



UOHSX005EE9C

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R100/2013/VZ-21034/2013/310/DBa

Brno 30. října 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 26. 3. 2013 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 27. 3. 2013) podaném navrhovatelem –

- společností **ESTATE & INVESTMENT, a.s.**, IČ 28262417, se sídlem Masarykova 31, 602 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 3. 8. 2012 Ing. Karlem Macháčkem, bytem Čejč 295, 696 14 Čejč,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S472/2012/VZ-4044/2013/512/JMa ze dne 5. 3. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **ČD Cargo, a.s.**, IČ 28196678, se sídlem Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7 - Holešovice, učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „**Dodávky špalíků brzdových**“ zadávané dle ustanovení § 29 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v jednacím řízení s uveřejněním, a jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2011 pod ev. č. 60065698, ve znění opravy uveřejněné dne 14. 10. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 185-303178, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 10. 2011,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S472/2012/VZ-4044/2013/512/JMa ze dne 5. 3. 2013

**potvrzují**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

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**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 6. 8. 2012 návrh navrhovatele – společnosti ESTATE & INVESTMENT, a.s., IČ 28262417, se sídlem Masarykova 31, 602 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – ČD Cargo, a.s., IČ 28196678, se sídlem Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7 - Holešovice (dále jen „**zadavatel**“), učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Dodávky špalíků brzdových“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2011 pod ev. č. 60065698, ve znění opravy uveřejněné dne 14. 10. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 27. 9. 2011 pod ev. č. 2011/S 185-303178, ve znění opravy uveřejněné dne 18. 10. 2011.
2. Zadavatel v bodu II.1.5) oznámení o zakázce stanovil, že „*předmětem plnění veřejné zakázky jsou dodávky špalíků brzdových formou konsignačních skladů v období 36 měsíců*“.
3. V bodu III.2.3.) oznámení o zakázce zadavatel uvedl mimo jiné své požadavky na prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 1 písm. a) a odst. 2 zákona, a to „*seznam dodávek předmětu veřejné zakázky realizovaných jednomu odběrateli v ročním objemu nad 40 mil. Kč za poslední tři roky ve formě osvědčení, vydaného objednatelem uvedených dodávek (reference), které bude doplněno potvrzením kvality a typové shody výrobku – Osvědčení o technické způsobilosti dodavatele vydané ČD, a.s. pro špalíky brzdové typ UIC 320 II, UIC 250 II, 250P10, 04P10, 010U a 010, - Osvědčení o jakosti výrobku na brzdové špalíky typů uvedených v Osvědčení o technické způsobilosti dodavatele vydaném ČD a.s. – certifikát systému řízení jakosti, vydaný nezávislou certifikační autoritou podle mezinárodních standardů, př. ISO (originál nebo úředně ověřená kopie)*“.
4. K dotazu ze dne 8. 11. 2011 zaslanému uchazečem EURO-METALL Kft., se sídlem Budapešť, IV., Elem u. 5-7, PSČ 1045, Maďarská republika, identifikační číslo (registrační číslo firmy) Cg.01-09-074716, zapsán v obchodním rejstříku vedeném Ministerstvem spravedlnosti

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

a pořádku pod číslem Cg. 01-09-074716 (dále jen „**EURO-METALL Kft.**“), zadavatel v rámci lhůty pro podání žádostí o účast dopisem č. j. 653/2011-O3 ze dne 9. 11. 2011 sdělil, že pro splnění kvalifikačních předpokladů lze doložit žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku na brzdové špalíky typů uvedených v Osvědčení o technické způsobilosti dodavatele vydaném ČD, a.s. (dále jen „**Osvědčení o jakosti výrobku**“). Je však nutné předložit ověřenou kopii vydaného Osvědčení o jakosti výrobku nejpozději před případným podpisem smlouvy na plnění veřejné zakázky.

5. Z protokolu o otevírání obálek s žádostmi o účast ze dne 15. 11. 2011 vyplývá, že zadavateli byly v předmětném zadávacím řízení doručeny tři žádosti o účast. Komise posoudila jednotlivé žádosti a dospěla k závěru, že uchazeč Chugunoleene-Parvomay JSC, daňový kód BG 115167522, se sídlem Industrial zone, 4270 Parvomay, Bulharská republika, nesplnil požadované kvalifikační předpoklady. Navrhovatel a uchazeč EURO-METALL Kft. tyto požadavky splnili a byli následně dne 29. 5. 2012 vyzváni k podání nabídky ve lhůtě do 10. 7. 2012.
6. Z protokolu o prvním jednání hodnotící komise ze dne 10. 7. 2012 vyplývá, že hodnotící komise nepřistoupila k otevírání obálek s nabídkami, neboť zadavatel dne 9. 7. 2012 obdržel námitky uchazeče EURO-METALL Kft. k předmětné veřejné zakázce. Námitkám uchazeče EURO-METALL Kft. zadavatel nevyhověl rozhodnutím ze dne 16. 7. 2012.
7. Dne 18. 7. 2012 byly zadavateli doručeny námitky navrhovatele proti postupu zadavatele při posouzení kvalifikačních předpokladů. Dne 19. 7. 2012 zadavatel rozhodl o námitkách navrhovatele tak, že jim nevyhověl.
8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Úřad obdržel návrh dne 6. 8. 2012 a tímto dnem bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
9. V návrhu navrhovatel uvádí, že „... společnost EURO-METALL Kft. nedoložila ke dni, kdy měla prokázat splnění kvalifikace (15. 11. 2011), Osvědčení kvality výrobku, a tímto osvědčením stále nedisponuje.“ Navrhovatel dále dodává, že: „V rámci hodnocení kvalifikace se zadavatel spokojil s pouhým doložením podání žádosti o vydání Osvědčení kvality výrobku s tím, že vlastní Osvědčení kvality výrobku má společnost EURO-METALL Kft. doložit až ke dni uzavření rámcové smlouvy.“ Tento postup je dle navrhovatele v rozporu se zákonem. Závěrem svého návrhu navrhovatel požádal Úřad, aby zrušil rozhodnutí zadavatele o tom, že společnost EURO-METALL Kft. splnila kvalifikační kritéria, popřípadě zrušil veškerá následná rozhodnutí zadavatele mající základ v uvedeném rozhodnutí. Současně navrhovatel navrhl, aby Úřad uložil zadavateli předběžné opatření, kterým mu zakáže uzavřít smlouvu v zadávacím řízení až do právní moci rozhodnutí Úřadu ve věci.
10. S ohledem na obsah podaného návrhu ve vztahu k šetřenému případu získal Úřad pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem, a proto rozhodnutím č. j. ÚOHS-S472/2012/VZ-16294/2012/512/Jma ze dne 30. 8. 2012 nařídil předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

## II. Napadené rozhodnutí

11. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 3. 2013 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S472/2012/VZ-4044/2013/512/JMa (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl, že zadavatel nedodržel postup daný ustanovením § 147 odst. 8 zákona v návaznosti na § 6 zákona, neboť nesplnil povinnost uveřejnit úpravy v uveřejněném vyhlášení, týkající se požadavku na prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu předložením „Osvědčení o jakosti výrobku na brzdové špalíky typů uvedených v Osvědčení o technické způsobilosti dodavatele vydaném ČD, a.s.“, a oznámit provedení úpravy do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům s uvedením důvodu, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 118 odst. 1 zákona zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
12. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po odkazu na relevantní ustanovení zákona uvedl, že z předložené dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že zadavatel obdržel dne 8. 11. 2011 žádost společnosti EURO-METALL Kft. o dodatečné informace. Žádost se týkala možnosti nahradit „žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku“, kterou podá uchazeč u zadavatele, Osvědčení o jakosti výrobku. Uvedená žádost byla zaslána e-mailem na adresu kontaktní osoby: Milan.Kuty@cdcargo.cz, jak byla zadavatelem uvedena v oddílu I.1) oznámení o zakázce.
13. K dotazu dodavatele EURO-METALL Kft. zadavatel sdělil, že pro splnění kvalifikačních předpokladů lze doložit žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. Je však nutné předložit ověřenou kopii vydaného Osvědčení o jakosti výrobku nejpozději před případným podpisem smlouvy na plnění veřejné zakázky.
14. Z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že dodatečné informace odeslal zadavatel přípisem na adresu právního zástupce dodavatele EURO-METALL Kft.; uvedené úpravy v uveřejněném vyhlášení však nebyly uveřejněny ve Věstníku veřejných zakázek, ani v Úředním věstníku Evropské unie, a provedení úpravy také nebylo oznámeno do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.
15. Po odkazu na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „**NSS**“) č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008 Úřad uvedl, že v šetřeném případě zadavatel provedl úpravy v zadávací dokumentaci, kterými podstatně zmírnil zadávací podmínky, a to zejména co se týče požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů. Prokázání jejich splnění je v jednacím řízení s uveřejněním předpokladem pro možnost podání nabídek, a tedy i jednou z priorit dodavatele při jeho rozhodování o účasti v zadávacím řízení. Předmětnou změnu však zadavatel nezveřejnil v uveřejněném vyhlášení, ani neoznámil všem známým zájemcům s uvedením důvodu.
16. Zmírnění zadávacích podmínek, resp. požadavků na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů, objektivně znamená rozšíření okruhu potenciálních dodavatelů veřejné zakázky, neboť snižuje úroveň způsobilosti, kterou musí pro účast v zadávacím řízení prokázat. V šetřeném případě do provedených změn zadávacích podmínek spadá i zmírnění zadavatelem požadovaného způsobu prokázání splnění technického kvalifikačního

předpokladu podle § 56 zákona (Osvědčení o jakosti výrobku). Zadavatel původně vymezený požadavek na prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu předložením Osvědčení o jakosti výrobku zmírnil, když připustil, že uzná tento kvalifikační předpoklad za prokázaný, bude-li předložena jen žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku, s tím, že originál či ověřenou kopii vydaného Osvědčení o jakosti výrobku dodavatel předloží nejpozději před případným podpisem smlouvy na plnění veřejné zakázky. Tento požadavek zadavatel vyjádřil až následně v zadávací dokumentaci, v čl. 2.1. „Technické požadavky“, zasílané uchazečům, kteří prokázali splnění kvalifikačních předpokladů, společně s výzvou k podání nabídek ze dne 29. 5. 2012. Zadavatel však neprovedl úpravy v uveřejněném vyhlášení s tím, že byť jen podání žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku je pro prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele dostačující.

17. Dodavatel, který se o účasti v zadávacím řízení rozhodoval pouze na základě informací k veřejné zakázce zveřejněných zadavatelem ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie, tedy neměl možnost předmětnou změnu zadávacích podmínek zvážit a případně reagovat žádostí o účast v jednacím řízení s uveřejněním. Zadavatel tak nezveřejněním provedené úpravy, týkající se prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 zákona, způsobem, kterým mu ukládá zákon, nepřípustným způsobem omezil okruh možných dodavatelů veřejné zakázky, pro které mohla být tato skutečnost rozhodujícím momentem pro podání nabídky.
18. Zadavatel tedy nedodržel postup stanovený v § 147 odst. 8 zákona, neboť úpravy v uveřejněném ohlášení byl povinen uveřejnit podle odst. 1 až 3 téhož ustanovení zákona, při respektování zásad stanovených v § 6 zákona. Tento postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit i výběr nejvhodnější nabídky, neboť zmírnění požadavků na prokázání splnění kvalifikačních předpokladů objektivně rozšiřuje možný okruh potencionálních dodavatelů, schopných prokázat požadovanou kvalifikaci a tedy i podat v zadávacím řízení nabídku, přičemž nelze vyloučit skutečnost, že pokud by zadavatel postupoval v souladu se zákonem, a výslovně uvedl možnost prokázání předmětného kvalifikačního předpokladu rovněž prostřednictvím žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku, podali by žádost o účast v jednacím řízení s uveřejněním i další zájemci, kteří mohli následně po prokázání splnění kvalifikace podat nabídky s výhodnějšími podmínkami pro zadavatele.
19. Vycházeje z posouzení skutečností uvedených výše v odůvodnění Úřad konstatoval, že zadavatel v zadávacím řízení pochybil již při uveřejňování oznámení o zahájení zadávacího řízení, resp. při jeho úpravách, přičemž zjištěné skutečnosti mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Uvedenou situaci, vzhledem k tomu, že nabídky již byly podány, proto není možné napravit jiným způsobem, než uložením nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona spočívajícím ve zrušení předmětného zadávacího řízení.

### III. Námitky rozkladu

20. Proti napadenému rozhodnutí obdržel Úřad v zákonné lhůtě dne 27. 3. 2013 rozklad navrhovatele. Navrhovatel v rozkladu nejprve rekapituluje průběh zadávacího řízení a svůj návrh na přezkoumání úkonů zadavatele. Následně navrhovatel shrnul závěry napadeného rozhodnutí.

21. Dle navrhovatele je nesprávný výklad, že zadavatel v rámci zadávacího řízení změnil technické požadavky kvalifikace. Oznámení zadavatele ze dne 9. 11. 2011 zaslané uchazeči EURO-METALL Kft. nelze dle navrhovatele považovat za změnu technických požadavků kvalifikace. Zadavatel totiž zasláním dopisu uchazeči EURO-METALL Kft. nesplnil žádnou ze zákonem či judikaturou požadovaných náležitostí pro změnu kvalifikačních požadavků. Těmito požadavky jsou (i) úprava v uveřejněném oznámení, (ii) oznámení všem známým zájemcům s uvedením důvodu a (iii) oznámení změny v dostatečném časovém předstihu před termínem prokázání kvalifikace. Dopis tedy neměl dle navrhovatele pro zadávací řízení žádné právní důsledky a nelze k němu přihlížet.
22. Dle navrhovatele mohl zadavatel postupovat správně jedině tak, že kvalifikační požadavky uchazeče EURO-METALL Kft. měl považovat za nesplněné a tohoto uchazeče vyřadit. Tento názor je dle navrhovatele podpořen i stávající judikaturou (rozsudek NSS č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008).
23. Úřad tak dle navrhovatele nepostupoval správně, když celé zadávací řízení zrušil. Takový postup nerespektuje práva navrhovatele, který postupoval v souladu s jedinými kvalifikačními podmínkami, které v daný okamžik existovaly a byly známy, tyto také splnil a vzniklo mu právo na podání nabídky v zadávacím řízení. Zrušení zadávacího řízení je dle navrhovatele v rozporu s § 2 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), podle kterého správní orgán šetří práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká a zasahuje do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Zrušení zadávacího řízení tak zasahuje do práva navrhovatele podat nabídku a do jeho oprávněného zájmu na plnění veřejné zakázky a je tak nepřiměřeným zásahem do těchto práv navrhovatele.
24. S odkazem na vše výše uvedené navrhovatel požaduje, aby bylo napadené rozhodnutí předsedou Úřadu změněno tak, že se v plném rozsahu vyhová návrhu, nebo případně zrušeno a vráceno zpět k rozhodnutí v prvním stupni.

#### **Doplnění rozkladu ze dne 29. 4. 2013**

25. Dne 2. 5. 2013 obdržel Úřad doplnění odůvodnění rozkladu ze dne 29. 4. 2013. Navrhovatel dále uvádí, že skutečnost, že zadavatel nezměnil a nemohl změnit kvalifikační předpoklad, vyplývá jak z vyjádření zadavatele citovaného v odst. 22 napadeného rozhodnutí, tak i z odůvodnění napadeného rozhodnutí v odstavci 45.
26. Zadavatel v rámci jeho odpovědi na dotaz ze dne 9. 11. 2011 vůbec netvrdil, že by kvalifikační předpoklad měnil. Zadavatel pouze uvedl, že bude ochoten akceptovat k prokázání stanoveného kvalifikačního předpokladu žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. Toto zadavatel uvedl také ve svém stanovisku k návrhu ze dne 21. 8. 2012, jak bylo citováno v odstavci 22 napadeného rozhodnutí.
27. S tímto závěrem se ztotožnil i Úřad, když v odstavci 45 napadeného rozhodnutí uvedl, že zadavatel pouze zmírnil svůj požadavek a to tak, že připustil, že uzná tento kvalifikační předpoklad za prokázaný, bude-li předložena jen žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. Zadavatel tedy dle navrhovatele nikdy nezměnil předmětný kvalifikační předpoklad, ale pouze uvedl, že připustí k prokázání splnění již jednou stanoveného (a nezměněného)

kvalifikačního předpokladu předložení pouhé žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. Závěry Úřadu tak dle navrhovatele nejen, že nemají oporu v úkonech zadavatele a v provedeném dokazování, ale ani v závěrech Úřadu uvedených v napadeném rozhodnutí.

28. Navrhovatel dále opětovně uvádí, že zrušením zadávacího řízení došlo k zásahu do práv navrhovatele nabytých v dobré víře a do jeho oprávněných zájmů, což je v rozporu s § 2 odst. 3 správního řádu. K tomu navrhovatel odkazuje na rozsudek NSS č. j. 1 As 107/2012-139 ze dne 12. 9. 2012, dle kterého stavební úřad již nemůže v rámci stavebního řízení posuzovat soulad záměru stavby s územně plánovací dokumentací, neboť toto již bylo posouzeno v rámci územního řízení a soukromý subjekt tak byl v dobré víře, že záměr může být z tohoto hlediska realizován. K posuzování souladu záměru výstavby s územně plánovací dokumentací přitom nesmí stavební úřad přistoupit ani tehdy, když v časovém období mezi vydáním územního rozhodnutí a zahájením stavebního řízení dojde ke změně územně plánovací dokumentace, a záměr výstavby je proto ještě před jeho realizací v rozporu s platnou územně plánovací dokumentací. NSS v předmětném rozsudku došel k závěru, že je nutné ve smyslu § 2 odst. 3 chránit práva osob nabytá v dobré víře, a také, že nelze upřednostňovat veřejný zájem nad zájmem soukromým. V případě nyní řešeném je dle navrhovatele situace obdobná, neboť navrhovatel splnil kvalifikační předpoklady, a jeho právo spočívající v možnosti plnit veřejnou zakázku, které v dobré víře nabyt, mu nemůže být z uvedených důvodů odepřeno z důvodu extenzivního zásahu veřejné moci, kterým bude celé zadávací řízení zrušeno, ačkoli to nebylo nezbytně nutné.
29. Navrhovatel je dále přesvědčen, že Úřad přikládá pouhému dopisu zaměstnance zadavatele takovou váhu, dle které by uvedený zaměstnanec svým pouhým dopisem zakládal, měnil nebo rušil práva a povinnosti zadavatele v zadávacích řízeních. Nadto v případě, kdy ani zadavatel a ani uvedený zaměstnanec neměl v úmyslu údajnou změnu kvalifikačního předpokladu provést.

#### **Doplnění rozkladu ze dne 5. 9. 2013**

30. Dne 10. 9. 2013 obdržel Úřad doplnění odůvodnění rozkladu ze dne 5. 9. 2013. Navrhovatel dále uvádí, že se Úřad vůbec nezabýval otázkou, zda osoba podepisující dopis ze dne 9. 11. 2011 a jednající tak za zadavatele byla oprávněna učinit právní úkon, jehož váhu Úřad tomuto dopisu přikládá, tedy změnit kvalifikační podmínky veřejné zakázky.
31. Navrhovatel je přesvědčen, že Ing. Radek Cestr, vystupující jako ředitel odboru investic a majetkových účastí zadavatele, který podepsal dopis ze dne 9. 11. 2011, nebyl oprávněn učinit za zadavatele právní úkon spočívající ve změně kvalifikačních podmínek veřejné zakázky. Tato osoba nebyla členem statutárního orgánu zadavatele, ani nebyla v žádné části kvalifikační či zadávací dokumentace uvedena jako osoba oprávněná jednat za zadavatele ve věcech veřejné zakázky.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

32. Dne 16. 4. 2013 Úřad obdržel vyjádření zadavatele, který uvádí, že přijal rozhodnutí Úřadu zrušit zadávací řízení, a to především z toho důvodu, že prodleva od zahájení zadávacího řízení je značná, potřeba brzdových špalíků pro zajištění provozních činností zadavatele je naprosto nezbytná a proto musel vzniklou situaci již řešit náhradními způsoby.

33. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 správního řádu, a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

34. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
35. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S472/2012/VZ-4044/2013/512/JMa ze dne 5. 3. 2013 rozhodl tak, jak je výše uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se plně ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, na základě kterých jsem rozhodl potvrdit rozkladem napadené rozhodnutí a navrhovatelem podaný rozklad zamítnout.

#### **V. K námitkám rozkladu**

36. Navrhovatel v rozkladu namítá, že oznámení zadavatele ze dne 9. 11. 2011 zasláné uchazeči EURO-METALL Kft. nelze považovat za změnu technických kvalifikačních předpokladů. K tomuto uvádím, že dodavatel EURO-METALL Kft. (resp. jeho právní zástupce) v souladu s oznámením o zakázce, kde je uvedena jako kontaktní osoba zadavatele Bc. Milan Kutý a kontaktní e-mail Milan.Kuty@cdcargo.cz, odeslal dne 8. 11. 2011 zadavateli na předmětnou emailovou adresu dotaz k zadávacím podmínkám veřejné zakázky týkající se možnosti nahrazení Osvědčení o jakosti výrobku žádostí o vydání tohoto osvědčení. Jednalo se tedy o žádost o dodatečné informace k zadávacím podmínkám podle § 49 zákona, ačkoli toto není v předmětném emailu dodavatele EURO-METALL Kft. výslovně uvedeno. Na tuto žádost o dodatečné informace odpověděl zadavatel přípisem ze dne 9. 11. 2011 následovně: *„Pro splnění kvalifikačních předpokladů lze doložit „Žádost o vydání osvědčení o jakosti výrobku“ s doložením kompletní žádosti včetně všech příloh. Je však nutné doložit ověřenou kopii vydaného „Osvědčení o jakosti výrobku“ nejpozději před případným podpisem smlouvy.“* Z textu odpovědi zadavatele je tak zřejmé, že odpovědí zadavatele na předmětný dotaz dodavatele EURO-METALL Kft. fakticky došlo ke změně (zmírnění) zadávacích podmínek uvedených v oznámení o zakázce. V oznámení o zakázce totiž bylo uvedeno, že k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požaduje zadavatel předložit mimo jiné *„Osvědčení o jakosti výrobku na brzdové špalíky typů uvedených v Osvědčení o technické způsobilosti dodavatele vydaného ČD a.s.“* Tím, že zadavatel připustil ke splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu předložení pouhé žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku tak došlo k podstatnému zmírnění požadavku na prokázání splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu. Dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám ze dne 9. 11. 2011 tak zadavatel fakticky změnil (zmírnil) zadávací podmínky.
37. K argumentaci navrhovatele, že zadavatel zasláním dopisu uchazeči EURO-METALL Kft. nesplnil žádnou z požadovaných náležitostí pro změnu kvalifikačních požadavků, a to (i) úprava v uveřejněném oznámení, (ii) oznámení všem známým zájemcům s uvedením důvodu



a (iii) oznámení změny v dostatečném časovém předstihu před termínem prokázání kvalifikace, uvádím, že právě v nesplnění zákonem v § 147 odst. 8 stanovených požadavků (povinnost uveřejnit úpravy v uveřejněném vyhlášení a oznámit provedení úpravy do 5 dnů ode dne jejího odeslání k uveřejnění všem známým zájemcům s uvedením důvodu) je spatřováno porušení zákona zadavatelem (viz výrok I. napadeného rozhodnutí). Zadavatel totiž fakticky dodatečnými informacemi k zadávacím podmínkám ze dne 9. 11. 2011 změnil požadavky uvedené v oznámení o zakázce, když připustil k prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu předložení pouhé žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. Tato změna/zmírnění požadavku na prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu však nebyla uveřejněna ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie, což mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

38. S ohledem na uvedené tak nelze souhlasit s tvrzením navrhovatele, že dopis ze dne 9. 11. 2011 zasláný dodavateli EURO-METALL Kft. neměl pro zadávací řízení žádné právní důsledky a nelze k němu přihlížet. Předmětný dopis měl povahu dodatečných informací k zadávacím podmínkám podle § 49 zákona, neboť tímto dopisem zadavatel odpověděl na žádost dodavatele EURO-METALL Kft. o dodatečné informace ze dne 8. 11. 2011. Tato žádost o dodatečné informace přitom byla zadavateli odeslána zcela v souladu s § 49 odst. 1 zákona a informacemi uvedenými v oznámení o zakázce (žádost byla odeslána na v oznámení o zakázce uvedenou emailovou adresu kontaktní osoby zadavatele).
39. K odkazu navrhovatele na rozsudek NSS č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008 uvádím, že s navrhovatelem citovanou větou z tohoto rozsudku („*Postup, kdy by zadavatel stanovil dodatečná kritéria nebo kvalifikační předpoklady účasti ve veřejné zakázce těsně před odevzdáním případně až po odevzdání nabídky, je obecně považován za nedovolený (např. rozsudek Universale-Bau Ag, C-470/99, 2000, I-11617, rozsudek ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc, C-331/04, 2005 I-10109).*“) jsem se ztotožnil. Tato věta je však jednak vytržena z kontextu celého předmětného rozsudku a navíc z ní v žádném případě nevyplývá, že v šetřeném případě měl zadavatel vyloučit uchazeče EURO-METALL Kft., jak tvrdí navrhovatel. Na jiném místě v tomto rozsudku přitom NSS uvedl, že „*vycházeje z judikatury ESD, dospěl k závěru o přípustnosti možné změny v zadávací dokumentaci, tedy takové změny, která by nebyla pouhým upřesněním, tak jak má na mysli ustanovení § 52 zákona. Tuto změnu je však nutné uskutečnit takovým způsobem, který by byl v souladu se zásadami, na kterých zadávací řízení stojí. Má-li zadavatel dostát zásadě nediskriminace účastníků, je povinen při změně zadávací dokumentace buď vyhlásit řízení nové nebo oznámit změnu zadávací dokumentace takovým způsobem, aby nebyli diskriminováni žádní potenciální dodavatelé, tedy oznámit změnu zadávací dokumentace (tedy celé veřejné zakázky) stejnou formou, jakou ji sám vyhlásil, a to za dodržení stejných podmínek, zejména zákonem stanovených lhůt.*“
40. Navrhovatel dále v rozkladu uvádí, že zrušení zadávacího řízení Úřadem je v rozporu s § 2 odst. 3 správního řádu, neboť zasahuje do práva navrhovatele podat nabídku a do jeho oprávněného zájmu na plnění veřejné zakázky a je tak nepřiměřeným zásahem do těchto práv navrhovatele. K tomuto uvádím, že s ohledem na zjištěné porušení zákona (viz výše) nebylo možné dosáhnout nápravy jiným způsobem, než zrušením zadávacího řízení. Nesprávným postupem zadavatele totiž došlo k omezení okruhu možných dodavatelů již ve fázi před podáním žádostí o účast. Nelze totiž vyloučit, že existují dodavatelé, kteří žádost

o účast nepodali, neboť nedisponují Osvědčením o jakosti výrobku, avšak pokud by věděli o tom, že zadavateli postačuje žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku, žádost o účast v předmětném zadávacím řízení by podali. S ohledem na to, že již byly podány žádosti o účast (a dokonce i nabídky) tak již není možné pochybení zadavatele napravit jiným způsobem než zrušením předmětného zadávacího řízení. Úřad tedy postupoval zcela v souladu s § 2 odst. 3 správního řádu, když uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení předmětného zadávacího řízení v souladu s § 118 odst. 1 zákona.

41. Nad to považuji k tvrzenému „právu navrhovatele podat nabídku a jeho oprávněnému zájmu na plnění veřejné zakázky“ za nutné odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 52/2010-89 ze dne 10. 11. 2011 a na rozsudek NSS č. j. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008. Dle těchto rozsudků *„uchazeč v zadávacím řízení nemá žádné subjektivní veřejné právo na to, aby se stal vítězným uchazečem, kterému bude veřejná zakázka přidělena, ani žádné veřejné subjektivní právo na to, aby s ním byla uzavřena smlouva. Jediným garantovaným právem je právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení při respektování jednotlivých pravidel vyplývajících ze ZVZ a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele, ovšem za podmínek stanovených v ZVZ.“* Nelze tedy souhlasit s tvrzením navrhovatele, že mu vzniklo „právo na podání nabídky“ či „oprávněný zájem na plnění veřejné zakázky“.
42. V doplnění rozkladu ze dne 29. 4. 2013 navrhovatel dále uvádí, že skutečnost, že zadavatel nezměnil a nemohl změnit kvalifikační předpoklad, vyplývá jak z vyjádření zadavatele citovaného v odst. 22 napadeného rozhodnutí, tak i z odůvodnění napadeného rozhodnutí v odstavci 45. Zadavatel tedy dle navrhovatele nikdy nezměnil předmětný kvalifikační předpoklad, ale pouze uvedl, že připustí k prokázání splnění stanoveného kvalifikačního předpokladu předložení pouhé žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. K tomuto uvádím, že tím, že zadavatel připustil ke splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu předložení pouhé žádosti o vydání Osvědčení o jakosti výrobku, došlo ke zmírnění požadavku na prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu oproti tomu, jak byl tento požadavek vymezen v uveřejněném oznámení o zakázce. Došlo tedy k jednoznačné změně požadavku na prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu (resp. ke změně způsobu prokázání splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu – viz § 56 odst. 7 písm. b) zákona).
43. Co se týče opětovného tvrzení navrhovatele v doplnění rozkladu ze dne 29. 4. 2013 ohledně zásahu do jeho práv a oprávněných zájmů, odkazují na již výše uvedené v odstavcích 40 až 41. K navrhovatelem citovanému rozsudku NSS č. j. 1 As 107/2012-139 ze dne 12. 9. 2012 uvádím, že tento rozsudek se týká zcela odlišné právní úpravy (územní plánování a stavební řízení) a tedy i zcela odlišné situace. K právní úpravě veřejných zakázek se NSS vyjádřil ve výše uvedeném rozsudku č. j. 5 As 50/2006-137 ze dne 29. 4. 2008 v tom smyslu, že uchazeč v zadávacím řízení nemá právo na to, aby se stal vítězným uchazečem, kterému bude veřejná zakázka přidělena, ani právo na to, aby s ním byla uzavřena smlouva (viz odstavec 41 tohoto rozhodnutí). Nelze tedy v žádném případě tvrdit, že navrhovatel nabyl právo spočívající v možnosti plnit veřejnou zakázku.
44. V doplnění rozkladu ze dne 29. 4. 2013 navrhovatel dále uvádí, že Úřad přikládá pouhému dopisu zaměstnance zadavatele takovou váhu, dle které by uvedený zaměstnanec svým pouhým dopisem zakládal, měnil nebo rušil práva a povinnosti zadavatele v zadávacích

řízení. Nadto v případě, kdy ani zadavatel a ani uvedený zaměstnanec neměl v úmyslu údajnou změnu kvalifikačního předpokladu provést. Co se týče tvrzení, že Úřad přikládá pouhému dopisu zaměstnance zadavatele takovou váhu, dle které by uvedený zaměstnanec svým pouhým dopisem zakládal, měnil nebo rušil práva a povinnosti zadavatele v zadávacích řízeních, budu se touto otázkou zabývat dále v tomto rozhodnutí v souvislosti s vypořádáním námitek uvedených v doplnění rozkladu ze dne 5. 9. 2013. K námitce navrhovatele, že zadavatel neměl v úmyslu provést změnu předmětného kvalifikačního předpokladu, uvádím, že zadavatel jednoznačně měl v úmyslu zmírnit požadavek na prokázání předmětného technického kvalifikačního předpokladu, čímž změnil způsob prokázání splnění předmětného technického kvalifikačního předpokladu. Toto jednoznačně vyplývá jednak ze zadávací dokumentace, která byla předložena uchazečům vyzvaným k podání nabídky, kde zadavatel v čl. 2.1 uvedl, že *„při podpisu rámcové kupní smlouvy požaduje zadavatel po vítězi předložení platného „Osvědčení o jakosti výrobku“ vydaného O12 ČD, a.s.“*, přičemž k podání nabídky zadavatel vyzval i uchazeče, který v rámci prokázání splnění kvalifikace předložil pouze žádost o vydání Osvědčení o jakosti výrobku. Dále toto vyplývá z vyjádření zadavatele ve správním řízení, kde ve vyjádření k návrhu ze dne 17. 8. 2012 (doručeném Úřadu dne 21. 8. 2012) zadavatel uvedl, že *„před posuzováním splnění kvalifikačních předpokladů k VZ obdržel od potencionálního uchazeče o VZ společnosti EURO-METALL Kft. písemný dotaz zda bude postačovat pro splnění kvalifikace doložení podání žádosti o vystavení „Osvědčení o jakosti výrobku“ podané u oprávněné osoby, tj. u ČD, a.s. odbor kolejových vozidel (odbor O12). Z důvodu předpokladu možného splnění všech podmínek pro udělení „Osvědčení o jakosti výrobku“ této společnosti a malého počtu možných účastníků soutěže se zadavatel rozhodl, že bude ochoten tuto žádost pro splnění kvalifikačních předpokladů akceptovat avšak nejpozději před podpisem případného smluvního vztahu musí společnost EURO-METALL Kft. platné „Osvědčení o jakosti výrobku“ předložit.“* Obdobně se pak zadavatel vyjádřil i ve svém vyjádření k rozkladu ze dne 15. 4. 2013 (doručeném Úřadu dne 16. 4. 2013).

45. V doplnění rozkladu ze dne 5. 9. 2013 navrhovatel dále namítá, že Ing. Radek Cestr, vystupující jako ředitel odboru investic a majetkových účastí zadavatele, který podepsal dopis ze dne 9. 11. 2011, nebyl oprávněn učinit za zadavatele právní úkon spočívající ve změně kvalifikačních podmínek veřejné zakázky. K tomuto uvádím, že v oznámení o zakázce byl jako kontaktní osoba zadavatele uveden Bc. Milan Kutý a jako kontaktní e-mail Milan.Kuty@cdcargo.cz. Dále bylo v oznámení o zakázce uvedeno, že další informace lze získat na výše uvedených kontaktních místech. Z uvedeného je zřejmé, že se dodavatelé měli se žádostmi o dodatečné informace podle § 49 odst. 1 zákona obracet na Bc. Milana Kutého, a to buď na kontaktní místo (v oznámení o zakázce bylo jako kontaktní místo uvedena adresa zadavatele, tj. Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7 - Holešovice), nebo na předmětný email. Dodavatel EURO-METALL Kft. (resp. jeho právní zástupce) tak postupoval zcela v souladu se zákonem a s oznámením o zakázce, když svou žádost o dodatečné informace zaslal na předmětnou emailovou adresu Milan.Kuty@cdcargo.cz. Z této emailové adresy bylo rovněž dodavateli odpovězeno Bc. Milanem Kutým, přičemž přílohou této emailové zprávy byla odpověď na dotaz dodavatele EURO-METALL Kft. podepsaná Ing. Radkem Cestrem, ředitelem odboru investic a majetkových účastí (viz položka č. 17 správního spisu). V této odpovědi na dotaz podepsané Ing. Radkem Cestrem je dále v kolonce „Vyřizuje“ uveden Bc. Milan Kutý a v kolonce „e-mail“ je uvedena emailová adresa Milan.Kuty@cdcargo.cz.

Z uvedeného je tedy zřejmé, že s ohledem na § 15 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**obchodní zákoník**“), byla dodatečná informace k zadávacím podmínkám ze dne 9. 11. 2011 odeslána jménem zadavatele.

46. Nad to musím konstatovat, že zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 17. 8. 2012 v podstatě potvrdil, že předmětná dodatečná informace k zadávacím podmínkám ze dne 9. 11. 2011 byla zaslána dodavateli EURO-METALL Kft. jeho jménem. Zadavatel přitom nikdy v průběhu správního řízení netvrdil, že by předmětná dodatečná informace k zadávacím podmínkám nebyla zaslána jeho jménem.

#### **VI. Závěr**

47. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
48. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je uvedeno ve výroku.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží**

1. Ing. Karel Macháček, Čejč 295, 696 14 Čejč
2. ČD Cargo, a.s., Jankovcova 1569/2c, 170 00 Praha 7 - Holešovice

#### **Vypraveno dne**

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