



UOHSX007J2JJ

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R414/2014/VZ-31197/2015/323/RBu

Brno 2. října 2015

V řízení o rozkladu ze dne 26. 11. 2014, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 11. 2014, jenž podal zadavatel –

- **Město Šumperk**, IČO 00303461, se sídlem nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S607/2014/VZ-23896/2014/553/MKn ze dne 10. 11. 2014, vydanému ve správním řízení zahájeném z moci úřední dne 30. 7. 2014 ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Cyklostezka Šumperk – Dolní Studénky**“ v otevřeném řízení, jehož „Oznámení o zakázce“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 5. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 344871, ve znění oprav uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 5. 2013, na kterou byla dne 1. 7. 2013 uzavřena smlouva o dílo se společností STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S607/2014/VZ-23896/2014/553/MKn ze dne 10. 11. 2014

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) obdržel dne 23. 4. 2014 podnět k zahájení správního řízení z moci úřední ve věci postupu zadavatele – Město Šumperk, IČO 00303461, se sídlem nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk (dále jen „**zadavatel**“), při zadávání níže uvedené veřejné zakázky.
2. Dne 7. 5. 2013 odesláním Oznámení o zakázce k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek (dále jen „**Oznámení o zakázce**“) zahájil zadavatel zadávací řízení veřejné zakázky s názvem „Cyklostezka Šumperk – Dolní Studénky“ zadávané v otevřeném řízení, jehož „Oznámení o zakázce“ bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 9. 5. 2013 pod evidenčním číslem zakázky 344871, ve znění oprav uveřejněných ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 5. 2013, na kterou byla dne 1. 7. 2013 uzavřena smlouva o dílo se společností STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
3. Z bodu II.1.5) Oznámení o zakázce vyplývá, že předmětem veřejné zakázky je výstavba cyklostezky ze Šumperka do Dolních Studének. Dle bodu II.2.1) Oznámení o zakázce zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu ve výši 25 000 000 Kč bez DPH.
4. V bodu III.2.3) Oznámení o zakázce zadavatel požadoval k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění účinném v okamžiku zahájení zadávacího řízení (dále jen „**zákon**“)¹, doložení nejméně 3 referenčních staveb typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na které se podílel jako generální dodavatel v letech 2008-2012.
5. Z bodu IV.3.4) Oznámení o zakázce vyplývá, že zadavatel stanovil konec lhůty pro podání nabídek na den 3. 6. 2013.
6. Dodatečnou informací č. 1 ze dne 15. 5. 2013 zadavatel změnil požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, že z původního znění vypustil slovo „generální“, pročež zadavatel nově požadoval doložení nejméně 3 referenčních staveb typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na které se podílel jako dodavatel v letech 2008 -2012.

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

7. Rovněž v opravném Oznámení o zakázce uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 5. 2013 pod evidenčním číslem formuláře 7302020044871 (dále jen „**opravné Oznámení o zakázce**“) zadavatel změnil požadavek na prokázání technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona tak, že z původního znění vypustil slovo „generální“, pročež zadavatel nově požadoval doložení nejméně 3 referenčních staveb typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na které se podílel jako dodavatel v letech 2008 -2012.
8. Z bodu IV.3.4) opravného Oznámení o zakázce vyplývá, že zadavatel stanovil konec lhůty pro podání nabídek na den 3. 6. 2013, a tedy že neprodloužil lhůtu pro podání nabídek.
9. Dále si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce, z níž zjistil následující.
10. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 3. 6. 2013 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 11 nabídek, které komise pro otevírání obálek shledala jako úplné ve smyslu § 71 odst. 9 zákona. Z protokolu o posouzení kvalifikace uchazečů ze dne 3. 6. 2013 vyplývá, že všichni uchazeči v souladu s § 59 zákona splnili kvalifikaci. Na základě doporučení hodnotící komise rozhodl zadavatel o výběru nejvhodnější nabídky předložené uchazečem STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
11. Dalším zjištěním Úřadu je, že dne 1. 7. 2013 zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 841/SAHJ/026/2013.
12. Jelikož po posouzení dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti o tom, zda zadavatel svým postupem neporušil § 40 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, zahájil dne 30. 7. 2014 správní řízení z moci úřední.

II. Napadené rozhodnutí

13. Dne 12. 11. 2011 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S607/2014/VZ-23896/2014/553/MKn ze dne 10. 11. 2011 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), v jehož výroku I. rozhodl tak, že se zadavatel dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když dodatečnou informací č. 1 ze dne 15. 5. 2013 změnil původní požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, v jehož rámci byli uchazeči povinni doložit nejméně 3 referenční stavby typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na kterých se podíleli jako generální dodavatelé v letech 2008-2012 tak, že nově postačovalo, aby se uchazeči na právě specifikovaných referenčních stavbách podíleli pouze jako dodavatelé, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změn zadávacích podmínek činila celou původní délku lhůty pro podání nabídky, ačkoliv tato změna mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a na tuto veřejnou zakázku byla dne 1. 7. 2013 uzavřena smlouva o dílo s vybraným uchazečem.
14. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí Úřad za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí uložil zadavateli podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona pokutu ve výši 30 000 Kč.

15. V odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel pojem „generální dodavatel“ nikde v zadávací dokumentaci nedefinoval, a proto je pojem „generální dodavatel“ potřeba vykládat tak, jak je v teorii stavebnictví vykládán, tedy jako dodavatel stavebních prací, který je ve smluvním vztahu s investorem a který vedle vlastních dodávek zajišťuje také subdodávky nižších dodavatelů a koordinuje výstavbu všech dodavatelských subjektů, přičemž také odpovídá investorovi za celou dodávku stavby, a to za její včasné dokončení, kvalitu a kompletnost podle uzavřené smlouvy.
16. Úřad po posouzení věci a s odkazem na dřívější rozhodovací praxi týkající se technického kvalifikačního předpokladu (konkrétně pozice generálního dodavatele) dospěl k závěru, že zadavatel změnou zadávacích podmínek sice odstranil rozpor se zákonem, zároveň se však dopustil změny zadávacích podmínek, přičemž se jednalo o takovou změnu, která mohla mít podstatný vliv na účast potenciálních dodavatelů v předmětné veřejné zakázce, neboť mohla zapříčinit rozšíření okruhu dodavatelů způsobilých se dle nově nastavených podmínek účastnit zadávacího řízení a splnit zadávací podmínky stanovené zadavatelem. Přitom zadavatel neprodloužil lhůtu k podání nabídek, jak mu ukládá § 40 odst. 3 zákona.
17. K uložení sankce Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl následující. Úřad nejprve posoudil, zda nezanikla odpovědnost zadavatele za správní delikt, a následně posoudil závažnost správního deliktu. Dle Úřadu mohlo dojít k omezení práv potenciálních uchazečů podat nabídku do zadávacího řízení, na základě čehož došlo k omezení soutěžního prostředí, když zadavatel mohl obdržet jiné nabídky, z nichž některá mohla být vyhodnocena jako nevhodnější. Úřad jako polehčující okolnost vzal v úvahu délku lhůty pro podání nabídek, jež zbývala potenciálním uchazečům od okamžiku provedení změny zadávacích podmínek, a která činila 18 dní, neboť tato okolnost byla způsobilá ovlivnit, resp. zmírnit stupeň omezení hospodářské soutěže, jehož se zadavatel svým jednáním dopustil. Další polehčující okolnost, kterou vzal Úřad v úvahu, byla skutečnost, že změnou zadávacích podmínek zadavatel odstranil protiprávní stav. Úřad při stanovení výše pokuty rovněž přihlédl i k ekonomické situaci odpovědného subjektu, když zohlednil rozpočet zadavatele na rok 2014, a konstatoval, že stanovenou výši pokuty nelze považovat za likvidační.

III. Námitky rozkladu zadavatele

18. Dne 27. 11. 2014 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad zadavatele ze dne 26. 11. 2014. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 12. 11. 2014. Rozklad byl tedy podán v zákonné 15denní lhůtě.
19. Zadavatel nesouhlasí s právním názorem Úřadu a trvá na tom, že při zadávání veřejné zakázky byly dodrženy zásady uvedené v § 6 odst. 1 zákona. V rozkladu zadavatel namítá, že podle jeho právního názoru nebylo zveřejnění dodatečné informace č. 1 důvodem k prodloužení lhůty pro podání nabídek podle § 40 odst. 3 zákona, neboť se nejednalo o takovou změnu zadávacích podmínek, která by mohla rozšířit okruh možných dodavatelů. Vypuštění slova „generální“ bylo podle zadavatele fakticky uvedením předmětné části zadávací dokumentace do souladu se zákonem a nemělo žádný vliv na průběh soutěže a výběr nejvhodnější nabídky.
20. Dále zadavatel namítá, že Úřad bez bližšího odůvodnění uvádí, že zadavatel měl prodloužit lhůtu pro podání nabídek v rozsahu minimální zákonné doby pro podání nabídek. Jako další

námítku zadavatel uvádí, že v daném případě Úřad dostatečně neodůvodnil skutečnost, jak mohla daná spíše formální změna technické kvalifikace způsobit porušení zákona.

21. S poukazem na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 55/2012 ze dne 2. 6. 2014 má zadavatel za to, že v rámci úvah o jeho možném porušení zákona nestačí samotné nedodržení zákona, ale je podle něj nezbytné, aby nastal též zákonem předpokládaný následek spočívající v tom, že byl nebo mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky, a to podstatným způsobem. S ohledem na uvedené zadavatel namítá, že Úřad neprokázal, že jeho porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky a také neprokázal skutečnost, že tato změna rozšířila okruh dodavatelů zájímajících se o předmětnou veřejnou zakázku.
22. Závěrem zadavatel odkazuje na dřívější rozhodovací praxi Úřadu (S402/2013, S768/2013, S397/2011 a R294/2012 a tvrdí, že v jiných správních řízeních vedených u Úřadu, u nichž docházelo formou dodatečných informací k mnohem větším změnám podmínek zadání a u nichž měl Úřad k dispozici podklady zadání, ani v jednom případě nezahájil z tohoto důvodu správní řízení.

Závěr rozkladu zadavatele

23. Zadavatel s ohledem na výše uvedené navrhuje zrušit napadené rozhodnutí a správní řízení zastavit.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. 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 vydání napadeného rozhodnutí 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.
26. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je výše uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem.
27. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námítkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

28. Podle § 40 odst. 3 zákona, provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, 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. V případě takové změny zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží

zadavatel lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek.

29. Ze zjištěného skutkového stavu (viz bod 2. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zcela zřejmé, že zadavatel provedl úpravy zadávacích podmínek, a to prostřednictvím Dodatečných informací č. 1 ze dne 15. 5. 2015 a takovým způsobem, že v bodu 6.4. a) Technické kvalifikační předpoklady zadávací dokumentace bylo zadavatelem z textu: *„Uchazeč prokáže splnění technických předpokladů dle § 56 odst. 3, písm. a) – nejméně 3 své referenční stavby typu rekonstrukce s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na které se podílel jako generální dodavatel v letech 2008– 2012“*, vypuštěno slovo *„generální“*. Tuto skutečnost v rozkladu potvrzuje i zadavatel, když uvádí, že při zadávání veřejné zakázky byla provedena změna v zadávací dokumentaci, která uvedla nepřesné znění požadavku v rámci technické kvalifikace do souladu s výslovným zněním zákona. Zadavatel rovněž uvádí, že vypuštění slova *„generální“* bylo fakticky uvedením předmětné části zadávací dokumentace do souladu se zněním příslušného ustanovení zákona.
30. Dle odborné literatury (JANOUSĚK, Martin; MACHUREK, Tomáš; OLÍK, Miloš; PODEŠVA, Vilém; STRÁNSKÝ, Jakub; ŠEBESTA, Milan. Komentář k Zákonu o veřejných zakázkách. Stav k 1. 7. 2012. In: ASPI.) by zadavatel současně se změnou zadávací dokumentace *„byl povinen zkoumat povahu provedené úpravy a podle toho přiměřeně provést prodloužení lhůty pro podání nabídek.“* V návaznosti je potom výše uvedenou odbornou literaturou dovozováno následující: *„Jestliže veřejný zadavatel dojde k závěru, že jím provedená změna zadávacích podmínek je způsobilá rozšířit okruh možných dodavatelů (oproti stavu před změnou zadávacích podmínek), je povinen prodloužit dotčenou lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek.“*
31. Z ustanovení § 40 odst. 3 zákona vyplývá, že zadavatel je povinen vždy zkoumat povahu provedené úpravy a podle toho přiměřeně provést prodloužení lhůty pro podání nabídek. Tento závěr potvrzuje i výše uvedená odborná literatura, a proto lze na tomto místě učinit dílčí závěr, že pro zadavatele vyplývá povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek přiměřeně k charakteru povahy takové změny zadávacích podmínek.
32. Na základě uvedeného nelze přijmout námitku zadavatele, že šlo v případě předmětného požadavku zadavatele o pouhé uvedení do souladu se zákonem, neboť i v případě uvedení nezákonných zadávacích podmínek do souladu se zákonem zadavatel musí dodržovat povinnosti, které pro něj vyplývají ze zákona při provedení úprav zadávacích podmínek.
33. Dále zadavatel namítá, že Úřad bez bližšího odůvodnění uvádí, že zadavatel měl prodloužit lhůtu pro podání nabídek v rozsahu minimální zákonné doby pro podání nabídek.
34. Úřad v části odůvodnění napadeného rozhodnutí nazvané *K výroku I. tohoto rozhodnutí* nejprve shrnul ustanovení zákona rozhodná pro posouzení otázky, zda došlo k porušení povinnosti zadavatele prodloužit lhůtu pro podání nabídek po provedení úprav zadávacích podmínek. Dále Úřad stručně uvedl účel lhůty pro podání nabídek a rovněž charakter úprav zadávacích podmínek, které rozlišuje § 40 odst. 3 zákona, přičemž kvalifikoval charakter úpravy zadávacích podmínek provedené zadavatelem.

35. Na tomto místě pro přehlednost zmiňuji související námitku zadavatele, že v daném případě Úřad dostatečně neodůvodnil skutečnost, jak mohla daná spíše formální změna technické kvalifikace způsobit porušení zákona, ke které uvádím následující. Ve vztahu k § 56 odst. 3 písm. a) zákona Úřad odkázal na dřívější rozhodovací praxi ohledně prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložením pouze takových referencí o řádném plnění stavebních prací, na jejichž realizaci se uchazeči podíleli v pozici generálního dodavatele, kde bylo dovozeno, že požadavek „generálního dodavatele“ je požadavkem zužujícím okruh potenciálních uchazečů. Kodkazu Úřadu na případ sp. zn. ÚOHS-S352/2013/VZ uvádím, že se jedná o případ řešící totožnou věcnou otázku (požadavek generálního dodavatele v rámci technických kvalifikačních předpokladů) a tedy že Úřad na tento případ odkázal správně a nedopustil se tímto odkazem žádného pochybení. Ve smyslu uvedeného Úřad rovněž provedl výklad pojmu „generální dodavatel“.
36. Na základě výše uvedeného tedy mám za to, že není pravdou, že by Úřad v napadeném rozhodnutí pouze uvedl, že zadavatel měl prodloužit lhůtu pro podání nabídek v rozsahu minimální zákonné doby pro podání nabídek, aniž by k tomu uvedl „bližší odůvodnění“.
37. Nadto uvádím, že z výroku I. napadeného rozhodnutí a z bodu 46. odůvodnění napadeného rozhodnutí jasně vyplývá, že Úřad nekonstatoval, že by zadavatel byl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek v rozsahu minimální zákonné doby, nýbrž měl tuto lhůtu v souladu s § 40 odst. 3 zákona prodloužit tak, aby od okamžiku změn zadávacích podmínek činila celou původní délku lhůty pro podání nabídky. Tento závěr Úřadu přitom považuji za správný.
38. K další námitce zadavatele, ve které uvádí, že v daném případě Úřad dostatečně neodůvodnil skutečnost, jak mohla daná spíše formální změna technické kvalifikace způsobit porušení zákona, opakuji, že Úřad výslovně uvedl, že stanovení požadavku „generálního dodavatele“ jde nepochybně nad rámec požadavků taxativně vymezených v § 56 zákona a že tak zadavatel zúžil okruh možných uchazečů, kteří by byli jinak schopni veřejnou zakázku po stránce materiální i technické splnit, přičemž Úřad jako příklad uvedl subdodavatele, a že správně odkázal na případ sp. zn. ÚOHS-S352/2013/VZ, kde bylo mj. rovněž dovozeno, že „[S]amotný údaj o tom, že se dodavatel podílel na zhotovení díla jako generální dodavatel, nemá bez dalšího žádnou vypovídací hodnotu ohledně kvality plnění, řádného a včasného plnění veřejné zakázky a způsobilosti uchazeče danou veřejnou zakázku splnit. S ohledem na výše uvedené skutečnosti, nelze považovat zadavatelův požadavek za oprávněný a zákonný, navíc v jeho důsledku došlo ke snížení počtu možných dodavatelů, kteří se z tohoto důvodu do soutěže o veřejnou zakázku ani nepřihlásili. Zadavatel tak svým jednáním porušil zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 zákona.“ S tímto odůvodněním se zcela ztotožňuji.
39. Nad věcný rámec přezkumu dodržení § 40 odst. 3 zákona ke stanovení technických kvalifikačních předpokladů dále dodávám následující. Účelem stanovení technických kvalifikačních předpokladů je obecně zajištění, aby veřejná zakázka byla podle okolností plněna těmi dodavateli, kteří k tomu mají přinejmenším minimální technickou způsobilost, resp. kteří mají k takovému plnění odborné i materiální předpoklady, a že tedy dojde ke splnění účelu zadávacího řízení. Požadavek na splnění minimálních technických kvalifikačních požadavků má zajistit, že se soutěže o přidělení veřejné zakázky zúčastní pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku po jejím přidělení též plnit.

40. V návaznosti na § 56 odst. 7 zákona a ze samotné podstaty ustanovení § 56 odst. 3 zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel je podle druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky povinen odpovídajícím způsobem vymezit technické kvalifikační předpoklady, které musí vyjadřovat objektivně odůvodnitelné požadavky zadavatele a současně zajistit způsobilost uchazečů k plnění veřejné zakázky. S ohledem na zákonné znění a účel tohoto institutu stanovení nepřiměřených požadavků na způsobilost uchazečů nepřipustně omezuje okruh potenciálních dodavatelů a vede k jejich diskriminaci tím, že jim znemožňuje zúčastnit se příslušného zadávacího řízení. Vzhledem k tomu, že zadavatel původně požadoval *doložení „...nejméně 3 referenčních staveb typu rekonstrukce komunikací s investičními náklady na jednotlivé stavby minimálně 8 mil. Kč bez DPH, na které se podílel jako generální dodavatel v letech 2008 -2012“*, omezil počet v úvahu přicházejících uchazečů, kteří mohli splnit zákonem stanovenou podmínku „běžného“ dodavatele (např. jako subdodavatel), toto porušení zákona tedy mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.
41. Požadavky stanovené zákonem k prokazování technických kvalifikačních požadavků jsou nastaveny způsobem, který nastavuje nejpřísnější možný režim a možnost odchýlení připadá v úvahu pouze tehdy, pokud to zákon připouští a zadavatel by přistoupil k režimu méně striktnímu. V přezkoumávaném případě však zadavatel původně nastavil požadavky tak, že zákonem stanovený pojem dodavatel zpřísnil, když referenční zakázku musel uchazeč realizovat coby „generální dodavatel“, což nelze považovat za souladné se zákonem. S ohledem na uvedené je tedy předmětná námitka zadavatele nedůvodná.
42. Rovněž mám za nedůvodné námitky zadavatele, že si žádný z dodavatelů na postup zadavatele nestěžoval, že obdržel dostatečné množství nabídek, že nikdo nepodal námitky proti výběru nejvhodnější nabídky a že nikdo nepodal návrh k Úřadu, a to z následujících důvodů. Zadavatel se svým jednáním, tj. neprodloužením lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 40 odst. 3 zákona dopustil správního deliktu a skutečnost, že nikdo ze zájemců či uchazečů zadávacího řízení nepodal žádné námitky, resp. návrh k Úřadu, nemá vliv na posouzení jednání zadavatele. Podání námitek je oprávněním zájemců či uchazečů, nikoli jejich povinností, a tedy závisí zcela na jejich uvážení. V komentáři k zákonu (Jurčík, R.: Zákon o veřejných zakázkách, 3. vydání, 2012, str. 640) je uvedeno, že *„rozhodnutí dodavatele, zda podá námitky v případě, kdy má silné podezření, že zadavatel porušil zákon, je však otázkou marketingové a obchodní strategie toho kterého dodavatele. Jinak řečeno, i když se dodavatel domnívá, že zadavatel zákon porušil, velmi pečlivě zváží to, zda námitky podá.“* Vzhledem k výše uvedenému považuji tyto námitky zadavatele za irelevantní.
43. K námitkám vztahujícím se k prokázání skutečnosti, že předmětná změna zadávací dokumentace neměla vliv na výběr nejvhodnější nabídky, uvádím následující. Konkrétně zadavatel namítá, že Úřad neprokázal, že jeho porušení zákona mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, a také neprokázal skutečnost, že tato změna rozšířila okruh dodavatelů zájímajících se o předmětnou veřejnou zakázku. K rozšíření okruhu zájemců o veřejnou zakázku jsem se vyjádřil již výše. K závěru, že mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, Úřad dospěl v bodu 41 odůvodnění napadeného rozhodnutí. K výše uvedenému a k argumentu zadavatele, že se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí dostatečně nevypořádal s otázkou, jakým způsobem zadavatel podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, doplňuji, že právě podmínka i jen potenciálního podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky

je z pohledu aplikace § 120 odst. 1 písm. a) zákona stěžejní. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek, obdržel by i jiné nabídky a byla by zde potenciální možnost výběru vhodnější nabídky jiného uchazeče. V souvislosti s výše uvedeným poukazují na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12. 2. 2009, kde je k dané problematice uvedeno následující: *„Skutková podstata správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona je navíc naplněna, i pokud jednání zadavatele má pouze potenciál podstatně ovlivnit výběr nabídky, tedy je pouze schopno tohoto ovlivnění, aniž by k němu nutně došlo. Z dikce zákona jasně plyne, že slovo „podstatně“ se vztahuje jak na skutečné ovlivnění (ovlivnil) tak i na potenciální možnost ovlivnění (mohl ovlivnit) výběru nabídky. ...k uložení pokuty Úřadem postačí pouze potenciální možnost ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tedy není nucen zkoumat, zda k ovlivnění skutečně došlo či nedošlo, neboť z hlediska ustanovení § 120 zákona stačí pouhá možnost tohoto ovlivnění.“* Dále uvádím, že podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona pak postačí, pokud je shledána možnost vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, tedy hypotetická existence vlivu, přičemž není nutno prokazovat, že k ovlivnění výběr nejvhodnější nabídky fakticky došlo. Tomu odpovídá následující závěr Nejvyššího správního soudu, ke kterému tento soud dospěl v rozsudku č. j. 9 Afs 78/2012 – 28 ze dne 25. 7. 2013, jenž zní, že: *„[Z]e 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.“*

44. Na základě výše uvedeného tedy konstatuji, že podmínka možného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky byla splněna, neboť Úřad není povinen prokázat faktické ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, protože dle zákona postačí pouhá potencialita ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, kterou Úřad zkoumal dostatečně. Úřad tedy v této souvislosti postupoval správně a v souladu se zákonem.
45. Na poslední straně rozkladu zadavatel vznáší námitku, že napadené rozhodnutí trpí vadou nedostatečného zdůvodnění ve vztahu ke všem zákonným znakům správního deliktu. Jedná se však o obecné tvrzení bez bližšího odůvodnění, a proto mi nezbývá než se k této námitce rovněž vyjádřit v obecné rovině.
46. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona 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. Pro naplnění znaků správního deliktu dle výše uvedeného ustanovení tak musí být splněny základní podmínky, a to že za a) zadavatel nedodrží postup stanovený zákonem, přičemž za b) toto nedodržení postupu je způsobilé podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a současně za c) zadavatel uzavře s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku.
47. V daném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem tím, že při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když dodatečnou informací č. 1 ze dne 15. 5. 2013 změnil původní požadavek na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku změn zadávacích podmínek činila celou původní délku lhůty pro podání nabídky, ačkoliv tato změna mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, přičemž tento postup byl potenciálně způsobilý ovlivnit výběr

nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na plnění veřejné zakázky. Jednáním zadavatele tak byly naplněny všechny znaky správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona a Úřad naplnění těchto znaků dostatečně zkoumal v odůvodnění napadeného rozhodnutí. K naplnění znaku a) a b) správního deliktu Úřad uvedl zejména skutková zjištění ohledně provedené změny úprav zadávací dokumentace v bodech 6. až 10. odůvodnění napadeného rozhodnutí, relevantní právní úpravu, relevantní výklad dotčených ustanovení zákona, dřívější rozhodovací praxi a vlastní odůvodněné závěry z toho vyplývající, a to v bodech 23. až 47. odůvodnění napadeného rozhodnutí. K naplnění znaku c) správního deliktu Úřad v bodu 12. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že dne 1. 7. 2013 uzavřel zadavatel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo č. 841/SAHJ/026/2013.

48. S ohledem na výše uvedené konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil a přezkoumatelným způsobem odůvodnil naplnění všech znaků skutkové podstaty správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
49. K závěrečné námitce zadavatele, ve které odkazuje na dřívější rozhodovací praxi Úřadu (S402/2013, S768/2013, S397/2011 a R294/2012) a tvrdí, že v jiných správních řízeních vedených u Úřadu, u nichž docházelo formou dodatečných informací k mnohem větším změnám podmínek zadání a u nichž měl Úřad k dispozici podklady zadání, ani v jednom případě nezhájil z tohoto důvodu správní řízení, uvádím následující.
50. V případech sp. zn. ÚOHS-S402/2013/VZ a ÚOHS-S768/2013/VZ sice docházelo formou dodatečných informací rovněž ke změnám zadávací dokumentace, avšak v předmětných správních řízeních byly řešeny zcela odlišné právní otázky (§ 44 odst. 3 písm. j) a § 67 zákona, resp. § 66 odst. 1 písm. a) správního řádu) a především v návaznosti na provedené úpravy zadávací dokumentace zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek postupně od 31. 7. 2013 do 18. 11. 2013.
51. V případech sp. zn. ÚOHS-S397/2011/VZ a ÚOHS-R294/2012/VZ opět sice docházelo formou dodatečných informací ke změnám zadávací dokumentace, avšak v předmětných správních řízeních byla řešena odlišná právní otázka, a to oprávněnost osoby podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele a hodnocení nabídek.
52. Ve všech těchto případech šlo o řízení o návrhu navrhovatele, na základě kterého bylo zahájeno správní řízení. Nelze tedy tvrdit, že správní řízení nebyla vůbec zahájena, jak tvrdí zadavatel. Jestliže má zadavatel na mysli řízení o uložení sankce, resp. řízení ve věci možného spáchání správního deliktu zahájené z moci úřední, uvádím, že zahájení řízení z moci úřední je plně v rukou správního orgánu. Bylo právě na Úřadu, aby předmětné skutečnosti posoudil jako skutečnosti odůvodňující zahájení řízení z moci úřední či nikoliv. Na zahájení řízení z moci úřední není právní nárok. Nadto tato otázka přesahuje rámec přezkumu rozkladem napadeného rozhodnutí. Souhrnně ke všem zadavatelem odkazovaným rozhodnutím uzavírám, že se týkaly jiných právních věcí, které jsou skutkově zcela odlišné. Tento rozdíl ve skutkovém stavu věcí proto činí závěry uvedených rozhodnutí pro předmětnou veřejnou zakázku jen stěží použitelnými, což činí argumentaci zadavatele v tomto ohledu irelevantní.

K výroku II. napadeného rozhodnutí

53. Jelikož zadavatel v rozkladu neuplatnil žádné námitky týkající se způsobu a výše uložené pokuty, přistoupil jsem k přezkumu zákonnosti výroku II. napadeného rozhodnutí. Zjistil

jsem, že Úřad postupoval v souladu s § 121 odst. 2 zákona, když při určení výměry pokuty zadavateli přihlédl v bodech 57. a 58. odůvodnění napadeného rozhodnutí k závažnosti správního deliktu, způsobu jeho spáchání a okolnostem, za nichž byl správní delikt spáchán. V odstavci 59. a 60. odůvodnění napadeného rozhodnutí pak Úřad jako polehčující okolnost zohlednil skutečnost, že zbývající délka lhůty pro podání nabídek činila 18 dní a byla způsobilá zmírnit stupeň omezení hospodářské soutěže, a dále skutečnost, že změnou zadávacích podmínek zadavatel odstranil protiprávní stav. Úřad při stanovení výše pokuty přihlédl i k ekonomické situaci zadavatele, přičemž shledal, že výše uložené pokuty stanovená v dolní polovině zákonné sazby, je vzhledem k souvislostem případu dostačující.

54. S ohledem na skutečnost, že zákonem č. 40/2015 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, došlo s účinností od 6. 3. 2015 ke zkrácení délky subjektivní a objektivní lhůty stanovené v § 121 odst. 3 zákona pro zánik odpovědnosti právnické osoby za správní delikt, posoudil jsem, zda odpovědnost zadavatele za správní delikt konstatovaný ve výroku I. napadeného rozhodnutí nezanikla.
55. Podle § 121 odst. 3 zákona, ve znění účinném od 6. 3. 2015, platí, že odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 3 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 5 let ode dne, kdy byl spáchán.
56. Jak vyplývá z bodu 51. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ke spáchání správního deliktu došlo dne 1. 7. 2013. Úřad se o možném spáchání tohoto správního deliktu mohl dozvědět nejdříve dne 23. 4. 2014, kdy mu byl doručen podnět k zahájení správního řízení, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 30. 7. 2014. Z uvedeného vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt ani podle pozdější právní úpravy nezanikla.

VI. Závěr

57. 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.
58. 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 podle § 91 odst. 1 ve spojení s § 152 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
Předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

Město Šumperk, se sídlem nám. Míru 364/1, 787 01 Šumperk

Vypraveno dne:

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