

Toto rozhodnutí bylo potvrzeno druhoinstančním rozhodnutím č. j. R087/2007/02-14942/2007/310-Hr ze dne 16.8.2007, které nabylo právní moci dne 20.8.2007

Č. j. S392/2006-02480/2007/540-RP

V Brně dne 1. března 2007

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 94 zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění zákona č. 436/2004 Sb., zákona č. 437/2004 Sb., zákona č. 60/2005 Sb., zákona č. 124/2005 Sb., zákona č. 179/2005 Sb., zákona č. 253/2005 Sb., zákona č. 377/2005 Sb. a zákona č. 413/2005 Sb., ve správním řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeném dne 22.12.2006 z vlastního podnětu podle § 96 téhož zákona o veřejných zakázkách, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1, za něhož jedná Ing. Aleš Řebíček, ministr,
- uchazeč, jemuž byla zakázka přidělena, společnosti:

Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Mag. Georg Kapsch, předseda představenstva a Ing. Erwin Toplak, člen představenstva,

Kapsch s. r. o., se sídlem Praha 8, Ke Štvanici 656/3, PSČ 186 00, IČ 45311005, za niž jedná Ing. Karel Feix a Ing. Pavel Habarta, jednatelé,

Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Dr. Kari Kapsch, předseda představenstva a Dr. Franz Semmernegg, člen představenstva,

Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Ing. Mag. Thomas Schöpf a MBA Bernhard Kerres, členové představenstva,

Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371522, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

Kapsch Telematic Services spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371531, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

PVT, a. s., se sídlem Kovanecská 30/2124, Praha 9, PSČ 190 00, IČ 27074358, za niž jedná Ing. Jiří Fabián, předseda představenstva a Marian Pijarski, místopředseda představenstva,

zastoupené na základě plné moci ze dne 23.12.2005 Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při uzavírání „návrhu provedení změny č. 1“ ze dne 8.6.2006 ke „smlouvě o dodávce systému výkonového zpoplatnění“ a „smlouvě o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice“, obě ze dne 29.3.2006, uzavřeným na plnění veřejné zakázky „poskytování služeb a dodávek k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“,

rozhodl podle § 101 citovaného zákona o veřejných zakázkách takto:

I.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, nedodržel postup stanovený ust. § 66 odst. 2 cit. zákona, neboť uzavřel s vybraným uchazečem „návrh provedení změny č. 1“ ze dne 8.6.2006, jehož obsahem byly změny původních smluv, které jsou v rozporu se zadáním a vybranou nabídkou. Výše uvedený postup zadavatele nemohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek.

II.

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 25 odst. 1 posledně cit. zákona tím, že uzavřel „návrh provedení změny č. 1“ ze dne 8.6.2006, jehož obsahem je veřejná zakázka na realizaci tzv. „náhradních řešení“, aniž při tom postupoval podle cit. zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za správní delikt však podle ust. § 105 odst. 2 téhož zákona neodpovídá, neboť prokázal, že vynaložil veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránil.

III.

Podle ust. § 79 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., a podle ust. § 6 odst. 1 vyhlášky č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výdělku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení, se zadavateli – České republice – Ministerstvu dopravy, **ukládá uhradit náklady řízení ve výši 1 000,- Kč** (slovy jeden tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 3920650001.

Odůvodnění

Zadavatel – Česká republika – Ministerstvo dopravy, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1, za něhož jedná Ing. Aleš Řebíček, ministr (dále jen „zadavatel“), uzavřel dne 29.3.2006 s vybraným uchazečem, sdružením společností

Kapsch TrafficCom AG, se sídlem Wagenseilgasse 1, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Mag. Georg Kapsch, předseda představenstva a Ing. Erwin Toplak, člen představenstva,

Kapsch s. r. o., se sídlem Praha 8, Ke Štvanici 656/3, PSČ 186 00, IČ 45311005, za niž jedná Ing. Karel Feix a Ing. Pavel Habarta, jednatelé,

Kapsch BusinessCom AG, se sídlem Wienerbergstrasse 53, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Dr. Kari Kapsch, předseda představenstva a Dr. Franz Semmernegg, člen představenstva,

Kapsch CarrierCom AG, se sídlem Am Europlatz 5, 1120 Wien, Rakousko, za niž jedná Ing. Mag. Thomas Schöpf a MBA Bernhard Kerres, členové představenstva,

Kapsch TrafficCom Construction & Realization spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371522, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

Kapsch Telematic Services spol. s r. o., se sídlem Opletalova 1015/55, Praha 1, PSČ 110 00, IČ 27371531, za niž jedná Ing. Karel Feix, jednatel,

PVT, a. s., se sídlem Kovanecká 30/2124, Praha 9, PSČ 190 00, IČ 27074358, za niž jedná Ing. Jiří Fabián, předseda představenstva a Marian Pijarski, místopředseda představenstva,

(dále jen „sdružení KAPSCH“),

„smlouvu o dodávce systému výkonového zpoplatnění“ a „smlouvu o poskytování služeb souvisejících s provozem systému výkonového zpoplatnění vybraných pozemních komunikací v České republice“ (dále jen „smlouva o dodávce“ a „smlouva o službách“), a to na realizaci předmětu veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“, jež byla zadána v otevřeném řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“).

Podle článku 21.2 obchodních podmínek smlouvy o dodávce tato nabývá účinnosti dnem jejího podpisu oběma stranami, ne však dříve než nabytím účinnosti právních předpisů umožňujících objednateli nebo osobě pověřené objednatelem výběr výkonových poplatků na komunikacích specifikovaných v příloze B a příloze C způsobem předpokládaným v zadávací dokumentaci. V odpovědi na dotaz k zadávací dokumentaci č. 356 dále zadavatel upřesnil, že termínem „účinnost právních předpisů“ se rozumí uveřejnění příslušného právního předpisu ve Sbírce zákonů. Právní předpis umožňující výkonové zpoplatnění komunikací v České republice, tj. zákon č. 80/2006 Sb., kterým se mění zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních komunikacích, ve znění pozdějších předpisů, a další související zákony, byl ve Sbírce zákonů uveřejněn dne 15.3.2006.

Termín realizace obou etap systému byl dle přílohy 9 smlouvy o dodávce stanoven do 31.12.2006. Podle čl. 8.4 písm. a) obchodních podmínek smlouvy o dodávce má dodavatel právo na prodloužení lhůty pro dokončení, a v takovém rozsahu, v jakém je dokončení zpožděno v důsledku důvodů, které nebyly na straně dodavatele, nenabyla-li smlouva o dodávce účinnosti do 1.1.2006.

Na základě čl. 8.5 obchodních podmínek smlouvy o dodávce si strany sjednaly, že dodavatel má právo na prodloužení lhůty pro dokončení etapy II. pokud prokáže, že bez jeho zavinění a při vynaložení veškeré odborné péče mu nebylo vydáno stavební povolení

nezbytné pro zahájení prací v termínu nutném pro dokončení systému výkonového zpoplatnění v rozsahu etapy II. Toto prodloužení se vztahuje pouze na tu část systému výkonového zpoplatnění, která je dotčena tím, že příslušné stavební povolení nebylo dodavateli vydáno. Jinak může dodavatel požadovat prodloužení lhůty pro dokončení pouze v případě splnění následujících podmínek:

- (a) dodavatel náležitě plnil postup předepsaný příslušnými právními předpisy, a
- (b) postupem orgánů státní správy a samosprávy bylo způsobeno zpoždění nebo narušení prací dodavatele a
- (c) takové zpoždění nebo narušení nemohlo být ke dni podpisu smlouvy o dodávce předvídáno zkušeným dodavatelem postupujícím s odbornou péčí.

Podle čl. 5.7 obchodních podmínek smlouvy o službách měla být povinná účinnost systému minimálně 95 %. V článku 4.26 zadavatel pro případ potřeby rozšíření systému na další komunikace nezahrnuté v této veřejné zakázce stanovil, že ocenění dodávky systému v rozsahu rozšíření sítě komunikací bude odpovídat cenové nabídce v původním otevřeném zadávacím řízení.

Dopisem ze dne 5.4.2006 oznámil zhotovitel sdružení KAPSCH, způsobem předvídaným smlouvou o dodávce, nárok na prodloužení lhůty pro dokončení obou etap realizace dodávky předmětu veřejné zakázky podle čl. 8.4 písm. a) obchodních podmínek smlouvy o dodávce, tj. z důvodu pozdějšího nabytí účinnosti smlouvy o dodávce než 1.1.2006. Následně dopisem ze dne 11.4.2006 zadavatel požádal sdružení KAPSCH o vypracování podmínek, za nichž by bylo možné realizovat dodávku etapy I. do 31.12.2006, tedy bez prodloužení termínu dokončení.

Dne 8.6.2006 obě strany uzavřeli k výše uvedeným smlouvám o dodávce a o službách dodatek označený jako „návrh provedení změny č. 1“ (dále jen „dodatek č. 1“). Postup zadavatele při jeho uzavírání je předmětem tohoto správního řízení. V článku 1 dodatku č. 1 byl zejména sjednán závazek sdružení KAPSCH dokončit etapu I. dodávky systému do 31.12.2006 a dále prodloužení lhůty pro dokončení etapy II. do 30.6.2007. V této souvislosti byla pro etapu I. článkem 1.3. a 1.4 dodatku č. 1 na období od 1.1.2007 do 31.3.2007 snížena minimální povinná účinnost systému na 85 % a upravena pravidla pro odměnu event. nárok na slevu z odměny v závislosti na účinnosti systému (čl. 10.3 obchodních podmínek smlouvy o službách).

Obsahem článku 2 dodatku č. 1 je zejména upřesnění výkladu některých pojmů. V článku 2.6 byla změněna terminologie zpoždění při zavádění etapy II. zaviněného na straně orgánů státní správy a samosprávy zakotvené v čl. 8.5 obchodních podmínek smlouvy o dodávce, a to tak, že kromě stavebních povolení byl cit. článek obchodních podmínek rozšířen na jakékoliv pravomocné souhlasy, povolení nebo rozhodnutí. Pro realizaci etapy I. bylo dále sjednáno, že sdružení KAPSCH v případě neobdržení některého z nutných souhlasů, povolení nebo rozhodnutí, navrhne na nezbytně dlouhou dobu náhradní řešení tak, aby etapa I. mohla být dokončena do 31.12.2006. Jako příklad je v předmětném článku dodatku č. 1 uveden bezdrátový přenos dat z mýtných bran a náhradní energetický zdroj pro zařízení na mýtných branách. Náklady takového náhradního řešení v případě odsouhlasení ponese zadavatel. V článku 2.13 dodatku č. 1 byl upraven článek 4.26 obchodních podmínek smlouvy o dodávce v tom smyslu, že ceny nových prací týkající se případného rozšíření systému zpoplatnění na další pozemní komunikace nemusí odpovídat cenám z nabídky uchazeče sdružení KAPSCH, nýbrž mohou zohlednit vývoj cen shodných dodávek, prací a služeb.

V článku 3 dodatku č. 1 se zadavatel a sdružení KAPSCH zavázali dohodnout do 30.6.2006 na řešení případné změny nabídkové ceny týkající se nákladů spojených s poplatky za operace s platebními kartami, resp. kartami na pohonné hmoty.

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „orgán dohledu“), jako orgán příslušný podle § 94 zákona se rozhodl prošetřit postup zadavatele při uzavírání předmětného dodatku. Orgán dohledu si proto dopisem ze dne 15.11.2006 vyžádal od zadavatele související dokumentaci a jeho stanovisko. Vyžádané podklady zadavatel zaslal orgánu dohledu dopisem ze dne 28.11.2006.

Jelikož u orgánu dohledu přetrvávaly pochybnosti, zda zadavatel postupoval při uzavírání dodatku č. 1 v souladu se zákonem, zahájil správní řízení z vlastního podnětu ve věci přezkoumávání rozhodnutí a dalších úkonů zadavatele.

Účastníky správního řízení jsou podle § 99 zákona

- zadavatel,
- účastníci sdružení KAPSCH, ve správním řízení zastoupení na základě plné moci ze dne 23.12.2005 Mgr. Ing. Danielem Zejdou, advokátem, advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK v. o. s., se sídlem Týn 1049/3, 110 00 Praha 1.

Zahájení správního řízení oznámil orgán dohledu účastníkům řízení dopisem č. j. S392/2006-21894/2006/540-RP ze dne 18.12.2006, ve kterém je seznámil se zjištěnými skutečnostmi a usnesením č. j. S392/2006-21980/2006/540-RP stanovil zadavateli lhůtu ke sdělení zda bylo ve smyslu čl. 3 dodatku č. 1 se sdružením KAPSCH jednáno o změnách týkajících se poplatků za operace s platebními kartami a dále sdělení, zda bylo sjednáno „náhradní řešení“ ve smyslu čl. 2.6 cit. dodatku č. 1 včetně předpokládané hodnoty výdajů zadavatele s tím spojených. Orgán dohledu citovaným usnesením též stanovil lhůty, v nichž účastníci řízení mohli navrhnout důkazy a vyjádřit své stanovisko (do 10.1.2007) a dále lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí (do 12.1.2007).

Dnem 22.12.2006, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení doručeno prvnímu z účastníků řízení, bylo podle § 96 odst. 2 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumávání úkonů zadavatele orgánem dohledu.

Účastníci sdružení KAPSCH podali dopisem ze dne 5.1.2007 rozklad proti usnesení o stanovení lhůt ve správním řízení č. j. S392/2006-21980/2006/540-RP, respektive proti bodům 4. a 5. výroku, týkajícím se lhůt k vyjádření se k podkladům pro rozhodnutí a k návrhu doplnění šetření. Účastníci sdružení KAPSCH považují stanovené lhůty za nepřiměřeně krátké a požadují jejich přiměřené prodloužení.

Dopisem ze dne 8.1.2007 zadavatel zaslal orgánu dohledu své stanovisko a dále také kopii druhé změny smlouvy o dodávce a smlouvy o službách označenou jako „dodatek“, který zadavatel s uchazečem sdružení KAPSCH uzavřeli dne 15.12.2006 (dále jen „dodatek č. 2“). Co se týče sdělení vyžádaných orgánem dohledu usnesením č. j. S392/2006-21980/2006/540-RP zadavatel uvedl, že o změnách týkajících se poplatků za operace s platebními kartami nebylo se sdružením KAPSCH dále jednáno. K otázce sjednání „náhradního řešení“ ve smyslu čl. 2.6 dodatku č. 1 a jeho předpokládané hodnoty zadavatel uvedl, že koncept „náhradního řešení“ byl dodatkem č. 2 změněn tak, že veškeré náklady spojené s případnou

realizací „náhradního řešení“ ponese sdružení KAPSCH, nikoliv zadavatel. Jelikož „náhradní řešení“ ve smyslu čl. 2.6 dodatku č. 1 nebylo realizováno, nevznikly zadavateli žádné výdaje.

Zadavatel ve svém stanovisku ze dne 8.1.2007 dále uvádí, že obsah dodatku č. 1 neodpovídá předmětu vytyčenému v jeho preambuli a podrobněji se vyjadřuje k vybraným článkům dodatku č. 1 z hlediska smluvního postavení zadavatele, respektive jeho výhodnosti. Ke skutečnostem uvedeným v oznámení o zahájení řízení zadavatel uvedl následující. Články 1.3 a 1.4 dodatku č. 1, týkající se snížení účinnosti etapy I. systému po stanovenou dobu a úpravy odměny zhotovitele, dle zadavatele nově propojily definici řádného dokončení a zpoždění s mírou účinnosti systému. Kvalita kompletně dokončeného systému je nahrazena kvalitou systému o určité účinnosti (85 %). Systém tak dle zadavatele nemusí být do 31.12.2006 zcela dokončen, a toto zpoždění nelze sankcionovat smluvní pokutou dříve sjednanou v čl. 8.7 obchodních podmínek smlouvy o dodávce. Změnu odměny zhotovitele v závislosti na účinnosti systému považuje zadavatel za v rozporu se zákonem. K čl. 2.6 dodatku č. 1 se zadavatel vyjádřil tak, že se jím de facto rozšířil výklad čl. 8.5 obchodních podmínek smlouvy o dodávce i na rozhodnutí soudu. Dále je dle cit. článku dodatku č. 1 na zadavatele přenesena povinnost uhradit náklady spojené s případným schváleným „náhradním řešením“. K čl. 3 dodatku č. 1 zadavatel uvedl, že se jím necítí být vázán, neboť není závěrečným pokynem zadavatele uvedeným v dodatku potvrzen ani odsouhlasen a o změnách týkajících se poplatků za operace s platebními kartami nebylo se sdružením KAPSCH jednáno. Celkově hodnotí zadavatel text dodatku č. 1 jako právně sporný k čemuž uvedl, že se sdružením KAPSCH jedná o zrušení dodatku č. 1.

Dopisem ze dne 10.1.2007 zaslal orgánu dohledu svoje stanovisko sdružení KAPSCH, v němž uvedl, že uzavření dodatku č. 1 bylo standardním změnovým řízením výslovně předpokládaným a vyvolaným zcela zřejmým a závažným důvodem, tj. potřebou zadavatele zahájit provoz I. etapy systému od 1.1.2007 s cílem předejít negativním dopadům na státní rozpočet. Dle sdružení KAPSCH tak dodatek č. 1 obsahuje obchodní podmínky, za kterých byl dodavatel připraven spuštění etapy I. zkrátit o tři měsíce s tím, že upravený režim byl sjednán pouze na tuto dobu 3 měsíců. Původně sjednané podmínky byly tedy i nadále v platnosti po uplynutí 12 měsíců od podpisu smluv. Z důvodu právní jistoty zahrnuli smluvní strany do dodatku č. 1 rovněž shodnou interpretaci některých ustanovení smlouvy od dodávce a smlouvy o službách. Sdružení KAPSCH se domnívá, že dodatek č. 1 nepředstavuje dodatečné dodávky nebo služby, které by bylo nutné zadávat jako novou veřejnou zakázku. Jako podklad pro rozhodnutí dále navrhuje zohlednit také dodatek č. 2 ze dne 15.12.2006, jímž byly významné povinnosti, např. také náklady na „náhradní řešení“, přeneseny na sdružení KAPSCH, včetně vysokých smluvních pokut. Navrhuje proto, aby bylo správní řízení zastaveno.

Usnesením č. j. S392/2006-00767/2007/540-RP/Der ze dne 11.1.2007 orgán dohledu prodloužil lhůty, v nichž účastníci řízení mohli navrhnout důkazy a vyjádřit své stanovisko (do 19.1.2007) a dále lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí (do 26.1.2007).

Dopisem ze dne 23.1.2007 se dále vyjádřil účastník řízení sdružení KAPSCH, v němž v reakci na stanovisko zadavatele uvedl, že posuzování vztahů mezi zadavatelem a sdružením KAPSCH a jejich případné spory o platnost, určitost, obsah nebo závaznost jednotlivých ujednání v dodatku č. 1 nemohou být předmětem správního řízení před orgánem dohledu. Orgán dohledu by se měl zabývat zákonností postupu zadavatele a z tohoto hlediska také hodnotit jeho vyjádření uvedená ve stanovisku ze dne 8.1.2007. Sdružení KAPSCH

nesouhlasí se závěry zadavatele k jednotlivým článkům dodatku č. 1 a považuje je za zkršené a účelové. Upozorňuje také, že akceptoval požadavky zadavatele a uzavřením dodatku č. 2 na sebe převzal řadu významných povinností, mimo jiné týkající se také „náhradního řešení“. Sdružení KAPSCH uvádí, že článek dodatku č. 1 upravující spuštění etapy I. ve zkrácené lhůtě devíti měsíců od podpisu smlouvy s účinností minimálně 85 % je pro zadavatele výhodné, a to nejen z technického hlediska. K dokončení systému se přitom sdružení KAPSCH zavázalo do 12 měsíců, jak bylo předpokládáno smlouvou o dodávce. Smluvní pokuta za zpoždění nebyla dle sdružení KAPSCH zcela vyloučena, mělo dojít pouze k jejímu poměrnému snížení podle hodnoty převzaté části systému, přičemž v této záležitosti odkazuje na čl. 10.2 obchodních podmínek smlouvy o dodávce. Zvýšení odměny v návaznosti na účinnost systému pak mělo být motivací dodavatele a mělo pokrýt zvýšené výdaje spojené se zrychlením prací o tři měsíce.

Dopisem ze dne 26.2.2007 zaslal orgánu dohledu své vyjádření uchazeč sdružení KAPSCH, v němž zejména požaduje doplnění podkladů pro rozhodnutí, jež považuje s ohledem na komplexnost řešených otázek za nedostatečné, nezpůsobilé odrážet relevantní skutkový stav a odkazuje přitom na § 3 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb. Sdružení KAPSCH proto navrhuje, aby si orgán dohledu k objasnění skutkového stavu vyžádal informace, které mohou přispět k jeho objasnění, a to od poradenských společností zadavatele a projektového manažera, aniž by dále specifikoval jaké informace nebo údaje za účelem dokazování navrhuje zajistit. Dále navrhuje, aby bylo šetření doplněno o:

- expertní stanoviska poradců, kteří se účastnili vyjednávání o uzavření dodatku č. 1,
- zápisy ze schůzek technických expertů a
- zprávy či vyjádření projektového manažera.

Sdružení KAPSCH rovněž navrhuje provedení výsledků nebo vyžádání vyjádření osob z řad zaměstnanců zadavatele, kteří u něj působili v době uzavírání dodatku č. 1, a to proto, že stanovisko zadavatele v tomto správním řízení považuje z důvodu personálních změn u zadavatele za zkršené, trpící nedostatkem relevantních informací. Tyto osoby by měly dle uchazeče ozřejmit důvody zadavatele, které jej vedly k uzavření dodatku č. 1, přičemž okruh osob má být zjištěn dotazováním orgán dohledu zadavatele.

Uchazeč je dále přesvědčen, že řízení je nutné doplnit o „příslušná expertní vyjádření“, případně znalecké posudky, které by přispěly k objasnění technických okolností, které orgán dohledu sám nemůže posoudit, neboť by v opačném případě překročil meze správního uvážení. Technické okolnosti, které by měly být orgánem dohledu zkoumány sdružení KAPSCH neuvádí, přičemž si však vyhrazuje právo vyjádřit se k obsahu zadání znaleckého posudku a osobě znalce.

Závěrem svého vyjádření uchazeč sdružení KAPSCH zejména žádá o to, aby mu bylo po doplnění podkladů rozhodnutí umožněno se k nim vyjádřit a dále o informace, jaké podklady od posledního nahlédnutí do spisu přibyly a jaké budou ke spisu připojeny. S odkazem na § 4 odst. 3 správního řádu uchazeč sdružení KAPSCH žádá, aby byl orgánem dohledu uvědomen o provedení úkonu vydání rozhodnutí ve věci, neboť je to potřebné k hájení jeho práv.

Orgán dohledu přezkoumal na základě ust. § 96 a následujících zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů, zejména předložené

dokumentace a uzavřené smlouvy včetně dodatků a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při uzavírání dodatku č. 1 ze dne 8.6.2006 porušil zákon. Ke svému rozhodnutí uvádí orgán dohledu následující rozhodné skutečnosti.

Uzavření smlouvy v rozporu se zadáním a nabídkou

Podle § 66 odst. 2 zákona neobdrží-li zadavatel do 15 dnů ode dne doručení oznámení o přidělení veřejné zakázky námitku podle § 88 zákona, bezodkladně uzavře písemnou smlouvu s vybraným uchazečem, a to v souladu se zadáním a vybranou nabídkou.

Dne 29.3.2006 po proběhlém zadávacím řízení zadavatel a uchazeč sdružení KAPSCH uzavřeli na realizaci veřejné zakázky „Poskytování služeb a dodávek vybrané infrastruktury k realizaci projektu výkonového zpoplatnění vybraných komunikací v ČR“ smlouvu o dodávce a smlouvu o službách. Termín realizace obou etap systému byl dle přílohy 9 smlouvy o dodávce stanoven do 31.12.2006. Podle čl. 8.4 písm. a) obchodních podmínek smlouvy o dodávce měl dodavatel právo na prodloužení lhůty pro dokončení o takovou dobu, o jakou cit. smlouvy nenabýly účinnosti k 1.1.2006. Podle čl. 8.5 obchodních podmínek posledně cit. smlouvy měl dodavatel dále právo na prodloužení lhůty pro dokončení etapy II. ve případech nevydání stavebního povolení.

Sdružení KAPSCH oznámilo dopisem ze dne 5.4.2006 zadavateli nárok na prodloužení lhůty realizace dle č. 8.4 písm. a) obchodních podmínek smlouvy o dodávce o tři měsíce z důvodu pozdějšího nabytí účinnosti cit. smlouvy než k 1.1.2006 (uzavření dne 29.3.2006, pozn.). Jelikož bylo potřebou zadavatele zprovoznit etapu I. systému již k 1.1.2007, uzavřel se sdružením KAPSCH dne 8.6.2006 dodatek č. 1 ke smlouvám o dodávce a o službách, v němž si obě strany stanovily podmínky, za nichž bude etapa I. systému realizována již k 31.12.2006.

V článku 1 dodatku č. 1 byl sjednán závazek sdružení KAPSCH dokončit etapu I. dodávky systému do 31.12.2006 a dále prodloužení lhůty pro dokončení etapy II. do 30.6.2007. V této souvislosti byla pro etapu I. článkem 1.3. a 1.4 dodatku č. 1 na období od 1.1.2007 do 31.3.2007 snížena minimální povinná účinnost systému stanovená čl. 5.7 obchodních podmínek smlouvy o službách z 95 % na 85 % a změněna pravidla pro odměnu event. nárok na slevu z odměny v závislosti na účinnosti systému (čl. 10.3 obchodních podmínek smlouvy o službách).

Obsahem článku 2 dodatku č. 1 je zejména upřesnění výkladu některých pojmů. V článku 2.6 byl dále upřesněn výklad zpoždění při zavádění etapy II. zaviněného na straně orgánů státní správy a samosprávy zakotvené v čl. 8.5 obchodních podmínek smlouvy o dodávce, a to tak, že kromě stavebních povolení byl cit. článek obchodních podmínek rozšířen na jakékoliv pravomocné souhlasy, povolení nebo rozhodnutí.

V článku 2.13 dodatku č. 1 byl upraven článek 4.26 obchodních podmínek smlouvy o dodávce týkající se ocenění dodávky rozšíření systému v tom smyslu, že ceny nových prací týkající se případného rozšíření systému zpoplatnění na další pozemní komunikace nemusí odpovídat cenám z nabídky uchazeče sdružení KAPSCH podané v původním zadávacím řízení, jak stanovil cit. článek, nýbrž mohou zohlednit vývoj cen shodných dodávek, prací a služeb.

V článku 3 dodatku č. 1 se zadavatel se sdružením KAPSCH zavázali dohodnout do 30.6.2006 na řešení případné změny nabídkové ceny týkající se nákladů spojených s poplatky za operace s platebními kartami, resp. kartami na pohonné hmoty. K takovým jednáním však poté nedošlo, neboť se zadavatel necítil článkem 3 dodatku č. 1 vázán s odkazem na podpisovou doložku, kde není cit. článek uveden.

Orgán dohledu uvádí, že smlouva o dodávce předvíдалa v čl. 8.4 písm. a) mechanismus prodloužení lhůty pro realizaci zakázky v případě, že smlouvy nenabudou účinnosti k předpokládanému datu 1.1.2006, tj. tak, aby délka doby realizace byla 12 měsíců. Jelikož obě předmětné smlouvy byly uzavřeny a nabyly účinnosti dne 29.3.2006, nastala situace, které měla být podle zadávacích podmínek řešena odpovídajícím prodloužením lhůty pro realizaci obou etap, jejichž dokončení smlouva o dodávce stanovila shodně do 31.12.2006 (tj. o tři měsíce). Zadavatel však, jak vyplynulo z listin shromážděných ve správním řízení, měl zájem za zprovoznění etapy I. již v původním termínu do 31.12.2006. Uzavřením dodatku č. 1 se sdružení KAPSCH zavázalo k realizaci etapy I. v původním termínu k 31.12.2006, přičemž lhůta pro realizaci etapy II. byla prodloužena až do 30.6.2007, tedy ještě o tři měsíce déle, než činil nárok sdružení vyplývající původně ze smlouvy o dodávce. Současně byly změněny výše popsané podmínky zadání původní veřejné zakázky potažmo zapracované jako součást obchodních podmínek smlouvy o dodávce a smlouvy o službách.

Orgán dohledu konstatuje, že výše popsané změny smlouvy o dodávce a o službách nejsou v souladu s ust. § 66 odst. 2 zákona. Na změny smluv, které jsou v rozporu se zadáním a vybranou nabídkou je potřeba pohlížet tak, jako by ve znění takových změn byla uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky, neboť podle nich bude fakticky probíhat plnění zakázky. Tím, že zadavatel uzavřel s uchazečem sdružení KAPSCH dodatek č. 1, jehož obsahem byly změny původních smluv, které jsou v rozporu se zadáním a vybranou nabídkou, nedodržel postup stanovený § 66 odst. 2 zákona.

Z hlediska spáchání správního deliktu a případného uložení sankce je nutné se dále zabývat tím, zda postup zadavatele podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek, neboť podle § 102 odst. 1 zákona se právnická osoba nebo fyzická osoba, která je zadavatelem, dopustí správního deliktu mj. tím, že

- a) nedodrží postup stanovený tímto zákonem pro přidělení veřejné zakázky, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit hodnocení nabídek,
- b) uzavře smlouvu (§§ 65 a 66) s uchazečem vybraným postupem podle písmene a).

Dále pak podle § 102 odst. 2 písm. a) zákona ve znění pozdějších předpisů se za správní delikty podle odstavce 1 právnické osobě, která je zadavatelem, uloží pokuta do výše 5 % ceny zakázky, jde-li o správní delikt podle písmene a), b) nebo d) cit. ustanovení zákona.

Orgán dohledu uvádí, že při posuzování otázky možnosti vlivu na hodnocení nabídek v případech, kdy jsou provedeny změny již uzavřené smlouvy na plnění veřejné zakázky, je obecně nutné v první řadě posoudit, zda dochází k podstatné změně původních zadávacích podmínek. Za podstatné změny je přitom třeba v první řadě považovat všechny změny, které mohly mít vliv na okruh potencionálních dodavatelů. Původní zadávací podmínky byly totiž určující pro rozhodování o účasti dodavatelů v zadávacím řízení a formulace jejich nabídek. Nelze tedy vyloučit, že by tyto změny v případě modifikace v době před původním zadávacím řízením vedly k výběru nabídky jiného uchazeče.

V šetřeném případě se však nejedná o změny takového charakteru, které by mohly mít vliv na okruh potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku, jelikož se jedná o změny dílčích detailů podmínek plnění. Závěr se týká i změny v lhůtách pro dokončení, neboť v případě etapy I. byla tato reálně z celkových dvanácti měsíců o tři měsíce zkrácena a pro etapu II. pak byla de facto o tři měsíce prodloužena. V šetřeném případě s ohledem na objem a specifičnost zakázky nelze předpokládat, že by tato skutečnost byla sama o sobě určující pro potenciální účast dalších dodavatelů na předmětném zadávacím řízení.

Výše uvedený závěr týkající se okruhu potenciálních uchazečů o zakázku však neodpovídá vyčerpávajícím způsobem o možném ovlivnění hodnocení nabídek v zadávacím řízení. Je nutné ještě zkoumat také to, zda změna původních podmínek nemohla ovlivnit samotný průběh zadávacího řízení. Jinými slovy, podstatnými změnami podmínek je nutné rozumět i takové změny, jejichž zahrnutí do původních podmínek by mohlo ovlivnit samotný proces hodnocení (zejm. týkají-li se přímo hodnotících kritérií) nebo možnosti uchazečů splnit nové podmínky.

V případě šetřené veřejné zakázky byli dva ze tří uchazečů vyloučeni, a to oba mimo jiné pro nesplnění kvalifikace. Dodatkem č. 1 změněné podmínky se přitom netýkají důvodů vyloučení ani jednoho z nich. V zadávacím řízení tak byla vybrána jediná zbylá nabídka, která nebyla hodnocena ve smyslu zákona o veřejných zakázkách, neboť neexistovala nabídka, s kterou by mohla být porovnána. Jelikož tedy změna výše cit. podmínek daná uzavřením dodatku č. 1 nemohla ovlivnit vyloučení zmíněných dvou uchazečů a v zadávacím řízení byla vybrána jediná zbylá nabídka, nemohlo dojít k podstatné změně hodnocení nabídek.

Na základě dosud uvedeného tedy lze uzavřít, že předmětné změny podmínek dané dodatkem č. 1 nemohly podstatně ovlivnit ani okruh potenciálních uchazečů, ani průběh zadávacího řízení a nemohly tedy podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Skutková podstata správního deliktu podle § 102 odst. 1 zákona nebyla naplněna.

„Náhradní řešení“

Zadavatel je podle § 25 odst. 1 zákona povinen zadat nadlimitní i podlimitní veřejnou zakázku (§§ 14 a 15) v zadávacím řízení, pokud tento zákon nestanoví jinak. V zadávacím řízení je zadavatel povinen dodržovat zásady stejného zacházení se všemi zájemci a uchazeči s výjimkami uvedenými v § 87 zákona, zakazu diskriminace a transparentnosti.

Podle § 27 odst. 1 písm. b) zákona jednacím řízením bez uveřejnění může zadavatel použít, jestliže veřejná zakázka může být plněna z technických či uměleckých důvodů nebo z důvodu ochrany práv z průmyslového a jiného duševního vlastnictví pouze určitým dodavatelem. Podle odstavce 2 téhož ustanovení zákona v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel zadat veřejnou zakázku na dodávky rovněž,

a) je-li zboží vyráběno pouze pro účely výzkumu a vývoje; to se nevztahuje na případy, kdy je zboží vyráběno ve větších sériích za účelem dosažení zisku nebo bude-li využito k pokrytí nákladů výzkumu a vývoje, nebo

b) jde-li o dodatečnou dodávku poskytovanou dodavatelem, s nímž byla již uzavřena smlouva, spočívá-li plnění v částečné obnově zboží, rozšíření sjednaného objemu nebo úpravě za předpokladu, že změna dodavatele by vedla k dodání zboží odlišných technických

parametrů, které by měly za následek neslučitelnost s původním zbožím nebo nepřiměřené technické obtíže při provozu a údržbě; doba trvání těchto smluv nesmí přesáhnout dobu 3 let.

Podle § 27 odst. 3 písm. a) zákona v jednacím řízení bez uveřejnění může zadavatel rovněž zadat veřejnou zakázku na stavební práce nebo veřejnou zakázku na služby, jde-li o dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby, které nejsou obsaženy v původní veřejné zakázce a jejichž potřeba vznikla v naléhavém případě, za předpokladu, že

1. zakázka bude zadána témuž dodavateli,
2. dodatečné stavební práce nebo dodatečné služby nemohou být technicky nebo ekonomicky odděleny od původní zakázky, aniž by toto oddělení způsobilo újmu zadavateli, anebo toto oddělení je možné, ale dodatečné práce nebo dodatečné služby jsou nezbytné pro dokončení původní zakázky, a
3. celkový rozsah dodatečných stavebních prací nebo dodatečných služeb nepřekročí 20 % ceny původní zakázky; to neplatí pro zadavatele v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a telekomunikací.

Pro realizaci etapy I. bylo v čl. 2.6 dodatku č. 1 sjednáno, že sdružení KAPSCH v případě neobdržení některého z nutných souhlasů, povolení nebo rozhodnutí, navrhne na nezbytně dlouhou dobu náhradní řešení tak, aby etapa I. mohla být dokončena do 31.12.2006. Jako příklad je v předmětném článku dodatku č. 1 uveden bezdrátový přenos dat z mýtných bran a náhradní energetický zdroj pro zařízení na mýtných branách. Náklady takového náhradního řešení v případě odsouhlasení ponese podle předmětného článku dodatku č. 1 zadavatel.

V článku 4.1 dodatku č. 2 ze dne 15.12.2006 bylo náhradní řešení pro etapu I. nově koncipováno tak, že *„znamená přechodné napájení technologických zařízení na mýtných branách prostřednictvím dieselových agregátů a datové přenosy technologických zařízení na mýtných branách prostřednictvím technologie umožňující bezdrátový přenos dat do doby výstavby pevných elektrických a datových přípojek technologických zařízení na mýtných branách v rozsahu etapy I. Náhradní řešení jsou pořizována, provozována a odstraňována na náklady a odpovědnost dodavatele“*.

Orgán dohledu uvádí, že náhradní řešení sjednané dodatkem č. 1, lépe řečeno odpovídající dodávky, služby nebo stavební práce, jsou plněním, které nebylo sjednáno smlouvou o dodávce ani smlouvou o službách. Takové plnění představuje novou veřejnou zakázku, neboť nebylo obsaženo v původní veřejné zakázce a zadavatel se dodatkem č. 1 zavázal k jeho úhradě (viz § 6 odst. 2 zákona). Na realizaci náhradních řešení přitom zadavatel uzavřel smlouvu se sdružením KAPSCH, aniž by při tom postupoval podle zákona.

Nebylo dále ani prokázáno, že by v šetřeném případě, zejména co se týče v dodatku č. 1 zmíněného bezdrátového přenosu dat z mýtných bran a náhradního energetického zdroje, byly dány podmínky pro použití jednacím řízení bez uveřejnění. Dodávku náhradního energetického zdroje včetně instalace a služby spočívající v bezdrátovém přenosu dat orgán dohledu nepovažuje z technického hlediska za natolik specifické, že by v nich bylo možné spatřovat důvod pro použití ust. § 27 zákona.

Na základě dosud uvedeného orgán dohledu konstatuje, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 25 odst. 1 zákona, neboť při uzavírání dodatku č. 1, jehož

obsahem je také realizace náhradních řešení představujících novou veřejnou zakázku, nepostupoval v některém ze zadávacích řízení.

Podle § 105 odst. 2 zákona právnická osoba za správní delikt neodpovídá, jestliže prokáže, že vynaložila veškeré úsilí, které bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránila. V této souvislosti orgán dohledu uvádí, že zadavatel před tím, než došlo k faktické realizaci předmětu některého z náhradních řešení, uzavřením dodatku č. 2 smluvně přenesl související náklady na sdružení KAPSCH. Taková smluvní úprava realizace náhradních řešení již pozbývá prvek úplatnosti ze strany zadavatele a nemůže tedy být považována za veřejnou zakázku. Zadavatel tedy svým jednáním zvrátil výše popsanou nezákonnost. Jelikož tak zadavatel vynaložil veškeré úsilí, jež bylo možno požadovat, aby porušení povinnosti zabránil, za správní delikt neodpovídá.

Zadavatel uzavřením dodatku č. 1, jehož obsahem je veřejná zakázka na realizaci náhradních řešení, nesplnil povinnost stanovenou v ust. § 25 odst. 1 zákona, za správní delikt však podle § 105 odst. 2 zákona neodpovídá.

Orgán dohledu shrnuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem tím, že uzavřený dodatek č. 1 ke smlouvám obsahuje výše popsané podstatné změny zadávacích podmínek a vybrané nabídky, podle níž byly smlouvy uzavřeny. Postup zadavatele však nemohl mít podstatný vliv na hodnocení nabídek. Vedle toho dodatek č. 1 obsahuje také novou veřejnou zakázku na realizaci „náhradních řešení“, při jejímž zadávání zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, neboť ji nezadal v zadávacím řízení, přičemž jeho postup mohl podstatně ovlivnit hodnocení nabídek. Za správní delikt však podle § 105 odst. 2 zákona neodpovídá, jak orgán dohledu popsal výše.

K návrhům sdružení KAPSCH na provedení důkazů k doplnění podkladů pro rozhodnutí, učiněné dopisem ze dne 26.2.2007, orgán dohledu uvádí následující. Opatřené podklady pro rozhodnutí považuje orgán dohledu za dostatečné pro přesné a úplné zjištění skutečného stavu věci a provedení dalších důkazů nemohlo vést k dalšímu objasnění relevantních skutečností. Jelikož provedení dalšího dokazování nemohlo mít vliv na rozhodnutí orgánu dohledu o zákonnosti postupu zadavatele, nebylo namístě a orgán dohledu jej neprovedl.

K návrhům sdružení KAPSCH uvedeným v dopise ze dne 26.2.2007 dále orgán dohledu považuje za nutné uvést, že tyto nelze považovat za návrhy k provedení důkazů. V předmětných návrzích sdružení KAPSCH jen obecně poukazuje na jím spatřovanou neúplnost podkladů rozhodnutí a žádá orgán dohledu, aby zejména dotazováním na zadavatele zjišťoval další možné důkazy. Vyjma „zápisů ze schůzek technických expertů“ tedy sdružení KAPSCH nenavrhuje žádné konkrétní důkazy, jenž mají být provedeny, zejména konkrétní listiny, neoznačil osoby jenž by měli svědčit a o čem, neuvedl čeho by se znalecký posudek měl týkat. Jelikož orgán dohledu považuje podklady pro rozhodnutí za dostatečné pro zjištění stavu věci, provedení důkazu listinami „zápisy ze schůzek technických expertů“, ani jinými listinami nebo svědeckou výpovědí nepovažoval za účelné. Dále orgán dohledu v této souvislosti uvádí, že neposuzoval otázku, jenž by vyžadovala znalecký posudek. Co se týče svědeckých výpovědí, které by měli ozřejmit vůli zadavatele při akceptaci dodatku č. 1, jak uvedlo sdružení KAPSCH, orgán dohledu uvádí, že motivace zadavatele jednak nebyla v šetřeném případě rozhodující pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele a jednak dále tato motivace vyplývá i z podkladů zajištěných ve správním řízení (mj. i z vyjádření sdružení KAPSCH ze dne 23.1.2007). Jelikož podklady pro rozhodnutí

orgán dohledu nedoplnil a účastníci řízení se s nimi ve lhůtách stanovených podle § 36 odst. 2 správního řádu v návaznosti na § 39 odst. 1 správního řádu seznámili a vyjádřili, nestanovil orgán dohledu účastníkům usnesením nové lhůty.

Orgán dohledu dále poznamenává, ačkoliv tato skutečnost nebyla z hlediska posouzení oprávnění účastníků řízení navrhopat provedení důkazů rozhodující, že lhůta, v níž účastníci řízení mohli navrhopat důkazy byla orgánem dohledu stanovena na 19.1.2007 a sdružení KAPSCH své návrhy orgánu dohledu doručil až poté dne 26.2.2007.

Pro úplnost orgán dohledu uvádí, že podle § 158 odst. 1 a 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, se zadávání veřejných zakázek, veřejné soutěže o návrh, řízení o přezkoumání úkonů zadavatele Úřadem a řízení o uložení sankce zahájené přede dnem nabytí účinnosti tohoto zákona dokončí podle dosavadních právních předpisů. Obdobně se postupuje i v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a v řízení o uložení sankce, která byla zahájena po nabytí účinnosti tohoto zákona a která na zadávání veřejných zakázek nebo veřejnou soutěž o návrh podle odstavce 1 navazují.

Náklady řízení

Pokud jde o uložení úhrady nákladů řízení orgán dohledu konstatuje, že podle § 79 odst. 5 zákona č. 500/2005 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., správní orgán uloží účastníkovi, který řízení vyvolal porušením své právní povinnosti, nahradit náklady řízení paušální částkou. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 520/2005 Sb., o rozsahu hotových výdajů a ušlého výtěžku, které správní orgán hradí jiným osobám, a o výši paušální částky nákladů řízení (dále jen „vyhláška“), stanoví paušální částku nákladů řízení podle § 6 odst. 1 vyhlášky ve výši 1000 Kč. V ustanovení § 6 odst. 2 vyhláška dále upravuje možnost zvýšení paušální částky nákladů řízení ve zvláště složitých případech a případech přibrání znalce.

Vzhledem k tomu, že zadavatel vyvolal správní řízení porušením svých právních povinností (viz výše), rozhodl orgán dohledu o uložení povinnosti uhradit náklady řízení ve výši podle § 6 odst. 1 vyhlášky, jak je uvedeno ve třetí části výroku tohoto rozhodnutí.

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, Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníkovi řízení mohl úřad zaslat jeden stejnopis.

Mgr. Jindřiška Koblihová
místopředsedkyně ÚOHS
pověřená řízením sekce veřejných zakázek

Obdrží:

Česká republika – Ministerstvo dopravy, nábřeží Ludvíka Svobody 12, 110 15 Praha 1

Mgr. Ing. Daniel Zejda, advokát, advokátní kancelář HAVEL & HOLÁSEK v. o. s.,
Týn 1049/3, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce

Toto rozhodnutí nabylo právní moci dne 20.8.2007