobem vypořádal. Proto mohu jen nad rámec napadeného rozhodnutí rozšířit argumentaci Úřadu, s níž se v plné míře ztotožňuji.
23. Do jisté míry souhlasím s úvodním konstatováním zadavatele, že zákon je výlučně procedurální normou, upravující specifický proces kontraktace na plnění v rámci veřejných zakázek, jehož smyslem je zachování soutěžního prostředí a zájem na hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti vynakládání veřejných prostředků, přičemž jednotlivá ustanovení zákona nelze vykládat izolovaně od ostatních zákonných ustanovení a samotného účelu zákona. S navazujícím tvrzením, tedy že konstrukce § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle níž správním deliktem není každé porušení zákona, ale pouze takové, které mělo nebo mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, se rovněž ztotožňuji, avšak zásadně nesouhlasím se souvisejícím přesvědčením zadavatele, že jeho postup neměl a ani nemohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Znaky skutkové podstaty správního deliktu spáchaného zadavatelem jsou naplněny tehdy, je-li jednání zadavatele způsobilé mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky. V tomto kontextu je třeba poukázat na formulaci ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, podle něž postačuje toliko možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. V této souvislosti upozorňuji na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 7. 2013, sp. zn. 9 Afs 78/2012, kde se Nejvyšší správní soud ztotožnil s názorem Krajského soudu v Brně a učinil závěr, že *„je podstatné znění ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) zákona, dle něhož se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku. Ze zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného*

ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“. V daném případě ovlivnění či možnost podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky spočívá ve skutečnosti, že zadavatel neposkytl potenciálním uchazečům dostatečný časový prostor pro zvážení možné účasti v zadávacím řízení v důsledku úpravy zadávacích podmínek, a tedy i pro případné zpracování a podání kvalifikované nabídky, která by mohla konkurovat nabídce podané vybraným uchazečem. V posuzovaném případě se nejednalo o změny nepodstatného charakteru (nýbrž o změny vtahující se k prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 1 zákona a k prokázání technických kvalifikačních předpokladů dle § 56 odst. 1 písm. b) zákona, při splnění dalších požadavků zadavatele podle § 44 odst. 3 písm. g) zákona), ale de facto došlo k ulehčení způsobu prokázání kvalifikace, což bezpochyby mohlo podstatně změnit okruh dodavatelů, jež by byli schopni prokázat nově nastavené ekonomické a finanční předpoklady a technické kvalifikační předpoklady. Avšak k jakékoliv reakci dodavatelů na změny v požadované kvalifikaci zadavatel neposkytl dodatečnou lhůtu, přestože tak dle zákona měl učinit. Mám za to, že tato skutečnost znemožnila potenciálním uchazečům doručení žádosti o dokumentaci a doručení nabídek, proto se v daném případě zadavatel, s ohledem na relevantní okolnosti, nepohybuje pouze v rovině potenciality, ale je téměř jisté, že nedodržením postupu podle ustanovení § 40 odst. 6 zákona podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť svým postupem zúžil spektrum předložených nabídek. Tato skutečnost, resp. míra porušení zákona, byla Úřadem v napadeném rozhodnutí zohledněna (v souladu s prezentovaným názorem zadavatele) ve výši uložené sankce.

24. Nezpochybňuji, že v případě veřejné zakázky na vybudování zařízení na zajištění mobilní hlasové a datové komunikace pro potřeby železničního provozu při využití technologie GSM-R se jedná o složitý a specifický předmět veřejné zakázky, nicméně mám zásadně za to, že případná (resp. zadavatelem tvrzená) uzavřenost trhu s technologií GSM-R neopravňuje zadavatele k tomu, aby nerespektoval závazná ustanovení zákona. Znění § 40 odst. 6 zákona kogentně stanoví povinnost zadavatelů v případě provedení úprav v uveřejněném vyhlášení, přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. Tuto povinnost zákon zadavateli ukládá bez dalšího, tedy není například rozhodné, zdali zadavatelem požadované plnění je běžně dostupné či je jeho povaha natolik specifická, že s ním obchoduje jen omezený okruh dodavatelů. Lichou se tak jeví námitka zadavatele, že se v zadávacím řízení neobracel na (relativně) neurčitý okruh dodavatelů, kteří by byli schopni předmět veřejné zakázky plnit, neboť to není z pohledu naplnění § 40 odst. 6 zákona relevantní, když povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek vyplývá bez dalšího ex lege.
25. Závadný stav v důsledku neprodloužení lhůty nespočívá pouze v porušení § 40 odst. 6 zákona, ale též § 6 odst. 1 téhož zákona, resp. v nedodržení všech tří zásad postupu zadavatele. Rozsudkem ze dne 12. 5. 2008, č. j. 5 Afs 131/2007 – 131 dospěl Nejvyšší správní soud k závěru, že *„neprodloužením lhůty pro podání nabídky žalobce tedy de facto znemožnil uchazečům o veřejnou zakázku se reálně ucházet, čímž se dopustil netransparentnosti v zadávacím řízení (...)*“. Dále dovodil, že *„při zadávání veřejných zakázek má zvláštní význam zásada rovného zacházení. Tato zásada v sobě obsahuje rovnost příležitostí všech uchazečů a zadavatel ji musí dodržovat v každé fázi procesu zadávání veřejné zakázky. Jejím cílem je podporovat rozvoj zdravé a účinné hospodářské soutěže mezi subjekty, které se zúčastní řízení o zadání veřejné zakázky, a proto ukládá, aby všichni uchazeči měli*

při vypracování znění jejich nabídek stejné příležitosti. Předpokládá se tedy, že nabídky všech soutěžitelů podléhají stejným podmínkám.“ Ve jmenovaném rozhodnutí se Nejvyšší správní soud vyjádřil též k zásadě zákazu diskriminace, když konstatoval následující: *„má-li zadavatel dostát zásadě nediskriminace účastníků (...), je povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit řízení nové, nebo oznámit změnu zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé, tedy oznámit změnu zadávací dokumentace (tedy celé veřejné zakázky) stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt; lhůtu je povinen při změně předmětu zakázky prodloužit takovým způsobem, aby po změně nebyla kratší než zákonem stanovená lhůta minimální“*. S ohledem na rozhodovací praxi správních soudů (a na kogentní ustanovení zákona) proto nemohu podpořit zadavatelovo přesvědčení, že jeho postup při zadávání veřejné zakázky byl souladný se zákonem a s principy a zásadami, na nichž tento zákon spočívá, když naopak zákonem výslovně stanovenému postupu odporuje.

26. Zákon výslovně nestanoví o jakou dobu má zadavatel prodloužit lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení či lhůty pro podání nabídek. Zde dává zadavateli prostor pro jeho uvážení o přiměřenosti podle povahy provedené úpravy. Konstantní judikatura (viz výše) však vytyčila požadavek, aby prodloužená lhůta nebyla kratší, než zákonem stanovená lhůta minimální. Přesto v posuzovaném případě zadavatel uvedenou povinnost zcela ignoroval a nestanovil dodatečnou lhůtu vůbec, čímž ve své podstatě jednal proti vlastnímu zájmu, když jde k jeho škodě, bude-li podána jen mizivá část z potenciálních nabídek dodavatelů. Zadavateli má primárně jít o to, aby nabídky podalo co nejvíce dodavatelů schopných zajistit předmět plnění tak, aby měl zadavatel možnost vybírat z konkurenceschopných nabídek, přičemž by byl naplněn elementární účel zadávacího řízení, a to efektivita a racionalita vynakládání veřejných prostředků.
27. Skutečnost, že zadavateli jsou známi z předchozích zadávacích řízení potenciální dodavatelé, ještě nemůže být jediným argumentem pro zpětnou obhajobu nestanovení lhůty pro doručení nabídek. O zájmu o účast v šetřené veřejné zakázce svědčí 10 žádostí o zaslání zadávací dokumentace. Nicméně ve lhůtě pro podání nabídek zadavatel obdržel pouze nabídku jediného uchazeče, což vyvolává odůvodněnou pochybnost o zákonnosti postupu zadavatele. Již z názvu veřejné zakázky je jasně patrné, čeho se předmět plnění týká, resp. je zřejmé, že zadavatel požaduje technologii GSM-R, jakožto platformu pro hlasovou i datovou komunikaci mezi provozními zaměstnanci železnic. S ohledem na tuto skutečnost proto považuji za nepravděpodobné, že by některý z 10 zájemců o zadávací dokumentaci přehlédl fakt, že předmětem veřejné zakázky je technologie GSM-R. Svou nabídku tak dodavatelé pravděpodobně nepodali právě v důsledku přísně nastavených ekonomických a finančních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů a po jejich zásadním zmírnění již neměli dostatek času vypracovat kvalifikovanou nabídku. S ohledem na uvedené mohu učinit závěr, že pokud by zadavatel postupoval zákonem stanoveným způsobem, nelze vyloučit možnost, že by obdržel nabídky i od dodavatelů, kteří v předmětné veřejné zakázce své nabídky nepodali.
28. Plně se ztotožňuji s názorem Úřadu, že závadný stav nemohla zhojit ani skutečnost spočívající v informaci o změně kvalifikace poskytnuté „vybraným“ zájemcům prostřednictvím dodatečných informací č. 2, neboť ani tito dodavatelé neměli dostatek času

pro zpracování a podání kvalifikované nabídky, když informace o „ulehčení“ způsobu prokázání kvalifikace jim byla zadavatelem odeslána (email) dne 23. 8. 2011, přičemž lhůta pro podání nabídek končila dnem 29. 8. 2011. V této souvislosti musím odmítnout zadavatelovo tvrzení prezentované v rozkladu, že s ohledem na omezený okruh dodavatelů GSM-R technologie je poskytnutí dodatečných informací č. 2, co do svého důsledku, ekvivalentní uveřejnění postupem podle § 147 zákona. Zadavatel má naopak povinnost oznámit změnu zadávací dokumentace, a pokud tak učinil, rozhodně se nejedná o polehčující okolnost či dokonce o alternativu splnění povinnosti stanovené ustanovením § 147 zákona, ale o prosté splnění jedné z povinností uložených zákonem. Uvedené ostatně vyplývá (vedle znění zákona) z již jmenovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ve věci evidované pod sp. zn. 5 Afs 131/2007. Nejvyšší správní soud se ke změně zadávací dokumentace vyjádřil i tak, že *„tuto změnu je zadavatel povinen oznámit všem subjektům, o nichž je mu známo, že zvažují podání nabídky, přičemž relevantním dokladem tohoto zájmu je právě vyžádání dokumentace.“* Z uvedeného je tedy zřejmé, že oznámení změny zadávací dokumentace známým dodavatelům není odpovídající hodnotou zákonem stanoveným způsobům uveřejňování a nemůže je tedy ani suplovat.

29. K postupu podle § 40 odst. 6 zákona zadavatel uvádí, že není nutné lhůtu pro podání nabídek samoúčelně prodloužovat, a to „pouze“ pro to, že to vyžaduje zákon, je-li lhůta pro podání nabídek ve své zbývající délce dostatečná. Takové tvrzení zadavatele musím striktně odmítnout, neboť jednak lhůta pro podání nabídek měla být zadavatelem prodloužena, protože tak stanoví zákon (přičemž zbývající lhůta pro podání nabídek je nepřiměřeně krátká) a jednak tímto názorem zadavatel v podstatě odmítá nejzákladnější povinnost každého subjektu dodržovat právní předpisy. Ustanovení § 40 odst. 6 zákona zní: *„Provede-li veřejný zadavatel úpravy v uveřejněném vyhlášení podle § 147 odst. 8, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.“* Z citace vyplývá, že zákon nerozlišuje povahu (či obsah) provedených změn v uveřejněném vyhlášení, proto mohu konstatovat, že zadavatel je povinen prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek vždy, bez ohledu na rozsah a význam provedených úprav. Nadto se ztotožňuji s názorem Úřadu, že v daném případě šlo o změny způsobu prokázání kvalifikace zcela podstatným způsobem (neboť změny se týkaly prokázání ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů podle § 55 odst. 1 zákona, dále prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. b) zákona, a to při splnění dalších požadavků zadavatele podle § 44 odst. 3 písm. g) zákona), proto zadavatel nemohl mít pochybnost o nutnosti naplnit povinnost stanovenou mu § 40 odst. 6 zákona a měl už jen z tohoto důvodu lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení a lhůtu pro podání nabídek přiměřeně prodloužit. Pokud jde o přiměřenost délky lhůty, platí, že zadavatel její délku musí určit s ohledem na předmět veřejné zakázky, přičemž by měl přihlédnout zejména k době nezbytné pro zpracování a předložení nabídky. Argumentuje-li zadavatel tím, že zbývající délka lhůty byla dostatečná, nelze tomu přisvědčit, když délka 6 dní pro zpracování a předložení nabídky „obeznámených“ dodavatelů a 3 dnů (od uveřejnění druhého opravného oznámení do uplynutí lhůty pro podání nabídek) pro vyžádání si dokumentace a zpracování a předložení nabídky ostatních potenciálních dodavatelů, není přiměřená, ba dokonce je prakticky nemožné během ní učinit příslušné úkony a podat kvalifikovanou nabídku.

Nadto v Úředním věstníku Evropské unie byla změna provedena až den po vypršení lhůty, což znamená, že zahraniční dodavatelé na úpravy nemohli reagovat vůbec. S tím související námitka zadavatele, že nemůže ovlivnit den uveřejnění opravného oznámení v Úředním věstníku Evropské unie, rovněž neobstojí, neboť veřejnému zadavateli nemůže být z praxe neznámý fakt, že k uveřejnění, ať už v Informačním systému veřejných zakázek či Úředním věstníku Evropské unie, nedochází okamžitě, ale s určitým časovým odstupem, který zadavatel musí brát v úvahu. Situace, kdy v Úředním věstníku Evropské unie nebylo druhé opravné oznámení zveřejněno do konce lhůty pro podání nabídek, aniž by došlo k neobvyklému opoždění s uveřejněním, pouze dokresluje skutečnost, že zadavatel pochybil, když nepostupoval způsobem stanoveným § 40 odst. 6 zákona.

30. Nemohu se ztotožnit se zadavatelovým názorem, že k zajištění účelu § 40 odst. 6 zákona postačí, je-li lhůta pro podání nabídek sama o sobě dostatečně dlouhá. Jak jsem se již vyjádřil výše, ustanovení § 40 odst. 6 zákona, ani jiné, neupravuje výjimky či úlevy, kdy by zadavatel nemusel prodlužovat lhůtu po provedení úprav v uveřejněném vyhlášení. Povinnost přiměřeně prodloužit lhůtu, ať už k podání žádosti o účast v zadávacím řízení nebo k podání nabídek, ve smyslu § 40 odst. 6 zákona mají všichni veřejní zadavatelé, bez ohledu na specifika konkrétního zadávacího řízení. To znamená, že není rozhodné, jak dlouhá lhůta pro podání nabídek běžela před provedenou změnou ekonomických a finančních předpokladů a technických kvalifikačních předpokladů. Tato měla být zadavatelem bez dalšího přiměřeně prodloužena, aniž by zadavatel konstruoval důvody či argumenty, proč tak neučinit.
31. Přestože je zadavatel dle svých slov přesvědčen, že jeho postup byl souladný se zákonem a s principy a zásadami, na nichž tento zákon stojí, v rozkladu sám připouští, že z hlediska přiměřenosti prodloužení lhůty pro podání nabídek dle ustanovení § 40 odst. 6 zákona by prodloužená lhůta měla být přiměřená učiněným změnám, nikoliv např. původně stanovené délce lhůty. Se zadavatelovým argumentem, že případné porušení zákona z jeho strany mohlo mít pouze formální povahu, se neztotožňuji, jelikož v daném případě byly prokazatelně naplněny rovněž materiální znaky správního deliktu. Jinými slovy řečeno, zadavatel formálně porušil zákon tím, že nedodržel postup stanovený § 40 odst. 6 zákona a nepostupoval v souladu s § 6 zákona (tedy opravným formulářem provedl změny ve vyhlášeních uveřejněných v informačních systémech o veřejných zakázkách, aniž by současně přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek), přičemž však zároveň došlo k potenciálnímu ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a tím i ke splnění nezbytného materiálního znaku správního deliktu. Proto Úřad rozhodl správně a v souladu se zákonem, když věc posoudil tak, že v předmětném případě došlo k naplnění jak formální, tak materiální stránky správního deliktu jmenovaného v § 120 odst. 1 písm. a) zákona, a tedy konstatoval jeho spáchání zadavatelem.
32. Zadavatelovy námitky směřují i proti výši pokuty, jež se zdá zadavateli příliš vysoká a nezohledňující okolnosti posuzované věci. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl k závažnosti spáchaného správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl zadavatelem spáchán (viz body 54 až 58 napadeného rozhodnutí). Rovněž byla Úřadem výše pokuty řádně posuzována tak, aby tato neměla vůči zadavateli likvidační charakter, když Úřad vzal v úvahu výroční zprávu zadavatele za rok 2013 (jakožto poslední zveřejněnou) a dále dvě předcházející výroční zprávy.

Z nich pak učinil závěr, že s ohledem na výši finančních prostředků, jimiž zadavatel v rámci svého hospodaření disponuje a s ohledem na stav jeho vlastního kapitálu, nemůže být uložena pokuta likvidační. Úřad při stanovení výše pokuty přezkoumal majetkové poměry zadavatele a mohu tedy konstatovat, že tím naplnil svou zákonnou povinnost, rozvedenou pak například v rozhodnutí Nejvyššího správního soudu pod č. j. 1 As 9/2008-133 ze dne 20. 4. 2010 (byť se v citovaném rozsudku, odlišně od zadavatele, jednalo o fyzickou osobu), které říká, že *„Správní orgán ukládající pokutu za jiný správní delikt je povinen přihlídnout k osobním a majetkovým poměrům pachatele tehdy, pokud je podle osoby pachatele a výše pokuty, kterou lze uložit, zřejmé, že by pokuta mohla mít likvidační charakter, a to i v případech, kdy příslušný zákon osobní a majetkové poměry pachatele v taxativním výčtu hledisek rozhodných pro určení výše pokuty neuvádí.“*

33. Stran polehčujících okolností se přikláním k názoru Úřadu, který v dané věci jako polehčující shledal pouze fakt, že zadavatel zahájil zadávání veřejné zakázky v otevřeném řízení postupem podle zákona, nicméně následně nedodržel zákonem stanovený postup a veřejnou zakázku nezadal řádně, přičemž s vybraným uchazečem uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky a s ohledem na to nápravy již nemohlo být dosaženo jinak. Ztotožňuji se rovněž s Úřadem uváděnou přitěžující okolností, spočívající ve vysoké pravděpodobnosti, že došlo k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Tedy že v daném případě nedošlo jen k (postačujícímu) potenciálnímu ovlivnění, ale s nejvyšší pravděpodobností byl výběr nejvhodnější nabídky skutečně ovlivněn. Usuzuji tak z relevantních okolností případu, zejména ze skutečnosti, že zájem o zadávací dokumentaci byl patrný (neboť zadávací dokumentaci si vyžádalo 10 dodavatelů), nicméně nabídku podal pouze jediný uchazeč. V dané situaci mám za to, že ostatní dodavatelé, resp. alespoň někteří z nich, nepodali nabídku i po tak nikoliv nevýznamném „ulehčení prokázání kvalifikace“ právě proto, že toho v podstatě nebyli schopni z časových důvodů, jelikož lhůta pro podání nabídky nebyla v souladu s požadavkem zákona dostatečně prodloužena.
34. Ztotožňuji se rovněž s Úřadem v tom, že pokuta uložená zadavateli má plnit 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. vede k jednání, které je se zákonem v souladu. Mám za to, že Úřad v daném případě dospěl ke správnému závěru, když za předmětný delikt dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona uložil pokutu ve výši 700.000,- Kč. Zohlednil tak skutečnost, že pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavatelem pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by tato neplnila svou funkci, tj. sankce za protiprávní jednání. Výše pokuty uložená Úřadem je stanovena při dolní hranici zákonné sazby (tj. po zaokrouhlení 3,37% z částky 20.765.727,- Kč, již mohl Úřad podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona uložit), proto ji lze označit za zcela přiměřenou porušení zákona a zohledňující obě základní funkce právní odpovědnosti.
35. Postup správního orgánu prvního stupně při stanovení výše pokut shledávám na jedné straně konformní se zněním § 120 odst. 2 písm. a) zákona a § 121 odst. 1 a 2 téhož zákona, na straně druhé plně přiléhavý specifikům daného případu. S ohledem na výše uvedené lze postup Úřadu považovat za transparentní, souladný s pravidly logického usuzování, když předpoklady takového úsudku byly zjištěny zákonným procesním postupem. Správní orgán prvního stupně při stanovení výše pokut nevybočil ze zákonem stanovených

mezi správního uvážení při současném respektování základních zásad správního trestání. Proto shledávám postup Úřadu při uložení sankce a stanovení její výše za zákonný.

Závěr

36. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
37. 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 tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Správa železniční dopravní cesty, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1 – Nové Město

Vypraveno dne:

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