



UOHSX006TSS3

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S34/2015/VZ-5799/2015/522/KČe

Brno 2. března 2015

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 19.1.2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Mohelnice, IČO 00303038, se sídlem U Brány 916/2, 789 85 Mohelnice, ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, zadavatelem při zadávání veřejné zakázky „Cyklostezka Mohelnice-Loštice, místní část Žadlovice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 13.1.2014 odesláním písemné výzvy ze dne 10. 1. 2014 pěti zájemcům k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 13.1.2015, přičemž oznámení o zadání veřejné zakázky bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 21.3.2014 pod ev.č. 483978,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – město Mohelnice, IČO 00303038, se sídlem U Brány 916/2, 789 85 Mohelnice – se při zadávání veřejné zakázky „Cyklostezka Mohelnice-Loštice, místní část Žadlovice“ ve zjednodušeném podlimitním řízení zahájeném dne 13.1.2014 odesláním písemné výzvy ze dne 10. 1. 2014 pěti zájemcům k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 13.1.2015, dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 citovaného zákona, když provedl prostřednictvím

dodatečných informací č. 4 ze dne 30.1.2014 změnu zadávacích podmínek, která mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, neboť původně vymezené části předmětu plnění veřejné zakázky, které mohly být plněny subdodavatelem, dále rozšířil o práce na VTL plynovodu, a současně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku této změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel dne 13.3.2014 uzavřel se společností STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5, smlouvu na veřejnou zakázku.

II.

Za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí se zadavateli – město Mohelnice, IČO 00303038, se sídlem U Brány 916/2, 789 85 Mohelnice – podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá**

pokuta ve výši 80 000 Kč (osmdesát tisíc korun českých).

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

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – město Mohelnice, IČO 00303038, se sídlem U Brány 916/2, 789 85 Mohelnice (dále jen „zadavatel“), zadal formou zjednodušeného podlimitního řízení, zahájeného podle § 38 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“)¹, dne 13.1.2014 odesláním písemné výzvy ze dne 10.1.2014 prostřednictvím datové schránky pěti zájemcům k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 13.1.2015 (dále jen „výzva“), veřejnou zakázku „Cyklostezka Mohelnice-Loštice, místní část Žadlovice“ (dále jen „veřejná zakázka“). Výzva, včetně zadávací dokumentace, byla uveřejněna na profilu zadavatele <http://www.e-zakazky.cz/Profil-Zadavatele/284fb834-9e92-456f-b801-8bd59a2deca4> (dále jen „profil zadavatele“).
2. Jak je uvedeno ve výzvě, předmětem veřejné zakázky je výstavba cyklostezky Mohelnice – Loštice, místní část Žadlovice. Předmět veřejné zakázky je specifikován v zadávací dokumentaci a v projektové dokumentaci pro provádění stavby, kterou zpracovala společnost Dopravní projektování spol s r.o., Olomouc. Předmět veřejné zakázky je z důvodu financování rozdělen na část A., která je spolufinancována z prostředků ROP Střední Morava, a na část B., která je plně hrazena zadavatelem. Předmětem plnění části A. veřejné zakázky je výstavba pěti úseků cyklostezek, včetně veřejného osvětlení, dopravního značení a zařízení a zahrnuje tyto části:
 - 1) Stezka pro pěší a cyklisty, Olomoucká, v délce 187 m, s dlážděným povrchem,
 - 2) Cyklostezka Dolní Válce, v délce 279 m, s dlážděným a asfaltobetonovým krytem,

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení. V šetřeném případě tedy ke dni odeslání výzvy k podání nabídek, tj. ke dni 13.1.2014.

- 3) Cyklostezka Horní Krčmy, v délce 329 m, s dlážděným povrchem,
- 4) Cyklostezka v k.ú. Loštice, v délce 907 m, s asfaltobetonovým povrchem,
- 5) Cyklostezka Mohelnice – Újezd, v délce 645 m, s asfaltobetonovým povrchem,
- 6) Veřejné osvětlení,
- 7) Dopravní značení a zařízení.

3. Předmětem plnění části B. veřejné zakázky je úprava příkopu, která zahrnuje zřízení nového propustku a opevnění příkopu lomovým kamenem. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky (pro část A i B) uvedená zadavatelem v zadávací dokumentaci činí 9,3 mil. Kč. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel stanovil nejnižší nabídkovou cenu v Kč bez DPH.
4. Jak vyplývá ze zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 21.2.2014, zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 11 nabídek. Po jejich posouzení hodnotící komise stanovila pořadí nabídek podle výše nabídkových cen s tím, že nabídku s nejnižší nabídkovou cenou podala společnost STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „vybraný uchazeč“). Zadavatel v tomto smyslu dne 25.2.2014 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky a následně dne 13.3.2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu o dílo v ceně
 - část A. – 6 704 266,03 Kč bez DPH, tj. 8 112 161,90 Kč včetně DPH,
 - část B. – 72 936,84 Kč bez DPH, tj. 88 253,57 Kč včetně DPH.

Celková cena veřejné zakázky tak činila 6 777 202,87 Kč bez DPH, tj. 8 200 415,47 Kč včetně DPH. Zadavatel k předmětné smlouvě uzavřel s vybraným uchazečem dne 18.3.2014 Dodatek č. 1 a dne 15.7.2014 Dodatek č. 2. Uvedenými dodatky smlouvy byly pouze upraveny dílčí termíny postupy výstavby a nebyl jimi měněn rozsah předmětu plnění ani cena díla.

II. Podnět

5. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona obdržel dne 6.10.2014 podnět k prošetření postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky, vedený Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-P999/2014/VZ, na základě kterého si vyžádal dokumentaci o veřejné zakázce. Po jejím přezkoumání získal Úřad pochybnost, zda zadavatel dodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 zákona, když prostřednictvím dodatečných informací upravil zadávací podmínky týkající se možnosti plnit předmět veřejné zakázky pomocí subdodavatele, aniž by však s provedenou úpravou prodloužil lhůtu pro podání nabídek, a z uvedeného důvodu proto zahájil toto správní řízení z moci úřední.

III. Průběh správního řízení

6. S ohledem na uvedenou pochybnost zahájil Úřad správní řízení z moci úřední vedené pod sp. zn. ÚOHS-S34/2015/VZ. Úřad zahájení správního řízení oznámil zadavateli, který je podle § 116 zákona jediným účastníkem správního řízení, dopisem č.j. ÚOHS-S34/2015/VZ-1431/2015/522/KČe ze dne 19.1.2015. Dne 19.1.2015, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), správní řízení z moci úřední zahájeno. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S34/2015/VZ-

1433/2015/522/KČe z téhož dne zadavateli určil lhůtu, ve které byl oprávněn navrhnout návrhy a činit jiné návrhy, resp. vyjádřit v řízení své stanovisko.

7. Zadavatel se ve správním řízení vyjádřil dopisem ze dne 23.1.2015, ve kterém uvedl, že odkazuje na svá předchozí vyjádření podaná v rámci šetření podnětu, na jehož základě bylo toto správní řízení zahájeno, a dále uvedl, že v zadávací dokumentaci na str. 4 vymezil části veřejné zakázky, které mohou být splněny subdodavatelem (pokládka živičných krytů komunikací, SO 401 - Veřejné osvětlení a SO 901 Dopravní značení a zřízení). Plynoinstalační práce na úpravě VTL plynovodů byly dodatečnou informací k zadávacím podmínkám č. 4 ze dne 29.1.2014 zařazeny do možných plnění subdodavatelem (pol. 46, 47 a 48). Požadavek, že tyto práce může provádět pouze specializovaná firma s příslušnými osvědčeními, byla podmíněna ve vyjádření vlastníka plynovodu v procesu povolování stavby. Zadavatel namítá, že tato dodatečná informace nerozšířila možný okruh dodavatelů, neboť každý uchazeč měl možnost podat ve smyslu ustanovení § 69 odst. 4 zákona společnou nabídku. Umožněním subdodávky zadavatel pouze umožnil uchazeči řešit tuto část stavební zakázky jinou smluvní formou.
8. Úřad usnesením č.j. ÚOHS-S34/2015/VZ-2325/2015/522/KČe ze dne 2.2.2015 zadavateli určil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později ve správním řízení dále nevyjádřil.

IV. Závěry Úřadu

9. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníka řízení a vlastních zjištění, Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem pro zadání veřejné zakázky. K tomu uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

10. Podle § 26 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel zahajuje zadávací řízení odesláním výzvy o zahájení zadávacího řízení. Podle § 26 odst. 3 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona za výzvu o zahájení zadávacího řízení považuje písemná výzva k podání nabídek ve zjednodušeném podlimitním řízení.
11. Podle § 39 odst. 6 věty druhé zákona lhůty pro podání nabídek podle § 39 odst. 3 zákona začínají běžet v případě otevřeného řízení a zjednodušeného podlimitního řízení dnem následujícím po dni zahájení zadávacího řízení.
12. 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.
13. Podle § 44 odst. 6 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby uchazeč ve své nabídce specifikoval části veřejné zakázky, které má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům, a aby uvedl identifikační údaje každého subdodavatele. Zadavatel si může

v zadávací dokumentaci vyhradit požadavek, že určitá věcně vymezená část plnění předmětu veřejné zakázky nesmí být plněna subdodavatelem; v takovém případě je zadavatel povinen v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení uvést, že má v úmyslu si tento požadavek vyhradit. Zadavatel však nesmí zcela vyloučit možnost plnit veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele.

Zjištění Úřadu z dokumentace o veřejné zakázce

14. Jak vyplývá ze zadávací dokumentace, předmětem plnění veřejné zakázky byla výstavba cyklostezky Mohelnice - Loštice (místní část Žadlovice). Předmět veřejné zakázky byl v zadávací dokumentaci specifikován odkazem na projektovou dokumentaci a výkaz výměr.
15. Zadavatel v zadávací dokumentaci v čl. nazvaném „*Další povinné činnosti dodavatele*“ (str. 4 zadávací dokumentace) stanovil mj. požadavek, že „*dodavatel uvede v nabídce specifikaci části veřejné zakázky, kterou má v úmyslu zadat jednomu či více subdodavatelům. V tomto případě je povinen uvést identifikační údaje každého subdodavatele*“. A dále: „*Zadavatel tímto vymezuje část veřejné zakázky, která může být plněna subdodavatelem:*
 - *položky živičných krytů pozemních komunikací (podklad z obal. kam. ACP 16+, ACP 22+, do 3 m, tl. 6 cm; postřik živičný infiltr. z asfaltu 0,8 kg/m²; postřik živičný spojovací z asfaltu 0,5-0,7 kg/m²; beton asfalt. ACO 8 CH nebo ACO 11, do 3 m, tl. 4 cm,*
 - *SO 401 veřejné osvětlení,*
 - *SO 901 dopravní značení a zařízení.**Ostatní práce a dodávky nelze plnit subdodavatelem. Za subdodávku je pro tento účel považována realizace dílčích zakázek stavebních prací jinými subjekty pro vítěze výběrového řízení*“.
16. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil lhůtu pro podání nabídek do 30.1.2014.
17. Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek na základě žádosti dodavatelů, resp. z vlastní iniciativy, poskytl dodavatelům celkem pětkrát dodatečné informace k zadávacím podmínkám. V rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 1 ze dne 15.1.2014 zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 4.2.2014. V rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 2 až č. 5 zadavatel lhůtu pro podání nabídek již neprodlužoval.
18. Pro předmět šetření tohoto správního řízení jsou podstatné dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 4 ze dne 29.1.2014 (byly uveřejněny na profilu zadavatele dne 30.1.2014), ve kterých zadavatel k dotazu dodavatele: „*...v zadávací dokumentaci na str. 4 vymezujete části veřejné zakázky, které mohou být plněny subdodavatelem (pokládka živičných krytů komunikací, SO 401 - Veřejné osvětlení a SO 901 - Dopravní značení a zařízení). Součástí stavby jsou však v části SO Cyklostezek též plynoinstalační práce na úpravě VTL plynovodů, které smí provádět pouze specializovaná firma s příslušnými osvědčeními, tudíž většina uchazečů tuto podmínku není schopna splnit (snad jen v případě Sdružení firem). Opravdu platí toto Vaše diskriminační omezení?*“ uvedl, že „*zadavatel umožňuje plnit subdodavatelem stavební položky SO 103 (pol. č. 46, 47 a 48) spojené s pracemi na VTL plynovodu*“.

19. Zadavatel však s předmětnou úpravou zadávacích podmínek neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, která tak zůstala stejná, tak jak byla stanovena v rámci dodatečných informací k zadávacím podmínkám č. 1, tj. do 4.2.2014.
20. Ve výkazu výměr stavebního objektu SO 103 Cyklostezka Horní Krčmy, v oddílu Doplňující konstrukce a práce na pozemních komunikacích a zpevněných plochách, jsou výše uvedené položky popsány následovně: položka č. 46 – ošetření plynovodu DN 200, položka č. 47 – ošetření plynovodu DN 350 a položka č. 48 – ošetření plynovodu DN 500.
21. Jak vyplývá z podmínek Veřejnoprávní smlouvy o provedení předmětné stavby č.j. MUMO-OD/19341/13 ze dne 26.9.2013, která nahrazuje stavební povolení, byl podle bodu 35. této smlouvy stavebník – město Mohelnice – povinen zajistit splnění podmínek účastníka stavebního řízení společnosti RWE Distribuční služby s.r.o., Brno, mj. tím, že „*v místě křížení stávajícího VTL plynovodu s navrhovanou stezkou pro cyklisty bude potrubí obnaženo v úseku min. 1 m od kraje stezky na obě strany. VTL potrubí bude nutno v tomto úseku otryskat na SA 2,5 včetně následného provedení kontroly stavu potrubí. V případě kladného výsledku bude nutné plynovod přeizolovat izolační páskou za studena. Na obnažené izolaci bude nutné provést elektrojiskrovou zkoušku. Tyto práce musí provádět firma s oprávněním pro práce na VTL plynovodech*“. Předmětná veřejnoprávní smlouva je přílohou smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.

Posouzení věci

22. K postupu zadavatele, který mění, resp. upravuje podmínky v zadávací dokumentaci, se vyjádřil např. Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12.5.2008, který lze analogicky vztáhnout i na šetřený případ. Uvedené rozhodnutí soudu se sice vztahuje k zadávacímu řízení realizovanému v režimu zákona č. 40/2004 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, uvedený názor však má v rámci uplatnění zásad transparentnosti a nediskriminace v zadávacím řízení obecnou platnost i ve vztahu k zadávacímu řízení realizovanému podle zákona. Soud zde mj. dospěl k závěru o přípustnosti možné změny v zadávací dokumentaci, která by nebyla pouhým upřesněním, avšak současně konstatoval, že tuto změnu je nutné uskutečnit takovým způsobem, který by byl v souladu se zásadami, na kterých zadávací řízení stojí. Resp. 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, tj. oznámit změnu zadávací dokumentace stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt.
23. Úřad v této souvislosti navazuje s tím, že zákon v ustanovení § 40 odst. 3 zadavateli – v případě takové úpravy zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů – ukládá jednoznačnou povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku této změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek.
24. Zadavatel v šetřeném případě prostřednictvím dodatečných informací č. 4 ze dne 29.1.2014 upravil zadávací podmínky týkající se vymezení části předmětu veřejné zakázky, které mohly být plněny subdodavatelem, a to konkrétně tak, že stavební práce, které mohly být realizovány subdodavatelem, dále rozšířil o práce na VTL plynovodu, specifikované ve výkazu

výměr položkami č. 46, č. 47 a č. 48 stavebního objektu SO 103 Cyklostezka Horní Krčmy (viz bod 20. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

25. Touto úpravou zadávacích podmínek se nepochybně rozšířil okruh možných dodavatelů veřejné zakázky, neboť upuštěním od požadavku na provedení prací na VTL plynovodu vlastními prostředky dodavatele se o veřejnou zakázku mohli ucházet i další dodavatelé, kteří sami nedisponovali příslušným oprávněním pro práce na VTL plynovodech (k tomu dále také bod 32. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a o změně zadávacích podmínek se mohli dozvědět z profilu zadavatele, kde byla jejich úprava prostřednictvím dodatečných informací č. 4 uveřejněna dne 30.1.2014.
26. Jak vyplývá z výše uvedených zjištění, zadavatelem původně stanovená délka lhůty pro podání nabídek činila ve smyslu § 39 odst. 6, resp. § 26 odst. 1 písm. b) zákona – výzva byla zadavatelem odeslána a na profilu zadavatele uveřejněna dne 13.1.2014 a původní lhůta pro podání nabídek byla ve výzvě stanovena do 30.1.2014 – celkem 17 dnů.
27. Zadavatel v souvislosti s poskytnutím dodatečných informací č. 1 ze dne 15.1.2014 prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 4.2.2014. V rámci dodatečných informací č. 2 až č. 5 zadavatel lhůtu pro podání nabídek již neprodloužoval. Celková délka lhůty pro podání nabídek od předmětné změny zadávacích podmínek provedených v rámci dodatečných informací č. 4 ze dne 29.1.2014 tak činila pouze 5 dnů. Za rozhodný moment, kdy měla být lhůta pro podání nabídek prodloužena – a to ve smyslu § 40 odst. 3 zákona minimálně tak, aby činila celou původní lhůtu – je přitom nutné považovat úpravu zadávacích podmínek provedenou prostřednictvím dodatečných informací č. 4 zveřejněných na profilu zadavatele dne 30.1.2014. Právě od tohoto dne měli mít případní další dodavatelé, kterým by tato změna umožnila účast v zadávacím řízení, garantováno, že budou mít k dispozici stejnou dobu pro zpracování nabídky jako uchazeči, kteří s přípravou nabídky započali již na základě výzvy.
28. S ohledem na výše uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel v šetřeném případě nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 zákona tím, že ačkoliv provedl prostřednictvím dodatečných informací č. 4 ze dne 29.1.2014 změnu zadávacích podmínek, která mohla rozšířit okruh možných dodavatelů – neboť původně vymezené části předmětu plnění veřejné zakázky, které mohly být plněny subdodavatelem, dále rozšířil o práce na VTL plynovodu – ve spojitosti s touto změnou zadavatel neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku této změny činila „novou“ celou původní délku lhůty pro podání nabídek, tj. v šetřeném případě alespoň v délce 17 dnů.
29. Pokud by zadavatel při úpravě zadávacích podmínek postupoval v souladu s ustanovením § 40 odst. 3 zákona, nelze vyloučit, že by relevantní nabídky podalo více uchazečů, a v takovém případě nelze vyloučit ani skutečnost, že by zadavatel mohl následně obdržet i výhodnější nabídku. Z uvedených důvodů mohl postup zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky.
30. Úřad výše uvedený závěr doplňuje s tím, že při posuzování předmětné věci přihlédl ve smyslu § 2 odst. 4 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, i k pravomocným rozhodnutím Úřadu, konkrétně k rozhodnutí č.j. ÚOHS-S385/2014/VZ-14732/2014/511/KČe ze dne 14.7.2014 (viz sbírky rozhodnutí sekce veřejných zakázek na www.compet.cz), ve kterém se Úřad problematikou postupu zadavatele při úpravě zadávacích podmínek (v odkazovaném případě zadavatel nedodržel postup stanovený v § 40

odst. 3 zákona tím, že ačkoliv provedl prostřednictvím dodatečných informací úpravu zadávacích podmínek týkajících se požadavků na prokázání splnění kvalifikace, která mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, neprodloužil současně lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku této změny činila znovu celkovou původní délku lhůty pro podání nabídek) zabýval.

31. Uzavřením smlouvy s vybraným uchazečem dne 13.3.2014 za situace, kdy zadavatel porušil výše popsáním způsobem postup stanovený zákonem, tak byla naplněna skutková podstata správního deliktu ve smyslu § 120 odst. 1 písm. a) zákona tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
32. K obsahu stanoviska zadavatele ze dne 23.1.2015, ve kterém zadavatel namítá, že *„...dodatečná informace č. 4 nerozšířila možný okruh dodavatelů, neboť každý uchazeč měl možnost podat ve smyslu § 69 odst. 4 zákona společnou nabídku, resp. že umožněním subdodávky zadavatel pouze umožnil uchazeči řešit tuto část stavební zakázky jinou smluvní formou“*, Úřad závěry uvedené výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí doplňuje s tím, že zadavatel v rámci dodatečných informací č. 4 připustil další způsob, jakým si mohl uchazeč, pokud sám nedisponoval příslušným oprávněním pro práce na VTL plynovodech, předmětnou část plnění zajistit, tedy se logicky jednalo – a to bez ohledu na rozdíly v náročnosti právních, ekonomických, příp. jiných úkonů, ke kterým by musel dodavatel při uzavírání smlouvy o sdružení oproti smlouvě o subdodávce přistoupit – o nastavení volnější zadávací podmínky v předmětném zadávacím řízení, která mohla znamenat širší okruh uchazečů o veřejnou zakázku.
33. V této souvislosti lze rovněž poukázat na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2011 ze dne 1.11.2012, ve kterém soud mj. uvádí, že *„...pokud je předmět veřejné zakázky vymezen příliš široce (lze-li plnění v něm zahrnuté dodávat samostatně a děje-li se tak v praxi) a v důsledku toho podává nabídku méně dodavatelů než v situaci, kdy by byla plnění poptávána samostatně, vede to k diskriminaci těch dodavatelů, kteří by byli schopni podat nabídku na jednotlivá plnění, nicméně nejsou schopni nabídnout plnění všechna, bez ohledu na jejich možnost zajistit si subdodávky nebo podávat společnou nabídku; tím se totiž diskriminační účinek s vlivem na efektivní soutěžní prostředí, v němž se dodavatelé o veřejnou zakázku mají nacházet, nikterak neeliminuje...“* Z citovaného závěru soudu lze podle názoru Úřadu jednoznačně *per analogiam* vyvodit, že „vynucené“ podání společné nabídky není z pohledu hospodářské soutěže situací srovnatelnou se stavem, kdy mohou jednotliví dodavatelé podávat nabídky sami.
34. K odkazu zadavatele na jeho vyjádření podaná v rámci šetření podnětu sp. zn. ÚOHS-P999/2014/VZ, na jehož základě bylo toto správní řízení zahájeno, Úřad uvádí, že k argumentům zadavatele v jeho stanovisku ze dne 31.10.2014 k podnětu, ve kterém zadavatel namítá, že dodatečné informace č. 4 nic neměnily, neupravovaly ani nedoplňovaly a zadavatel tedy nebyl povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek, se Úřad již vyjádřil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Ve stanovisku zadavatele ze dne 25.11.2014 k podnětu pak zadavatel žádné další argumenty ve vztahu k dodatečným informacím č. 4 neuvedl.

K uložení pokuty

35. 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.
36. Jak vyplývá z výroku I. a shora uvedeného odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel se v šetřeném případě dopustil správního deliktu tím, že nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 zákona, když provedl prostřednictvím dodatečných informací č. 4 ze dne 29.1.2014 změnu zadávacích podmínek, která mohla rozšířit okruh možných dodavatelů – když původně vymezené části předmětu plnění veřejné zakázky, které mohly být plněny pomocí subdodavatelem, dále rozšířil o práce na VTL plynovodu – a současně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku této změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek, a dne 13.3.2014 uzavřel s vybraným uchazečem smlouvu na veřejnou zakázku. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, neboť nelze vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, podali by nabídky i další uchazeči, kteří mohli nabídnout nabídku pro zadavatele výhodnější, než podal vybraný uchazeč.
37. Úřad připomíná, že za protiprávní jednání je třeba považovat nejen takové jednání zadavatele, které prokazatelně ovlivnilo výběr nejvhodnější nabídky, ale i takové jednání, které mělo „pouze“ potenciál takového ovlivnění, případně konkrétní ovlivnění není průkazné. V této souvislosti je možno poukázat například na rozhodnutí předsedy Úřadu č.j. ÚOHS-R180/2008/VZ-1837/2009/310/ASc ze dne 12.2.2009, ve kterém je k dané problematice uvedeno: *„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.“* Úvaha Úřadu nad případnými následky úkonů zadavatele je proto legální součástí správního uvážení.
38. Podle § 121 odst. 3 zákona odpovědnost právnické osoby za správní delikt zaniká, jestliže Úřad o něm nezažal řízení do 5 let ode dne, kdy se o něm dozvěděl, nejpozději však do 10 let ode dne, kdy byl spáchán.
39. V návaznosti na citované ustanovení zákona Úřad před uložení pokuty ověřil, zda je naplněna podmínka uvedená v § 121 odst. 3 zákona. V šetřeném případě se Úřad o spáchání správního deliktu dozvěděl na základě podnětu, který obdržel dne 6.10.2014. K uzavření smlouvy s vybraným uchazečem došlo dne 13.3.2014, přičemž správní řízení bylo zahájeno dne 19.1.2015. Z uvedených údajů tak vyplývá, že odpovědnost zadavatele za správní delikt nezanikla.
40. Podle § 120 odst. 2 písm. a) zákona se za správní delikt uloží pokuta do 10 % ceny zakázky, nebo do 20 mil. Kč, nelze-li celkovou cenu veřejné zakázky zjistit, jde-li o správní delikt podle odstavce 1 písm. a), c) nebo d).

41. Cena veřejné zakázky, při jejímž zadání se zadavatel dopustil správního deliktu, činí 8 200 415,47 Kč včetně DPH. Jedná se o celkovou cenu veřejné zakázky, tedy části A. a části B. veřejné zakázky podle smlouvy ze dne 13.3.2014 (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Horní hranice možné pokuty tak ve smyslu § 120 odst. 2 písm. a) zákona činí 820 041,54 Kč.
42. Podle § 121 odst. 2 zákona se při určení výměry pokuty právnické osobě přihlédne k závažnosti správního deliktu, zejména ke způsobu jeho spáchání a jeho následkům a k okolnostem, za nichž byl spáchán.
43. Hlavním kritériem, které je dle citovaného ustanovení zákona pro určení výměry pokuty rozhodné, je závažnost správního deliktu. Jedná se o obecnou kategorii poměřující rozsah dopadu konkrétního deliktního jednání na specifický právem chráněný zájem s přihlédnutím k významu tohoto chráněného zájmu. Zákon pak demonstrativním výčtem vymezuje, co lze pod pojem závažnost správního deliktu podřadit (způsob jeho spáchání, jeho následky a okolnosti, za nichž byl spáchán). Úřad nad rámec uvedených kritérií pak může přihlédnout i k jiným okolnostem, pokud jsou svojí povahou podstatné pro posouzení závažnosti správního deliktu, a které by s ohledem na skutkové okolnosti konkrétního případu mohly být kvalifikovány jako polehčující či přitěžující.
44. Co se týče způsobu, resp. okolností za kterých byl správní delikt spáchán, Úřad v tomto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, když provedl prostřednictvím dodatečných informací č. 4 změnu zadávacích podmínek, která mohla rozšířit okruh možných dodavatelů, ale neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku této změny činila celou původní délku lhůty pro podání nabídek. Další dodavatelé, kterým by předmětná změna zadávacích podmínek umožnila účast v soutěži o veřejnou zakázku, tak neměli k dispozici stejnou dobu pro zpracování nabídky jako uchazeči, kteří s přípravou nabídky započali již na základě výzvy.
45. Co se týče následků spáchání správního deliktu, Úřad konstatuje, že po změně zadávacích podmínek provedené prostřednictvím dodatečných informací č. 4 mohli o podání nabídky začít uvažovat i dodavatelé, kteří nedisponovali potřebným oprávněním pro práce na VTL plynovodech, ale nově si je mohli zajistit prostřednictvím subdodávky. Tito potenciální dodavatelé však k vypracování a k podání nabídky měli pouze 5 dnů, neboť zadavatel s provedenou změnou zadávacích podmínek neprodloužil lhůtu pro podání nabídek tak, aby byla k dispozici v celé původní délce. Tato skutečnost nepochybně mohla odradit další dodavatele od podání nabídky, neboť pro její zpracování neměli dostatečný časový prostor.
46. Zadavatelovo jednání tak mohlo narušit základní princip zadávání veřejných zakázek – zachování soutěžního prostředí, které má umožnit z co možná nejširšího okruhu podaných nabídek vybrat pro zadavatele nabídku nejvhodnější a ve spojitosti s tím tedy mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Úřad proto okolnosti a následky spáchání správního deliktu zadavatelem posoudil vzhledem z hlediska možnosti ovlivnění výsledků zadávacího řízení jako závažné.
47. Úřad dále zvažoval případné polehčující a přitěžující okolnostmi šetřeného případu, přičemž ve prospěch zadavatele, a tedy jako polehčující okolnost, vzal v souvislostech šetřeného případu a v kontextu poptávaného předmětu plnění v úvahu zejména skutečnost, že zadavatel obdržel celkem 11 nabídek (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí), čímž –

i přes postup zadavatele, který nebyl z výše uvedených důvodů v souladu se zákonem – byla do určité míry soutěž o veřejnou zakázku zachována.

48. Při posuzování výše uložené pokuty Úřad dále vycházel z premisy, že pokuta uložená zadavateli za zjištěné porušení zákona má obecně plnit dvě základní funkce, a to funkci represivní – postih za porušení povinností stanovených zákonem – a funkci preventivní, která směřuje k předcházení jeho porušování, resp. k jednání, které je se zákonem v souladu.
49. Po zvážení všech okolností šetřeného případu Úřad při určení výměry uložené pokuty posoudil její výši stanovenou na 80 000 Kč vzhledem k souvislostem případu a s ohledem na okolnosti, za nichž byl správní delikt spáchán, jako dostačující, přičemž ve vztahu k zadavateli akcentoval preventivní účinek uložené sankce, neboť pokuta, jakkoliv se může jevit jako relativně nízká, je schopna naplnit preventivní funkci, spočívající v předcházení porušování zákona, a to nejen vůči zadavateli, ale i vůči ostatním adresátům stejných zákonných povinností. Proto Úřad zadavateli uložil pokutu v cca 1/10 zákonné sazby, podle které mohl uložit pokutu až do výše 820 041,15 Kč [viz § 120 odst. 2 písm. a) zákona] s tím, že její výši s přihlédnutím k okolnostem spáchání správního deliktu a k nutnosti naplnění sankčních účinků považuje za dostatečnou a okolnostem případu přiměřenou.
50. Při určení výše pokuty Úřad vzal v úvahu i ekonomickou situaci zadavatele, neboť v určitém případě se pokuta, byť uložená v minimální výši, může jevit jako krajně „nespravedlivá“. Z údajů uvedených na webových stránkách zadavatele www.mohelnice.cz (Schválený rozpočet města Mohelnice na rok 2015) vyplývá, že město Mohelnice plánuje na rok 2015 příjmy ve výši 151,938 mil. Kč. Úřad proto konstatuje, že výše uložené pokuty – vzhledem k objemu finančních prostředků, kterými zadavatel v rámci svého rozpočtu disponuje – nemá v žádném případě likvidační charakter.
51. Úřad pro úplnost uvádí, že při projednání předmětné věci posuzoval postup zadavatele v zadávacím řízení i s přihlédnutím ke skutečnosti, které z aplikovatelných znění zákona od okamžiku spáchání správního deliktu do vydání rozhodnutí je pro zadavatele příznivější ve smyslu čl. 40 odst. 6 Listiny základních práv a svobod, přičemž v této souvislosti konstatuje, že postup zadavatele by byl nezákonný a zadavatel by nesl odpovědnost za takový postup i podle aktuálního znění zákona.
52. Úřad posoudil postup zadavatele ze všech hledisek a vzhledem ke zjištěnému správnímu deliktu zadavatele přistoupil k uložení pokuty, neboť smlouva na realizaci veřejné zakázky již byla uzavřena a nápravy tudíž nelze dosáhnout. Z uvedeného důvodu uložil Úřad pokutu ve výši uvedené ve výroku II. tohoto rozhodnutí.
53. Uložená pokuta je splatná 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. Jako variabilní symbol zadavatel uvede své identifikační číslo.

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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

Město Mohelnice, U Brány 916/2, 789 85 Mohelnice

Vypraveno dne:

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