



UOHSX005W5AG

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S150/2014/VZ-10686/2014/521/VČe

Brno 21. května 2014

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 6. 3. 2014 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, a město Dubí, IČO 00266281, se sídlem Ruská 264/128, 417 01 Dubí, kteří dne 13. 7. 2012 uzavřeli smlouvu o sdružení zadavatelů ve smyslu § 2 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

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 „I/8 OK Dubí I“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 14. 9. 2012,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, a město Dubí, IČO 00266281, se sídlem Ruská 264/128, 417 01 Dubí, kteří dne 13. 7. 2012 uzavřeli smlouvu o sdružení zadavatelů ve smyslu § 2 odst. 9 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů – se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) citovaného zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky „I/8 OK Dubí I“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 14. 9. 2012 nedodržel postup stanovený v § 71 odst. 4 v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona, když neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti otevírání obálek s nabídkami všech uchazečů ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek a umožnil otevírání obálek s nabídkami ve dvou

termínech s časovým rozestupem dvou dní, tj. dne 2. 10. 2012 a dne 4. 10. 2012, přičemž výše uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a zadavatel již dne 15. 11. 2012 uzavřel smlouvu s vybraným uchazečem na realizaci výše uvedené veřejné zakázky.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 200 000 Kč (dvě stě tisíc korun českých).

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

III.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Dubí, IČO 00266281, se sídlem Ruská 264/128, 417 01 Dubí – **ukládá** podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů,

pokuta ve výši 50 000 Kč (padesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „zákon“)¹ obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4, a město Dubí, IČO 00266281, se sídlem Ruská 264/128, 417 01 Dubí, kteří dne 13. 7. 2012 uzavřeli smlouvu o sdružení zadavatelů ve smyslu § 2 odst. 9 zákona (společně dále též „zadavatel“ nebo „zadavatelé“) – při zadávání veřejné zakázky „I/8 OK Dubí I“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 14. 9. 2012 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.
3. Po přezkoumání obsahu dokumentace o veřejné zakázce získal Úřad pochybnosti, zda zadavatel postupoval v souladu s § 71 odst. 4 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když neprovedl otevírání obálek s nabídkami všech uchazečů ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek a umožnil otevírání obálek s nabídkami ve dvou kolech, tj. dne 2. 10. 2012 a dne 4. 10. 2012, v důsledku čehož mohl porušit zásadu transparentnosti, a proto zahájil správní řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

¹ Pozn.: Pokud je v textu rozhodnutí uveden odkaz na zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, jedná se vždy o znění účinné v době zahájení zadávání veřejné zakázky.

II. SPRÁVNÍ ŘÍZENÍ

4. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „ŘSD ČR“), a město Dubí, IČO 00266281, se sídlem Ruská 264/128, 417 01 Dubí (dále jen „město Dubí“), kteří dne 13. 7. 2012 uzavřeli smlouvu o sdružení zadavatelů ve smyslu § 2 odst. 9 zákona.
5. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení dopisem č. j. ÚOHS-S150/2014/VZ-4794/2014/521/VČe ze dne 4. 3. 2014. Úřad dále účastníkovi řízení usnesením č. j. ÚOHS-S150/2014/VZ-4816/2014/521/VČe ze dne 4. 3. 2014 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhnout důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení.
6. Vyjádření zadavatele ŘSD ČR k zahájení správního řízení Úřad obdržel dne 17. 3. 2014. Zadavatel město Dubí se v průběhu správního řízení nevyjádřil.
7. Ukončení shromažďování podkladů pro vydání rozhodnutí ve správním řízení oznámil Úřad účastníkovi řízení dopisem č. j. ÚOHS-S150/2014/VZ-6335/2014/521/VČe ze dne 25. 3. 2014. Úřad dále účastníkovi řízení usnesením č. j. ÚOHS-S150/2014/VZ-6344/2014/521/VČe ze dne 25. 3. 2014 stanovil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ŘSD ČR

8. Dne 17. 3. 2014 obdržel Úřad stanovisko zadavatele ŘSD ČR v daném správním řízení, v němž odkazuje na své vyjádření k podnětu ze dne 27. 8. 2013, ve kterém k šetřené věci sděluje následující.
9. Dne 2. 10. 2012 bylo zadavateli doručeno šest nabídek ve lhůtě pro podání nabídek, z toho pět nabídek bylo jednotlivými uchazeči předáno osobně vedoucí ekonomického úseku, jako administrátorovi veřejné zakázky, a jedna nabídka byla uchazečem HERKUL a.s., IČO 25004638, se sídlem Rybná 682/14, 110 01 Praha 1, (dále jen „HERKUL a.s.“ nebo též „vybraný uchazeč“) předána na sekretariát ředitelky správy do rukou sekretářky, která na obálce vyznačila datum a čas přijetí nabídky, přičemž dle zadavatele má vybraný uchazeč potvrzený doklad o přijetí nabídky. Zadavatel dále uvádí, že sekretářka ředitelky správy byla v tu dobu zaměstnancem ŘSD ČR jen krátce (od 1. 9. 2012) a nevěděla, že je nutné nabídku předat ihned na ekonomický úsek a místo toho ji přidala k ostatní doručené poště, a proto bylo dne 2. 10. 2012 administrátorem veřejné zakázky předloženo hodnotící komisi pouze pět nabídek. Dne 2. 10. 2012 v odpoledních hodinách vedoucí ekonomického úseku při vyřizování došlé pošty zjistila, že nabídka uchazeče HERKUL a.s. nebyla předána ze sekretariátu ředitele ihned po doručení na ekonomický úsek, a tudíž nebyla předložena komisi k hodnocení. Zadavatel tedy konstatuje, že všichni uchazeči podali nabídky v řádném termínu ve lhůtě pro podání nabídek, tj. do 2. 10. 2012 do 9:00 hod., v označených a neporušených obálcích.
10. O vzniklé situaci byla následně informována ředitelka správy, která rozhodla o konzultaci dalšího postupu s právníkem, jejímž výsledkem bylo právní stanovisko (které bylo písemně potvrzeno dne 26. 8. 2013 a které zadavatel přiložil ke svému vyjádření k podnětu ze dne 27. 8. 2013), v němž se uvádí, že konzultovány a zvažovány byly dvě možnosti dalšího postupu spočívající buď ve zrušení zadávacího řízení, nebo pokračování v jednání komise pro otevírání obálek otevřením obálky s nabídkou, jejíž doručení bylo zjištěno po otevření ostatních nabídek.

11. K možnosti postupu spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení právní stanovisko ze dne 26. 8. 2013 uvádí, že v této souvislosti existovalo zejména riziko námitek (pro porušení zásady transparentnosti a rovného zacházení) uchazečů, jejichž obálky s nabídkami již byly otevřeny, neboť v důsledku toho došlo ke zpřístupnění informace o jejich nabídkových cenách, čehož by mohlo být zneužito v případném novém (opakovaném) zadávacím řízení týkajícím se stejné veřejné zakázky. Ve vztahu k uchazeči, který doručil zadavateli nabídku včas, avšak ta nebyla otevřena, pak dle právního stanoviska nelze vyloučit námitku porušení zásady zákazu diskriminace, neboť tento uchazeč žádnou ze svých povinností neporušil, nabídku doručil včas, v důsledku čehož měl právo na její otevření a na to, aby i s ním bylo nakládáno tak jako s ostatními uchazeči atd.
12. K možnosti postupu spočívajícího v pokračování jednání komise otevřením obálky s nabídkou, jejíž doručení bylo zjištěno po otevření ostatních nabídek, právní stanovisko ze dne 26. 8. 2013 uvádí, že zákon postup komise pro otevírání obálek spočívající např. v přerušení jednání, pokračování v otevírání obálek apod. neupravuje, avšak na druhou stranu podrobnější podmínky pro jednání komise v tomto smyslu neposkytuje a takový postup ani nezakazuje. Pokud se běžně připouští a akceptuje přerušení jednání hodnotící komise, resp. posuzování a hodnocení nabídek ve více kolech jednání hodnotící komise apod., není dle právního stanoviska znám důvod, proč tento názor analogicky neaplikovat pro postup komise při otevírání obálek. Právní stanovisko pak dále pro případ zvolení této možnosti zadavatelem doporučuje k zajištění maximální možné míry transparentního postupu, aby zadavatel informoval všechny uchazeče řádně a písemně o vzniklé situaci, o tom, že v otevírání obálek bude pokračováno a o místu a termínu pokračování v otevírání obálek, a rovněž upozorňuje na možné riziko námitek uchazečů a s tím spojené možné opětovné zvažování postupu spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení.
13. Závěrem právní stanovisko ze dne 26. 8. 2013 uvádí, že zadavatel tedy musel zvážit rizika dvou možností postupu, z nichž ani jedna nebyla zcela ideální, a dodává, že dle dostupných informací však žádný uchazeč námitky proti postupu zadavatele nepodal a ani žádnou jinou formou zadavateli nesdělil nesouhlas s popsáním postupem.
14. Zadavatel ŘSD ČR ve vyjádření k podnětu ze dne 27. 8. 2013 uvádí, že na základě uvedené právní konzultace zaslal všem uchazečům dopis, ve kterém byli informováni o jeho administrativní chybě a o dalším postupu v průběhu řízení, tj. o uskutečnění druhého kola otevírání obálek dne 4. 10. 2012 od 9:00 hod. v kanceláři ředitelky správy. Nabídka uchazeče HERKUL a.s., byla dle zadavatele řádně uložena za účasti svědků v trezoru zadavatele.
15. Následně dne 4. 10. 2012 proběhlo druhé kolo otevírání obálek, v rámci kterého byla otevřena nabídka uchazeče HERKUL a.s., přičemž o průběhu otevírání nabídek byl dokončen protokol z obou jednacích dnů. Celkem tedy bylo podle vyjádření zadavatele ŘSD ČR posuzováno šest nabídek doručených zadavateli ve stanovené lhůtě v řádně označených a neporušených obálkách a žádná nabídka nebyla vyřazena z dalšího hodnocení. Téhož dne rovněž proběhlo jednání komise o posouzení kvalifikace uchazečů a dále jednání hodnotící komise o posouzení a hodnocení nabídek.
16. Nad rámec sdělení k podnětu zadavatel ŘSD ČR ve vyjádření k zahájení správního řízení ze dne 14. 3. 2014 k otevírání obálek uvádí, že žádná z obálek nebyla otevřena před uplynutím lhůty pro podání nabídek stanovené v zadávací dokumentaci. Termín

otevírání obálek byl podle vyjádření zadavatele ŘSD ČR stanoven v souladu se vzorovou zadávací dokumentací dle přílohy směrnice Generálního ředitelství ŘSD ČR, v níž se mimo jiné uvádí, že otevírání obálek musí být dle § 71 odst. 4 zákona zahájeno ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek, tedy nejvýše v řádu hodin a zásadně v ten samý den, kdy tato lhůta uplynula. Zadavatel ŘSD ČR dodává, že prezenční listina ze dne 4. 10. 2012 nebyla zpracována, neboť se toho dne žádný z uchazečů otevírání obálek nezúčastnil, a proto zůstala v platnosti pouze jediná prezenční listina, tj. ze dne 2. 10. 2012.

17. K postupu dle zásad stanovených v § 6 odst. 1 zákona zadavatel ŘSD ČR uvádí, že vzhledem ke vzniklé situaci a na základě právní konzultace volil ze dvou variant, z nichž ani jedna nebyla optimální. Zadavatel ŘSD ČR se totiž domníval, že v případě zrušení zadávacího řízení by došlo k porušení zásady rovného zacházení a poškození by byli všichni uchazeči, přestože splnili všechny podmínky zadávacího řízení. U uchazečů, jejichž obálky s nabídkami byly otevřeny dne 2. 10. 2012, došlo ke zveřejnění jejich nabídkových cen, a proto by v případě vyhlášení opakovaného zadávacího řízení byli znevýhodněni, a naopak všichni další potencionální uchazeči o zakázku by na základě znalosti zveřejněných cen byli zvýhodněni. Uchazeč HERKUL a.s. by byl dle mínění zadavatele ŘSD ČR v případě zrušení veřejné zakázky taktéž poškozen, jelikož jeho řádně doručená nabídka obsahovala nejnižší nabídkovou cenu. Zadavatel ŘSD ČR uzavírá, že rozhodl o pokračování v zadávacím řízení právě proto, že jeho snahou bylo zachovat řízení maximálně transparentní, nediskriminační a zároveň zajistit rovné zacházení.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

18. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o předmětné veřejné zakázce, vyjádření zadavatele ŘSD ČR, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky nepostupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
19. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
20. Podle § 71 odst. 4 zákona zadavatel ani komise nesmí otevřít obálku před uplynutím lhůty pro podání nabídek. Otevírání obálek musí být zahájeno ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek.
21. Podle § 71 odst. 8 zákona se otevírání obálek mají právo účastnit uchazeči, jejichž nabídky byly zadavateli doručeny ve lhůtě pro podání nabídek, a další osoby, o nichž tak stanoví zadavatel. Zadavatel může po přítomných uchazečích požadovat, aby svou účast při otevírání obálek stvrdili podpisem v listině přítomných uchazečů. Pokud však zadavatel uveřejnil v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení záměr použít jako prostředek hodnocení nabídek elektronickou aukci, koná se otevírání obálek bez přítomnosti uchazečů.
22. Podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona se zadavatel dopustí správního deliktu tím, že nedodrží postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tím podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a uzavře smlouvu na veřejnou zakázku.
23. Zadavatel v článku 6 dílu 1 zadávací dokumentace mimo jiné uvádí následující:

„6.1. Nabídky lze podat nejpozději do 2. 10. 2012, 9,00 hodin. Nabídky musí být podány v listinné podobě.

6.2. Nabídky lze zaslat poštou na adresu: Ředitelství silnic a dálnic, Správa Chomutov, Kochova 3975, 430 01 Chomutov nebo doručit osobně na tutéž adresu v pracovních dnech od 8,00 do 14,00 hod., dne 2. 10. 2012 pak od 8,00 do 9,00 hod.“

24. Dále zadavatel v článku 8.1. dílu 1 zadávací dokumentace stanovil, že *„Otevírání obálek s nabídkami se uskuteční dne 2. 10. 2012 v 12,00 hod. na adrese: Ředitelství silnic a dálnic, Správa Chomutov, Kochova 3975, 430 01 Chomutov.“*

25. V seznamu přijatých nabídek zadavatel uvádí, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel šest nabídek, přičemž pět nabídek převzala osobně Ing. Bártlová (dle vyjádření zadavatele se jedná o vedoucí ekonomického úseku, jenž veřejnou zakázku administroval, pozn. Úřadu) a jedna nabídka, předložená společností HERKUL a.s., která se později stala vybraným uchazečem, byla osobně přijata paní Švamberovou (dle vyjádření zadavatele se jedná o sekretářku ředitelky Správy Chomutov ŘSD ČR, pozn. Úřadu). Údaje uvedené v seznamu přijatých nabídek přitom korespondují s údaji uvedenými na jednotlivých obálcích s nabídkami uchazečů.

26. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 4. 10. 2012 vyplývá, že otevírání obálek s nabídkami se uskutečnilo ve dnech 2. a 4. 10. 2012. Přílohou tohoto protokolu je mimo jiné *„prezenční listina uchazečů a zástupců uchazečů přítomných při otevírání obálek s nabídkami, které se uskutečnilo dne 2. 10. 2012 ...“* V bodu 4. protokolu o otevírání obálek je kromě jiného uvedeno, že otevírání obálek s nabídkami bylo ukončeno dne 4. 10. 2012 v 9:30 hodin.

27. Z dokumentace o veřejné zakázce dále vyplývá, že zadavatel dopisem ze dne 2. 10. 2012 pozval uchazeče na 2. kolo otevírání obálek, přičemž v tomto dopise uvedl mimo jiné následující:

„... dne 2. 10. 2012 od 12,00 hod. proběhlo řádné otevírání obálek na zakázku I/8 Dubí I, č.zak. 08PT-000174, vyhlášené dne 14. 9. 2012. Bylo předloženo 5 nabídek uchazečů, které byly otevřeny za účasti zástupců zhotovitelů s následným vyhodnocením dle § 71 odst. 9 zákona č. 137/2006 o veřejných zakázkách.

Z důvodu formálního pochybení nedošlo k otevření nabídky společnosti Herkul a.s., která byla doručena v řádném termínu, ale nebyla předána hodnotící komisi.

Velice se za vzniklou situaci omlouváme a současně Vás zveme na 2. kolo otevírání obálek v rámci kterého se otevře nabídka společnosti Herkul a.s., nově s pořadovým číslem 2.

Komise pro otevírání obálek se bude konat dne 4. 10. 2012 od 9,00 hod. v kanceláři ředitelky Správy.“

28. Úřad nejprve konstatuje, že všechny úkony zadavatele učiněné v průběhu zadávacího řízení, jakož i otevírání obálek s nabídkami, musí být prováděny v souladu se zásadou transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

29. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 - 159, v němž se Nejvyšší správní soud

ztotožňuje s obecným výkladem zásady transparentnosti krajským soudem, že požadavek transparentnosti „není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelském postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele.“ Dále v tomto rozsudku Nejvyšší správní soud uvádí, že „podmínkou dodržení zásady transparentnosti je tedy průběh zadávacího řízení takovým způsobem, který se navenek jeví jako férový a řádný. ... Porušení zásady transparentnosti nastává nezávisle na tom, zda se podaří prokázat konkrétní porušení některé konkrétní zákonné povinnosti.“ Podle názoru Nejvyššího správního soudu tak ke konstatování netransparentnosti plně postačuje, že v průběhu zadávacího řízení prokazatelně vyvstanou pochybnosti odporující požadavkům zákona na průhlednost a transparentnost zadávacího řízení. Cílem zásady transparentnosti je tedy v zásadě vyloučit existenci rizika upřednostňování a svévole zadavatele. Transparentním postupem je v souladu s citovaným rozsudkem Nejvyššího správního soudu takový postup, který nevzbuzuje pochybnosti o tom, že zadavatel jedná regulérně. Zásada transparentnosti má tedy zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem umožňujícím veřejnou kontrolu.

30. V šetřeném případě zadavatel v důsledku administrativní chyby neotevřel všechny obálky s nabídkami došlé ve lhůtě pro podání nabídek ve stejné době a vzniklou situaci následně řešil tak, že uspořádal druhé kolo otevírání obálek, v rámci kterého otevřel zbývající jednu nabídku (tj. nabídku vybraného uchazeče).
31. Jak vyplývá z ustanovení § 71 odst. 4 zákona, zadavatel nesmí otevřít obálky s nabídkami před uplynutím lhůty pro podání nabídek, přičemž otevírání má být zahájeno ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Ačkoliv tedy zákon situaci, kdy zadavatel v důsledku administrativní chyby neotevře všechny obálky s nabídkami současně, přestože byly doručeny ve stanovené lhůtě, výslovně neupravuje, je třeba tento stav posuzovat především z hlediska zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona, v této situaci zejména zásady transparentnosti zadávacího řízení.
32. Vzhledem k tomu, že smyslem zásady transparentnosti je zajistit, aby k zadávání veřejných zakázek docházelo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem umožňujícím veřejnou kontrolu, nelze přijmout výklad ustanovení § 71 odst. 4 zákona, který by připouštěl možnost konání otevírání obálek ve více termínech, neboť takový postup by vzbuzoval pochybnosti, zda nedošlo k jakékoliv manipulaci s nabídkami. V tomto kontextu Úřad dodává, že s ohledem na dodržení zásady transparentnosti a vyloučení možnosti jakékoli manipulace s nabídkami nelze připustit, aby osoby, jež mají ze zákona právo se účastnit otevírání obálek s nabídkami (ustanovení § 71 odst. 8 zákona), neměly možnost dohledu nad úkony zadavatele (resp. členů komise pro otevírání obálek) po celou dobu otevírání obálek, tj. od otevření první nabídky do otevření nabídky poslední. Jiný výklad by zcela zásadním způsobem narušil veřejnou kontrolu úkonu otevírání obálek, kterou představuje zejména kontrola ze strany uchazečů o veřejnou zakázku a současně by jím bylo omezeno právo uchazečů na přítomnost při otevírání obálek s nabídkami. Nelze tedy považovat za dostatečnou ani dočasnou úschovu v trezoru některé z obálek zadavatelem (resp. členy komise pro otevírání obálek), neboť uchazeči, kteří mají právo být účastni otevírání obálek,

nemohou po dobu úschovy jakýmkoli způsobem kontrolovat případnou manipulaci s uschovanou nabídkou.

33. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že k dodržení zásady transparentnosti otevírání obálek je nezbytné, aby obálky s nabídkami byly otevřeny ve stejnou dobu, a nikoli v různých časových rozestupech, kdy osoby, jež mají ze zákona právo se zúčastnit otevírání obálek, nemají možnost sledovat pohyb všech včas podaných nabídek během otevírání obálek s nabídkami. Možnost konání otevírání obálek s nabídkami v různých termínech tedy dle Úřadu v první řadě vylučuje skutečnost, že všichni uchazeči, kteří podali nabídku v zadávacím řízení ve lhůtě pro podání nabídek, mají dle ustanovení § 71 odst. 8 zákona právo účastnit se otevírání obálek s nabídkami. Všichni uchazeči tak mají na základě ustanovení § 71 odst. 8 zákona právo dozvědět se o nabídkách všech ostatních uchazečů, neboť jedině tak může dané oprávnění naplnit svůj smysl a přispět ke kontrolovatelnosti postupu zadavatele při otevírání obálek, čehož lze dosáhnout toliko tehdy, pokud budou otevřeny obálky s nabídkami všech uchazečů ve stejné době, tj. v jednom řádném termínu otevírání obálek s nabídkami.
34. Úřad dále konstatuje, že na postup při otevírání obálek s nabídkami nelze analogicky aplikovat postup pro jednání hodnotící komise ve více kolech, přestože zákon takový postup výslovně nezakazuje. Zatímco proces otevírání obálek je zákonem v ustanovení § 71 odst. 8 zákona koncipován jako veřejný úkon zadavatele v zadávacím řízení, jehož mají právo účastnit se všichni uchazeči o veřejnou zakázku, kteří podali včas své nabídky, zákon již nezakotvuje možnost účasti veřejnosti (např. prostřednictvím uchazečů o veřejnou zakázku) při posouzení a hodnocení nabídek hodnotící komisí. Z tohoto důvodu tedy nelze uvedené postupy zadavatele srovnávat a na rozdíl od procesu otevírání obálek s nabídkami je nutno možnost provedení posouzení a hodnocení nabídek ve více kolech s časovými rozestupy připustit. S ohledem na dodržení ustanovení § 71 odst. 8 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti zakotvenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona však v případě otevírání obálek vícekolové jednání (kdy uchazeči ztratí na určitý časový úsek možnost sledování pohybu nabídek) připustit nelze.
35. Jestliže tedy zadavatel v šetřeném případě nastalou situaci, kdy v důsledku administrativní chyby neotevřel nabídku jednoho uchazeče spolu s nabídkami ostatních uchazečů ve stanoveném termínu pro otevírání obálek s nabídkami, řešil tak, že uspořádal druhé kolo otevírání obálek s nabídkami, v rámci kterého tuto zbylou nabídku otevřel, dopustil se tímto postupem porušení zásady transparentnosti zadávacího řízení, neboť zákon možnost konání otevírání obálek s nabídkami v různých termínech nepřipouští, jak vyplývá z výše uvedeného. Dodatečným otevřením nabídky dva dny poté, co proběhlo řádné otevírání obálek s nabídkami, byla narušena přezkoumatelnost a veřejná kontrola postupu zadavatele, neboť vznikají pochybnosti o tom, jakým způsobem zadavatel před konáním druhého kola otevírání obálek postupoval, resp. jak bylo s nabídkou, jejíž obsah ještě nebyl zveřejněn, nakládáno. Pochybnosti o regulérnosti postupu zadavatele při otevírání obálek s nabídkami a možné nezákonné manipulaci s nabídkami přitom umocňuje skutečnost, že obálka s nabídkou, která byla otevřena v rámci druhého kola otevírání obálek, se později stala nabídkou vybraného uchazeče. Současně Úřad dodává, že vzhledem k tomu, že druhé kolo otevírání obálek zadavatel stanovil až na den 4. 10. 2012, tj. dva dny po řádném termínu otevírání obálek

s nabídkami, existoval dle názoru Úřadu dostatečný časový prostor pro možnou manipulaci s nabídkou vybraného uchazeče.

36. Z pohledu Úřadu (a rovněž výše uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159) je přitom pro posouzení jednání zadavatele rozhodující již sama pochybnost o řádném průběhu otevírání obálek, a je tedy bezpředmětné, zda k manipulaci v mezidobí do konání druhého kola otevírání obálek skutečně došlo. Vzhledem k postupu zadavatele, kdy realizoval druhý termín otevírání obálek, tedy nelze zcela vyloučit například jakoukoli manipulaci s nabídkami ze strany vybraného uchazeče a členů komise pro otevírání obálek, kteří se účastnili otevírání obálek, a to ani s ohledem na skutečnost, že nabídka vybraného uchazeče byla uložena v trezoru zadavatele, neboť uchazeči, kteří v šetřeném případě využili právo být účastni otevírání obálek (dle prezenční listiny uchazečů a zástupců uchazečů, jež je přílohou protokolu o otevírání obálek s nabídkami, se dne 2. 10. 2012 otevírání obálek účastnili dva uchazeči, pozn. Úřadu), nemohli po dobu úschovy jakýmkoli způsobem kontrolovat případnou manipulaci s uschovanou nabídkou vybraného uchazeče. Úřad dodává, že i kdyby snad bylo možné jakoukoli manipulaci s nabídkou vybraného uchazeče označit za nepravděpodobnou, nelze ji však ani zcela vyloučit.
37. Rovněž skutečnost, že žádný uchazeč proti postupu zadavatele nepodal námitky, ani žádnou jinou formou zadavateli nesdělil nesouhlas se zvoleným postupem, na posouzení věci ničeho nemění.
38. K argumentu zadavatele, že v případě, že by zadávací řízení zrušil a následně zahájil nové zadávací řízení na stejnou veřejnou zakázku, došlo by k porušení zásady rovného zacházení, Úřad uvádí, že předcházením porušení jedné ze základních zásad stanovených v § 6 odst. 1 zákona nelze ospravedlnit porušení jiné zásady, neboť naplnění účelu zákona, jímž je hospodárné, účelné a efektivní vynakládání prostředků z veřejných zdrojů, může být dosaženo pouze tehdy, jsou-li dodrženy všechny zmíněné základní zásady současně.
39. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel se dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že při zadávání veřejné zakázky „I/8 OK Dubí I“ nedodržel postup stanovený v § 71 odst. 4 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, když neprovedl v souladu se zásadou transparentnosti otevírání obálek s nabídkami všech uchazečů ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek a umožnil otevírání obálek s nabídkami ve dvou termínech s časovým rozestupem dvou dní, tj. dne 2. 10. 2012 a dne 4. 10. 2012. Tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souvislosti s otevíráním obálek v souladu se zákonem, mohlo být pořadí nabídek jiné, a zadavatel již uzavřel smlouvu na plnění veřejné zakázky.

Uložení sankce

40. 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.
41. V šetřeném případě se zadavatelé dopustili správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že v rozporu s ustanovením § 71 odst. 4 v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona neprovedli otevírání obálek s nabídkami všech uchazečů ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek a v rozporu se zásadou transparentnosti umožnili otevírání obálek s nabídkami

ve dvou termínech s časovým rozestupem dvou dní, tj. dne 2. 10. 2012 a dne 4. 10. 2012, přičemž uvedený postup zadavatelů mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

42. Jelikož zadavatelé uzavřeli dne 15. 11. 2012 smlouvu na plnění šetřené veřejné zakázky s vybraným uchazečem, aniž by dodrželi postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, naplnili tak skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.
43. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost zadavatele, který je právnickou osobou, za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezahájil řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
44. V návaznosti na posledně citované ustanovení zákona Úřad před uložením pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona o veřejných zakázkách. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl dne 20. 8. 2013, kdy obdržel podnět k přezkoumání úkonů zadavatelů. Ke spáchání správního deliktu došlo dne 15. 11. 2012, kdy zadavatelé uzavřeli smlouvu s vybraným uchazečem. Správní řízení ve věci spáchání správního deliktu bylo zahájeno dne 6. 3. 2014. Z uvedených údajů tedy vyplývá, že v šetřeném případě odpovědnost zadavatelů za správní delikt nezanikla.
45. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 000 000 Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle § 120 odst. 1 písm. a), c) nebo d) zákona.
46. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatelé dopustili správního deliktu a za kterou může být zadavatelům uložena pokuta, činí 6 466 781,72 Kč včetně daně z přidané hodnoty. Horní hranice možné pokuty (10 % z ceny veřejné zakázky) tedy činí částku ve výši 646 678 Kč.
47. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty zadavateli, který je právnickou osobou, přihlídně k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
48. Při posouzení závažnosti správního deliktu vzal Úřad v úvahu, že zadavatelé svým postupem při zadávání veřejné zakázky porušili jednu ze základních zásad zadávacího řízení, zásadu transparentnosti, a to umožněním otevírání obálek s nabídkami ve dvou termínech s časovým rozestupem dvou dní. Uvedený postup zadavatelů činí celý proces otevírání obálek s nabídkami neprůhledným, čímž bylo narušeno konkurenční prostředí mezi uchazeči.
49. Podle výkladové praxe Úřadu dosahuje nejzávažnějšího stupně intenzity porušení zákona postup zadavatele spočívající v úplné ignoraci ustanovení zákona, neboť tento postup vylučuje soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení efektivního vynakládání veřejných prostředků a prostředkem k realizaci základních atributů zákona uvedených v § 6 odst. 1 zákona, tedy zásady rovného zacházení, zákazu diskriminace a transparentnosti. V posuzovaném případě se tedy nejednalo o správní delikt svým charakterem nejzávažnější. Nicméně Úřad z hlediska závažnosti správního deliktu přihlédl ke skutečnosti, že v daném případě došlo k porušení základních zásad, na kterých zadávací řízení stojí. Jedná se tedy o správní delikt velmi závažného charakteru.
50. Úřad při zvažování výše pokuty přihlédl i k následkům spáchání správního deliktu. Spáchání správního deliktu mělo v daném případě za následek nepřezkoumatelnost postupu

zadavatelů při otevírání obálek s nabídkami (v důsledku netransparentního jednání zadavatelů) a současně existenci pochybnosti, zda v šetřeném případě nedošlo k nezákonné manipulaci s nabídkou, jež byla otevřena ve druhém termínu konání otevírání obálek s nabídkami, a zda tak uchazeč, který tuto nabídku podal, nezískal neoprávněnou konkurenční výhodu, neboť se později stal uchazečem vybraným.

51. Výše uvedené argumenty v souvislosti s aspekty nutnými pro určení výměry pokuty podle ustanovení § 121 odst. 2 zákona se týkají zadavatelů stejně a nerozdílně, a proto je Úřad neuvádí u každého z příslušných zadavatelů jednotlivě.
52. Při zhodnocení aspektů nutných pro určení výměry pokuty podle ustanovení § 120 odst. 2 zákona však Úřad dospěl k určitým odlišnostem při spáchání správního deliktu jednotlivými zadavateli, a proto při stanovení výše pokut zohlednil rovněž níže uvedené okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán.
53. Při stanovení výše pokuty zadavateli ŘSD ČR vzal Úřad v úvahu skutečnost, že se jedná o zadavatele celorepublikového významu, který má vzhledem k objemu finančních prostředků, jimiž disponuje, rozsáhlejší zkušenosti se zadáváním veřejných zakázek. Dále Úřad při určení výše výměry pokuty zadavateli ŘSD ČR zohlednil, že dle uzavřené smlouvy o sdružení zadavatelů byl zadavatel ŘSD ČR oprávněn jednat jménem sdružení zadavatelů samostatně a byl pověřen, aby v souvislosti s veřejnou zakázkou a příslušným zadávacím řízením učinil za oba zadavatele veškeré nutné a potřebné úkony a činnosti směřující k zadání a provedení veřejné zakázky, a tedy podíl zadavatele ŘSD ČR na porušení zákona je v šetřeném případě větší než podíl zadavatele město Dubí, a proto Úřad uložil zadavateli ŘSD ČR vyšší pokutu nežli zadavateli město Dubí. Současně však Úřad nemohl pominout fakt, že dle uzavřené smlouvy o sdružení byly obě smluvní strany povinny zajistit, aby smlouva s vybraným uchazečem mohla být uzavřena řádně a včas, a uvedené pochybení tudíž nelze zcela přičítat k tíži zadavateli ŘSD ČR, a proto byla uložena pokuta rovněž zadavateli město Dubí.
54. Nad rámec výše uvedeného Úřad taktéž přihlédl k tomu, že jednotliví zadavatelé plnili z uzavřené smlouvy v rozdílné míře, a proto zohlednil při výměře pokut podíl každého jednotlivého zadavatele na předmětu plnění veřejné zakázky. Ze smlouvy na plnění šetřené veřejné zakázky vyplývá, že zadavatel ŘSD ČR se zavázal uhradit částku 4 500 109,76 Kč včetně DPH, zatímco podíl zadavatele města Dubí představuje částku 1 966 671,96 Kč včetně DPH.
55. Úřad dále přihlédl i k ekonomické situaci jednotlivých zadavatelů, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z rozpočtu zadavatele města Dubí na rok 2014 umístěného na jeho internetových stránkách (www.mesto-dubi.cz) vyplývá, že příjmy zadavatele města Dubí se pohybují v řádu milionů Kč. Z výroční zprávy zadavatele ŘSD ČR za rok 2012 zveřejněné na jeho internetovém portálu (www.rsd.cz) vyplývá, že výnosy zadavatele ŘSD ČR se pohybují v řádu miliard Kč. Vzhledem k této skutečnosti Úřad konstatuje, že stanovené výše pokut nelze vzhledem k výši finančních prostředků, jimiž zadavatelé v rámci svých rozpočtů disponují, považovat za likvidační.
56. Pokuty uložené zadavatelům za nedodržení postupu stanoveného zákonem má splnit dvě základní funkce právní odpovědnosti, a to funkci represivní – postih za porušení povinností

stanovených zákonem, a především funkci preventivní, která směřuje k předcházení porušování zákona, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu. Je tedy třeba mít na paměti, že uložená pokuta musí být natolik intenzivní, aby byla zadavateli pocíťována jako újma, neboť uložení velmi nízké pokuty by nedošlo k naplnění jejího účelu, tj. sankce za protiprávní jednání. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v rozsudku č. j. 62 Af 46/2011 ze dne 6. 12. 2012, ve kterém uvedl, že konkrétní forma postihu musí působit natolik silně, aby od podobného jednání odradila i jiné nositele obdobných povinností (preventivní funkce) a zároveň musí být postih dostatečně znatelný v zadavatelově materiální sféře, aby v něm byla dostatečně obsažena i jeho represivní funkce, aniž by byl ovšem pro zadavatele likvidačním. Úřad uvádí, že peněžitá sankce ze své podstaty vždy představuje nepříznivý zásah do sféry porušitele, který je spojen s úbytkem finančních prostředků, které mohly být případně investovány jinam. Kromě toho může zadavatel, nemůže-li uhradit pokutu z rozpočtových zdrojů, využít jiné právní nástroje, např. ty, které vyplývají z pracovního práva, resp. odpovědnosti konkrétní osoby za protiprávní stav.

57. Úřad posoudil postup zadavatelů ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatelů přistoupil k uložení pokut, neboť smlouva na realizaci předmětné veřejné zakázky byla uzavřena a nápravy již nelze dosáhnout. Po zvážení všech okolností případu a uvážení všech argumentů Úřad uložil pokuty ve výši uvedené ve výroku II. a III. tohoto rozhodnutí.
58. Pokuty jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Celního úřadu pro Jihomoravský kraj zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 3754-17721621/0710, variabilní symbol – IČO zadavatele.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Město Dubí, Ruská 264/128, 417 01 Dubí

Vypraveno dne

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