UOHSX008ZJRV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0074/2015/VZ-45170/2016/523/ASo Brno: 8. listopadu 2016

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 5. 2. 2015 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – město Napajedla, IČO 00284220, se sídlem Masarykovo náměstí 89, 763 61 Napajedla,

ve věci možného spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, při zadávání veřejné zakázky »„Cyklostezka podél Baťova kanálu – 7b. Stavba – Napajedla – 1. část“ a „Napajedla – oprava ulice Podluží“« ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídky ze dne 17. 12. 2013, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 18. 12. 2013,

rozhodl takto:

Správní řízení se podle § 117a písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – město Napajedla, IČO 00284220, se sídlem Masarykovo náměstí 89, 763 61 Napajedla (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“), dne 17. 12. 2013 odesláním písemné výzvy

k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace z téhož dne, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 18. 12. 2013, veřejnou zakázku »„Cyklostezka podél Baťova kanálu – 7b. Stavba – Napajedla – 1. část“ a „Napajedla – oprava ulice Podluží“« (dále jen „veřejná zakázka“). Výzva k podání nabídky a k prokázání splnění kvalifikace, včetně textové části zadávací dokumentace, byla uveřejněna na profilu zadavatele dostupném z https://www.kdv.cz/pza_zakazka.php?ic=00284220&id=641 (dále jen „profil zadavatele“).

2. Zadavatel stručně specifikoval předmět veřejné zakázky na profilu zadavatele následovně: *„Vybudování nové cyklostezky, součástí bude dřevěná lávka, dopravní značení, terénní a navazující úpravy, oprava účelové komunikace Pod Zahrádkami. Oprava ulice Podluží - oprava komunikace pro pěší, oprava veřejného osvětlení a oprava vozidlové komunikace vč. odvodnění*“. Konkrétněji pak zadavatel předmět veřejné zakázky vymezil v čl. 16 zadávací dokumentace, kde uvedl, že část veřejné zakázky *„Cyklostezka podél Baťova kanálu – 7b. Stavba – Napajedla – 1.část je dle projektu členěna na SO:*

SO 101	*Stezka pro pěší a cyklisty*
SO 201	*Dřevěná lávka*
SO 801	*Terénní a navazující úpravy*
SO 802	*Dopravní značení*
SO	*Oprava účelové komunikace v ulici Pod Zahrádkami*“.

Část stavby *„Napajedla – oprava ulice Podluží je dle projektu členěná na SO:*

SO 101	*Komunikace pro pěší*
SO 102	*Komunikace vozidlová*
SO 401	*Veřejné osvětlení*“.

V čl. 16 zadávací dokumentace pak zadavatel dále uvedl, že *„podrobný rozsah předmětu veřejné zakázky – stavebních prací je uveden v projektu*“.

3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 6 800 000,- Kč bez DPH. Lhůta pro podání nabídek končila dne 24. 1. 2014. Při výkonu práv a povinností podle zákona souvisejících se zadávacím řízením se zadavatel v souladu s § 151 odst. 1 zákona nechal zastoupit společností MCI SERVIS s.r.o., IČO 27718158, se sídlem Pod Vodojemem 2607, 760 01 Zlín.

4. Zadavatel poskytl dne 20. 1. 2014 dodatečné informace k zadávacím podmínkám č. 2, v nichž reaguje na dotazy dodavatelů. Dotaz č. 5 se týká položky *„SO 201 – Dřevěná lávka: Ve výkazu výměr je uvedena pol.č. 12014 – Kácení stromů o průměru kmene do 0,5 m. Při prohlídce na místě stavby bylo zjištěno, že se jedná o vzrostlé topoly o průměru 1m. Velikost a průměr kácených stromů má zásadní vliv na cenovou nabídku, žádáme proto o změnu průměru kácených stromů ve výkazu výměr*“. Zadavatel ve své odpovědi uvedl, že *„poskytuje všem zájemcům upravený výkaz výměr SO 201 (pol.č. 12014 → pol.č. 112034). Všichni uchazeči jsou povinni pro nacenění použít opravený výkaz výměr „VÝKAZ VÝMĚR Z1“*.

5. Z oznámení o zadání zakázky, jež bylo zadavatelem odesláno k uveřejnění dne 26. 3. 2014 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 3. 2014 pod ev. č. 484332, vyplývá, že zakázka byla vybranému uchazeči – STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „vybraný uchazeč“) – zadána dne 25. 3. 2014, kdy došlo k uzavření smluv na veřejnou zakázku mezi zadavatelem a vybraným uchazečem.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), který je podle § 112 zákona příslušný k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, obdržel podnět k přezkoumání postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.

7. Na základě skutečností obsažených v podnětu si Úřad od zadavatele vyžádal stanovisko k obsahu podnětu a dokumentaci pořízenou v souvislosti s předmětnou veřejnou zakázkou.

8. Dne 21. 10. 2014 obdržel Úřad v rámci šetření podnětu stanovisko zadavatele ze dne 17. 10. 2014, ve kterém zadavatel uvedl, že předmětná úprava se týkala pouze jediné položky ve výkazu výměr SO 201 Dřevěná lávka, kdy zadavatel pouze upřesnil popis položky – průměru kácených stromů z 50 cm na 90 cm, přičemž počty kácených stromů se nezměnily. Zadavatel uvedl, že „*upřesnění průměru kácených stromů při zachování jejich počtu představovalo marginální záležitost odpovídající rámci hodin, kdy by prodloužení lhůty pro podání nabídek v řádu dní nebylo adekvátní a z pohledu plánovaného termínu realizace stavby hospodárné*“.

9. Vzhledem k tomu, že z předložených materiálů získal Úřad pochybnosti, zda v návaznosti na provedenou úpravu zadávacích podmínek učiněnou poskytnutím dodatečných informací č. 2 ze dne 20. 1. 2014 nebyl zadavatel současně povinen přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek v souladu s ust. § 40 odst. 3 zákona, a zda se zadavatel nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, zahájil správní řízení z moci úřední.

III. DOSAVADNÍ PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

10. Účastníkem správního řízení podle § 116 zákona je zadavatel.

11. Zahájení správního řízení oznámil Úřad zadavateli dopisem č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-3621/2015/523/ASo ze dne 5. 2. 2015. Oznámení o zahájení správního řízení bylo zadavateli doručeno téhož dne, čímž bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení z moci úřední.

12. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-3623/2015/523/ASo ze dne 5. 2. 2015 stanovil lhůtu, v níž mohl navrhovat důkazy či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko v řízení. Stanovisko zadavatele ze dne 16. 2. 2015 bylo Úřadu doručeno dne 20. 2. 2015.

13. Úřad zadavateli usnesením č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-5288/2015/523/ASo ze dne 24. 2. 2015 stanovil lhůtu, v níž se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později v řízení dále nevyjádřil.

Vyjádření zadavatele ze dne 16. 2. 2015

14. Zadavatel ve svém vyjádření odkazuje na své dřívější stanovisko zaslané Úřadu v rámci šetření podnětu (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel opětovně uvádí, že změnou průměru kácených stromů došlo pouze k upřesnění popisu položky ve výkazu výměr.

15. Zadavatel dále sděluje, že dodatečné informace č. 2 ze dne 20. 2. 2014 odeslal všem vyzvaným zájemcům o veřejnou zakázku i tazateli prostřednictvím poskytovatele poštovních služeb a zároveň i elektronickou poštou a dále dodatečné informace uveřejnil na profilu zadavatele.

16. Zadavatel zmiňuje, že kácení stromů je volnou živností, k jejímuž povolení není nutno prokazovat vzdělání ani praxi, a není tedy určena pro specializovaný okruh dodavatelů s tím, že *„otázka průměru stromu je obvykle pouze záležitostí ocenění poskytnuté služby, nikoli změny okruhu dodavatelů, kteří by tento obor činnosti poskytovali*“. Zadavatel se domnívá, že úprava položky ve výkazu výměr nemohla mít zejména z časového hlediska vliv na zpracování nabídek dodavateli, nebylo nutno prodlužovat termín pro podání nabídek, a proto navrhuje, aby Úřad správní řízení zastavil.

Prvostupňové rozhodnutí a rozhodnutí předsedy Úřadu o rozkladu

17. Dne 24. 3. 2015 vydal Úřad rozhodnutí ve věci č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-7636/2015/523/ASo z téhož dne (dále jen „prvostupňové rozhodnutí“), kterým Úřad ve výroku I. konstatoval, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky dopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona tím, že nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 zákona, když provedl prostřednictvím dodatečných informací č. 2 ze dne 20. 1. 2014 úpravu zadávacích podmínek, neboť ve výkazu výměr byla změněna položka upravující průměr kmene stromů určených ke kácení, a současně přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a zadavatel uzavřel dne 25. 3. 2014 s vybraným uchazečem smlouvy na veřejnou zakázku. Výrokem II. Úřad rozhodl, že zadavateli se za spáchání správního deliktu uvedeného ve výroku I. ukládá pokuta ve výši 40 000,- Kč.

18. Zadavatel podal proti prvostupňovému rozhodnutí rozklad.

19. Dne 2. 9. 2016 vydal předseda Úřadu rozhodnutí č. j. ÚOHS-R99/2015/VZ-36558/2016/321/TNo z téhož dne, kterým bylo prvostupňové rozhodnutí zrušeno, a věc byla vrácena Úřadu k novému projednání.

20. Předseda Úřadu v odůvodnění rozhodnutí o rozkladu uvedl, že Úřad nerozhodl správně a zákonně, neboť napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů, a proto napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

21. V odůvodnění rozhodnutí předseda Úřadu mimo jiné konstatoval, že Úřad byl v souvislosti s provedenou změnou požadavku na kácení stromů povinen posoudit, zda jde o úpravu zadávacích podmínek, nebo jen o jejich vysvětlení a tato svá zjištění řádně odůvodnit s tím, že Úřad sice konstatoval, že se nelze ztotožnit s názorem zadavatele na charakter změny průměru kácených stromů, nicméně nelze zjistit, proč Úřad zaujal takové stanovisko. Pokud tedy zadavatel namítal, že otázka průměru stromu je pouze záležitostí ocenění poskytnuté služby, byl Úřad povinen uvést důvody, které ho vedly k odmítnutí této námitky, a nikoli ji bez dalšího zamítnout. Úřad v prvostupňovém rozhodnutí uvedl, že z vyjádření zadavatele vyplývá, že *„zadavatel si je plně vědom, že uchazeči o veřejnou zakázku budou muset ve smyslu výše uvedeného provést alespoň nějakou změnu ve svých nabídkách*“, přičemž z tohoto tvrzení nijak nevyplývá, že by bylo třeba dodatečné informace č. 2 chápat

jako úpravu zadávacích podmínek, neboť samotný fakt, že je třeba provést změnu v nabídkách uchazečů, ještě nutně neznamená, že došlo k úpravě zadávacích podmínek, jelikož se mohlo jednat o pouhé upřesnění, které svou povahou nevyžaduje prodloužení lhůty pro podání nabídky. Úřad rovněž v prvostupňovém rozhodnutí konstatoval, že „*lze navíc dodat, že skutečnost, že ke změně zadávacích podmínek došlo, nutně reflektuje i fakt, že zadavatel v rámci dodatečných informací č. 2 poskytl upravený výkaz výměr*“, přičemž tento závěr, dle předsedy Úřadu, není podložen přezkoumatelnými závěry, neboť samotná skutečnost, že zadavatel poskytl opravený výkaz výměr, nutně nereflektuje úpravu zadávacích podmínek ve smyslu § 40 odst. 3 zákona.

22. Předseda Úřadu dále uvádí, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze konstatoval, že nejde o upřesnění zadávací dokumentace, ale o její úpravu, aniž tento závěr řádně odůvodnil s tím, že samotná skutečnost, že poptávané kácení stromů by bylo v případě průměru kmene stromů 90 cm a více dražší, ještě neznamená, že nejde o upřesnění zadávací dokumentace, nýbrž o její úpravu ve smyslu § 40 odst. 3 zákona. Předseda Úřadu nadto podotýká, že samotná úvaha Úřadu uvedená v prvostupňovém rozhodnutí o tom, že by předmětná změna zadávacích podmínek mohla být úpravou zadávacích podmínek ve smyslu § 40 odst. 3 zákona, nemusí být nutně lichá, je však třeba trvat na tom, že tato úvaha Úřadu musí být řádně odůvodněna.

23. Předseda Úřadu rovněž uvedl, že by se Úřad tedy měl při novém projednání předně zabývat povahou změny provedené zadavatelem v rámci dodatečných informací č. 2, kdy zadavatel uveřejnil opravený výkaz výměr. Následně by měl postavit najisto, zda se jedná o úpravu zadávacích podmínek ve smyslu § 40 odst. 3 zákona, či o jejich upřesnění. Pokud Úřad postaví najisto, že se jedná o úpravu zadávacích podmínek, posoudí, zda zadavatel měl povinnost přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídky ve smyslu § 40 odst. 3 zákona s tím, že Úřad následně přezkoumatelným způsobem odůvodní, jak konkrétně mohla provedená změna ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a mohla tak naplnit formální znaky skutkové podstaty správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona.

24. Ve vztahu k materiální stránce správního deliktu předseda Úřadu konstatoval, že v prvostupňovém rozhodnutí absentují důvody, pro které má Úřad za prokázané, že správní delikt dosahuje míry společenské škodlivosti ve vztahu k porušené povinnosti stanovené zákonem – tedy je natolik závažný, že narušuje soutěžní prostředí s tím, že Úřad byl povinen uvést i důvody, pro které považuje předmětné jednání zadavatele za společensky škodlivé a tuto škodlivost vyjádřit v určité míře vzhledem k případnému narušení hospodářské soutěže, ke kterému mohlo vést. Vzhledem k absenci těchto důvodů předseda Úřadu konstatoval, že v této souvislosti je prvostupňové rozhodnutí nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.

Pokračování správního řízení

25. Úřad poté, co mu byla věc vrácena k novému projednání, dopisem č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-37531/2016/523/ASo ze dne 9. 9. 2016 zadavatele vyrozuměl o pokračování správního řízení.

26. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-37532/2016/523/ASo ze dne 9. 9. 2016 stanovil zadavateli lhůtu, ve které byl oprávněn podle § 36 odst. 1 zákona navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a podle § 36 odst. 2 zákona vyjádřit v řízení své stanovisko.

27. Vzhledem ke skutečnosti, že Úřad potřeboval zajistit další podklad pro rozhodnutí ve věci, obrátil se dopisy ze dne 27. 9. 2016 na společnosti KROP, spol. s.r.o., IČO 25009494, se sídlem Spořická 5548 430 01 Chomutov (dále jen „KROP, spol. s.r.o.“), K&I Forest s.r.o., IČO 03679322, se sídlem Bajkalská 1253/2, 708 00 Ostrava (dále jen „K&I Forest s.r.o.“), Dřevorubec s.r.o., IČO 28723571, se sídlem Londýnská 2266/5, 400 01 Ústí nad Labem a MACREAL spol. s r. o., IČO 27723542, se sídlem U Brány 219, 686 01 Uherské Hradiště, coby subjekty působící na relevantním trhu, se žádostí o poskytnutí stanoviska k otázce charakteru změny průměru kmene stromů určených ke kácení. Úřad obdržel stanoviska společností KROP, spol. s.r.o. a K&I Forest s.r.o., jejichž obsah shrnuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Dále Úřad s žádostí o poskytnutí odborného stanoviska oslovil rovněž Lesnickou a dřevařskou fakultu Mendelovy univerzity v Brně, IČO 62156489, se sídlem Zemědělská 1/1665, 613 00 Brno (dále jen „Lesnická a dřevařská fakulta Mendelovy univerzity v Brně“), přičemž předmětné stanovisko, jehož obsah je shrnut níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí, obdržel Úřad dne 6. 10. 2016.

28. Úřad dále usnesením č. j. ÚOHS-S74/2015/VZ-41650/2016/523/ASo ze dne 11. 10. 2016 stanovil zadavateli lhůtu pro vyjádření k podkladům rozhodnutí.

29. V novém projednání věci se zadavatel vyjádřil pouze jednou, a to dopisem ze dne 19. 9. 2016.

Vyjádření zadavatele ze dne 19. 9. 2016

30. Zadavatel s odkazem na svá předchozí vyjádření uvádí, že nadále trvá na tom, že se v daném případě nejedná o změnu zadávacích podmínek, která by měla vést k prodloužení lhůty pro podání nabídek s tím, že v rámci dodatečných informací č. 2 ze dne 20. 1. 2014, dle svého tvrzení, pouze upřesnil průměr kácených stromů z 50 cm na 90 cm a všechny ostatní údaje zůstaly v rámci dané položky výkazu výměr, které se toto upřesnění týkalo, nezměněny.

31. Zadavatel opětovně uvádí, že kácení stromů je volnou živností, k jejímuž povolení není nutno prokazovat vzdělání ani praxi, a není tedy určena pro specializovaný okruh dodavatelů. Dle vyjádření zadavatele je pak důvodem pro případně použití speciální techniky, které by mělo za následek změnu cenové nabídky, konkrétní území, na kterém se strom nachází, a dále výška stromu, nikoli však jeho průměr.

32. Dle zadavatele představuje změna ve výkazu výměr zcela marginální záležitost nemající potenciál ovlivnit soutěžní prostředí, resp. nemající vliv na výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel má tedy za to, že postupoval v zadávacím řízení v souladu se zákonem a svým jednáním nenarušil hospodářskou soutěž, pročež navrhuje, aby bylo správní řízení zastaveno.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

33. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, jednotlivých vyjádření zadavatele, se zohledněním závazného právního názoru vysloveného v rozhodnutí předsedy Úřadu a na základě vlastního zjištění správní řízení zahájené z moci úřední zastavil, neboť nebyly

zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 120 zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

34. Podle § 17 písm. l) zákona se zadávacími podmínkami rozumí „*veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky*“.

35. Podle § 40 odst. 3 zákona platí, že „[*p*]*rovede-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*“.

K povaze zásahu do zadávacích podmínek

36. 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. Zmíněné 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. Konkrétně pak soud konstatoval, že „*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*“.

37. Úřad dále konstatuje, že jestliže veřejný zadavatel provede úpravy zadávacích podmínek, měl by současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. Zadavatel je proto povinen povahu provedené úpravy zkoumat vždy, přičemž lhůta pro podání nabídek by tak měla být prodloužena právě s ohledem na povahu prováděné úpravy (blíže k povaze provedené úpravy v posuzované věci viz níže). Zadavatel v šetřeném případě prostřednictvím dodatečných informací č. 2 ze dne 20. 1. 2014 upravil zadávací podmínky, když ve výkazu výměr změnil položku upravující průměr kmene stromů určených ke kácení (viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

38. Pod pojmem „úprava“ zadávacích podmínek můžeme obecně rozumět jakoukoli korekci, opravu či změnu údajů obsažených ve výkazu výměr, jenž je součástí zadávacích podmínek veřejné zakázky. Jakmile zadavatel k provedení úpravy zadávacích podmínek přistoupí, měl by současně zvážit povahu prováděné změny, přičemž charakter změny je zásadní

pro určování doby, o jakou by měla být lhůta pro podání nabídek prodloužena a je na zadavateli, aby závažnost změny vyhodnotil a adekvátním způsobem na ni zareagoval.

39. S ohledem na výše uvedené se Úřad zabýval otázkou, zda se v případě změny průměru kmene stromů určených ke kácení z původních 0,5 m na nových 0,9 m, jedná o úpravu zadávacích podmínek, nebo jen o jejich vysvětlení. V této souvislosti si Úřad od subjektů působících na relevantním trhu vyžádal stanovisko k otázce charakteru změny průměru kmene stromů určených ke kácení, a to zejména z hlediska možného dopadu na cenovou nabídku a zároveň z hlediska případného použití jiných postupů, pomůcek, bezpečnostních opatření apod. Úřad se obrátil s žádostí o odborné posouzení i na Lesnickou a dřevařskou fakultu Mendelovy univerzity v Brně, jakožto hlavní instituci univerzitní výuky, výzkumu, vývoje a expertní činnosti v oblastech lesnictví, krajinářství, arboristiky, lesnické a dřevařské technologie, zpracování a využití dřeva a nábytkářství v České republice. Úřad zjišťoval jaké údaje (řeší-li se toliko faktické odstranění stromu) jsou obecně zjišťovány před započetím kácení stromu a jak se tyto parametry dále promítají do volby způsobu či náročnosti kácení stromu, dále zda lze konstatovat, že s rostoucím průměrem kmene stromu poroste i jeho výška a zda je výška stromu skutečně rozhodujícím faktorem pro náročnost / nákladnost kácení stromu, dále zda by výše uvedená změna (kácení topolů s průměrem kmene 50 cm vs. 90 cm) vyžadovala či mohla vyžadovat použití jiných postupů, pomůcek, bezpečnostních opatření apod. a dále zda se jedná o zásadní změnu v celém procesu kácení stromu, tj. z hlediska technického i ekonomického.

40. Ze stanoviska Lesnické a dřevařské fakulty Mendelovy univerzity v Brně ze dne 4. 10. 2016 vyplývá, že nárůst tloušťky stromu má výrazný vliv na jeho objem, přičemž spotřeba času na pokácení stromu o průměru 0,9 m může být oproti stromu s průměrem 0,5 m cca pětinásobná s tím, že *„podobný nárůst vykazuje i ocenění vytěžení takových stromů dle Katalogu popisů a směrných cen stavebních prací, URS Praha, 2009, kde je oceněno kácení stromu s rozřezáním a odstraněním větví a kmene … pro listnaté stromy o průměru na řezné ploše pařezu o tloušťce přes 400 do 500 mm činí 2 370,00 Kč a pro tloušťku stromu na pařezu přes 900 do 1000 mm činí cena 14 100,00 Kč, tj. ca 6násobek. Je tedy zřejmé, že časová i finanční náročnost pokácení a zpracování takto rozdílných stromů jsou výrazně odlišné*“. Dále ze stanoviska vyplývá, že lze jednoznačně potvrdit, že výška stromu o větším průměru kmene bude větší, než výška stromu s menším průměrem kmene, přičemž *„tlustší strom s větší výškou bude mít samozřejmě větší objem, což má jednoznačný dopad na jeho pokácení a zpracování… větší výška káceného stromu dále ovlivňuje mj. i velikost tzv. ohroženého prostoru. S tím tedy souvisí i vyšší náročnost na zabezpečení lokality, na které bude kácení stromu realizováno*“. K otázce použití jiných postupů, pomůcek či bezpečnostních opatření je ve stanovisku Lesnické a dřevařské fakulty Mendelovy univerzity v Brně mimo jiné uvedeno, že *„zvýšení parametrů tloušťky kácených stromů lze, podle našeho názoru, považovat za zásadní faktor, který může ovlivnit jak výběr prostředku pro jeho pokácení (zřejmě tedy motorové řetězové pily), tak i volbu pracovního postupu po kácení, jakož i volbu technických prostředků pro další nakládání s pokáceným dřívím. Navíc: taková vyšší tloušťka stromů souvisí zajisté i s jejich vyšším věkem, a je zde větší pravděpodobnost napadení kmene hnilobou, což opět může ovlivnit volbu postupu kácení. Stromy s tloušťkou (na úřezu) okolo 50 cm je možno považovat za stromy obvyklých dimenzí, pro jejichž pokácení postačí motorová pila střední výkonové kategorie… a činnou délkou pilové lišty do ca 35 cm. Stromy s tloušťkou na úřezu okolo 1 m již vyžadují pilu vyšší výkonové*

kategorie … a délkou pilové lišty alespoň 45 cm. Použití větší motorové pily s delší lištou je finančně náročnější, než pily menší… větší tloušťka stromu (tj. okolo 100 cm) vyžaduje použití poněkud jiných pracovních postupů i technických prostředků, než při kácení stromů tenčích".

41. Výše uvedené teze potvrzují rovněž stanoviska náhodně vybraných dodavatelů působících v daném oboru, když dodavatel KROP, spol. s.r.o. ve svém stanovisku ze dne 29. 9. 2016 rovněž s odkazem na Katalog popisů a směrných cen stavebních prací (ÚRS) poukazuje na výrazný rozdíl cen kácení stromu o průměru 400-500 mm a 800-900 mm a dále uvádí, že *„dle našeho názoru by tato zásadní změna měla určitě vliv na provedení prací a to nejen z hlediska fyzické náročnosti a časové dotace, ale také z důvodu nutnosti použití více pracovních prostředků, paliva atd. Objem a zároveň* [s] *tím spojená samozřejmě i hmotnost dřevní hmoty je v tomto případě podstatně změněna*". Druhý oslovený dodavatel K&I Forest s.r.o. ve svém stanovisku ze dne 28. 9. 2016 rovněž potvrdil, že objem stromu, resp. vytěženého dřeva, hraje roli při tvorbě cenové nabídky.

42. Z výše uvedeného lze tedy dospět k závěru, že pokud zadavatel změnil průměr kácených stromů z původních 0,5 m na nových 0,9 m, nedošlo k pouhému upřesnění či vyjasnění zadávacích podmínek, ale k jejich změně, a to tím spíše v případě, kdy i dodavatel, který vznesl předmětný dotaz, sám uvedl, že *„velikost a průměr kácených stromů má zásadní vliv na cenovou nabídku".* Lze rovněž presumovat, že pakliže by výše uvedená změna průměru kmene kácených stromů měla pouze upřesňující charakter nevyžadující zásadní úpravu této položky v nabídkách uchazečů, nemusel by dodavatel žádat o poskytnutí opraveného výkazu výměr. Nelze se tedy ztotožnit s názorem zadavatele, že *„změnou průměru kácených stromů došlo pouze k upřesnění popisu položky ve výkazu výměr*", neboť uchazeči o veřejnou zakázku museli ve smyslu výše uvedeného svoji nabídku upravit.

43. Jak již bylo výše uvedeno (viz bod 38. odůvodnění tohoto rozhodnutí), pod pojmem „úprava" zadávacích podmínek můžeme obecně rozumět jakoukoli korekci, opravu či změnu údajů obsažených ve výkazu výměr. Pod pojmem upřesnění, který ve svých vyjádřeních používá zadavatel, obecně rozumíme spíše podrobnější rozepsání položky, vysvětlení nejasností, bližší specifikaci apod. Úřad tímto uzavírá, že s přihlédnutím k rozdílnému významu slov „opravit" a „upřesnit" a rovněž i s ohledem na závěry vyplývající ze stanovisek Úřadem oslovených subjektů (viz body 40. a 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí), nelze než konstatovat, že uvedení údaje 0,9 m namísto 0,5 m, tedy téměř zdvojnásobení údaje o průměru kmene stromu určeného ke kácení, nelze v žádném případě vnímat jako upřesnění či vyjasnění, neboť uvedení číselné hodnoty spolu s jednotkou délky, ve které je rozměr vyjádřen, nemůže vzbuzovat jakoukoli pochybnost o konkrétním rozměru. Jinými slovy řečeno: je logicky vyloučeno, aby byl číselný údaj, mající navíc zásadní dopad na technologický postup dodavatele, „upřesněn" svým zdvojnásobením. V daném případě má tedy Úřad za prokázané, že zadavatel poskytnutím nového výkazu s upravenou položkou týkající se parametru stromů určených ke kácení provedl změnu zadávacích podmínek, přičemž, jak již bylo uvedeno, charakter změny je zásadní pro určování doby, o jakou bude prodloužena lhůta pro podání nabídek. Tedy v tomto případě bylo na straně zadavatele, aby závažnost změny vyhodnotil a adekvátně zareagoval přiměřeným prodloužením lhůty pro podání nabídek. Dle názoru Úřadu nelze mít za to, že by se v daném případě jednalo o takové upřesnění zadávacích podmínek, které by žádné prodloužení lhůty pro podání nabídek nevyžadovalo. Dodavatelé totiž nepochybně museli část své nabídky přehodnotit.

Tudíž lze učinit dílčí závěr o tom, že zadavatel nepostupoval v souladu s ust. § 40 odst. 3 zákona.

44. Dále je třeba podotknout, že kácení stromů tvořilo relativně malou, resp. okrajovou část veřejné zakázky, jejímž hlavním předmětem bylo vybudování cyklostezky. V této souvislosti však lze uvést, že pakliže by uchazeč využíval v případě kácení stromů například služeb subdodavatele, bylo by nutné změnu ve výkazu výměr, resp. změnu jejího ocenění patřičným způsobem se subdodavatelem konzultovat a následně zajistit její vtělení do nabídky uchazeče, což by si mohlo vyžádat více času, resp. v takovém případě by mohlo neprodloužení lhůty pro podání nabídek vést ke ztížení postupu dodavatele při přípravě nabídky. Úřad se tedy dále bude zabývat dopadem zadavatelova postupu na soutěžní prostředí, resp. možným vlivem na výběr nejvhodnější nabídky.

K posouzení vlivu na výběr nejvhodnější nabídky

45. 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.

46. Dále Úřad uvádí, že výkladem ust. § 120 odst. 1 písm. a) zákona ve vztahu k naplnění druhého znaku skutkové podstaty, kterým je podstatné ovlivnění nebo možnost podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky se zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 9 Afs 78/2012 ze dne 25. 7. 2013, podle něhož *„[z]e zákonného znění přitom expressis verbis plyne, že ke spáchání deliktu dojde, i pokud porušením zákona zadavatel pouze mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ze zákona je tedy zřejmé, že postačí pouhá potencialita podstatného ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky“.*

47. V rozsudku sp. zn. 8 As 50/2015 ze dne 13. 10. 2015 se Nejvyšší správní soud dále vyjádřil k otázce vztahu ohrožovacích a poruchových správních deliktů, když uvedl, že *„[o]hrožovací následek znamená vyvolání stavu, který představuje pro objekt přestupku (tedy pro určitý zájem společnosti chráněný zákonem) hrozbu jeho poruchy neboli stav nebezpečí. Poruchový následek pak znamená již přímý zásah objektu přestupku“.* Nejvyšší správní soud dále v rozsudku sp. zn. 4 As 61/2016 ze dne 28. 6. 2016 uvedl, že *„nelze po stěžovateli* [Úřadu] *požadovat, aby ohrožení právem chráněného zájmu u ohrožovacího správního deliktu podle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ podrobně dokazoval, neboť tím by byl stěžovatel nucen prokazovat jinou formu deliktu“.* Nejvyšší správní soud dále uvádí, že *„nelze přisvědčit požadavku krajského soudu, aby stěžovatel zevrubně prokazoval, že v inkriminované době*

existoval konkrétní dodavatel, který se předmětného výběrového řízení nemohl zúčastnit jen proto, že žalobce jako zadavatel předmětné veřejné zakázky v rozporu se zněním § 56 odst. 3 ZVZ zkrátil dobu, ve vztahu k níž měl takový dodavatel předložit příslušné reference. V takovém případě by totiž stěžovatel fakticky neprokazoval ohrožení výběru nejvhodnější nabídky, ale již samotné v reálu skutečné porušení povinnosti vybrat nejvhodnější nabídku (…) Pokud by totiž správní orgán toto ohrožení právem chráněného zájmu blíže prokazoval, ve skutečnosti by jeho dokazování směřovalo k tomu, do jaké míry došlo ke skutečné poruše u tohoto právem chráněného zájmu, v konkrétní věci (…) Nejvyšší správní soud se v tomto směru ztotožňuje s názorem stěžovatele, že takové dokazování by bylo nepřiměřeně obtížné či přímo někdy i nemožné, neboť by bylo nutné oslovit blíže neurčený okruh jiných dodavatelů nacházejících se často na velkém území. Takové dokazování by proto bylo často za hranicí možností správního orgánu a mohlo by vést k nemožnosti účinného postihování porušení povinností zadavatelů dle ustanovení § 120 odst. 1 písm. a) ZVZ".

48. V rozsudku sp zn. 9 As 63/2016 ze dne 18. 8. 2016 se Nejvyšší správní soud blíže vyjádřil ke způsobu, jakým má Úřad ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky v potenciální rovině dovozovat. Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku uvádí, že *„stěžovatel [Úřad] není u ohrožovací formy správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. a) zákona o veřejných zakázkách (nezákonným postupem zadavatele mohl být ovlivněn výběr nejvhodnější nabídky) povinen prokazovat, že zde existoval konkrétní dodavatel, který by se, nebýt pochybení zadavatele, zadávacího řízení zúčastnil a mohl podat výhodnější nabídku. Postačí, aby stěžovatel v rozhodnutí učinil kvalifikovanou úvahu, z níž bude logickým a srozumitelným způsobem vyplývat, proč v důsledku pochybení zadavatele mohlo dojít k ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, tj. k ohrožení soutěže o veřejnou zakázku*".

49. S ohledem na výše uvedené se Úřad zabýval rovněž otázkou, zda postup zadavatele spočívající v neprodloužení lhůty pro podání nabídek po provedení změny zadávacích podmínek mohl mít za následek ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, a to jak faktické, tak i v rovině potenciální. Provedeným dokazováním bylo zjištěno, že se v daném případě jednalo o úpravu zadávacích podmínek, která mohla mít dopad do technologického postupu kácení předmětných stromů, a tedy i do ocenění příslušných prací. Dodavatelé tedy museli nepochybně na základě dodatečných informací č. 2 své nabídky přehodnotit. Zadavatel poskytl dodatečné informace č. 2 dne 20. 1. 2014, přičemž lhůta pro podání nabídek uplynula dne 24. 1. 2014 v 10:00 hod.

50. Zadavatel v daném případě upravil pouze jedinou položku ve výkazu výměr s tím, že tato položka, tj. kácení stromů, představovala pouze okrajovou část veřejné zakázky. Nadto Úřad uvádí, že v případě stavebních zakázek je zcela běžnou praxí, že potenciální zájemci o veřejnou zakázku si místo, na němž bude stavba probíhat, předem osobně prohlédnou (resp. mají možnost provést osobní prohlídku) předtím, než začnou zpracovávat své nabídky, což ostatně vyplývá nejen ze samotné žádosti o dodatečné informace č. 2, když tazatel uvedl, že „[p]*ři prohlídce na místě stavby bylo zjištěno, že se jedná o vzrostlé topoly o průměru 1m,* ale i ze stanoviska společnost K&I Forest s.r.o., která, jak sama uvedla, se často o veřejné zakázky uchází s tím, že prohlídku daného místa považuje za nepostradatelnou. Z článku 7 zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel neorganizoval prohlídku místa plnění, nicméně

uvedl, že se jedná o místo veřejně přístupné, tj. dodavatelům nic nebránilo v tom se s místem plnění seznámit. V daném případě lze konstatovat, že úprava průměru kmene

stromů určených ke kácení, byť mohla mít vliv na nacenění a případně i na určitým způsobem pozměněný technologický postup dodavatele, nemohla vést k rozšíření okruhu uchazečů o veřejnou zakázku, neboť se stále (i po změně rozměrů) jednalo o totožnou činnost (kácení stromů) nevyžadující po dodavatelích nikterak speciální či v oblasti kácení stromů neobvyklé postupy. Navíc je třeba vycházet z předpokladu, že práce po změně zadávacích podmínek je třeba označit za technologicky náročnější a okruh uchazečů (pokud by bylo v teoretické rovině možné o něm uvažovat) potenciálně spíše zužující. Úřad tedy uzavírá, že provedená změna zadávacích podmínek nebyla natolik zásadní, aby případně hrála roli při zvažování potenciálních dodavatelů, zda podat nabídku či nikoli, resp. není možné tvrdit a jakoukoli kvalifikovanou úvahou dovodit, že by taková změna zadávacích podmínek byla s to odradit potenciální dodavatele od podání nabídky.

51. Následně tedy Úřad zvažoval, zda provedená změna zadávacích podmínek mohla mít vliv na pořadí nabídek, které zadavatel obdržel. Jak bylo dříve uvedeno, zadavatel poskytl dodatečné informace č. 2 dne 20. 1. 2014, přičemž lhůta pro podání nabídek uplynula dne 24. 1. 2014. Na zapracování změny tedy uchazeči měli necelé čtyři dny s tím, že z podaných nabídek vyplývá, že ani jeden z uchazečů o veřejnou zakázku neměl pro výkon činnosti kácení stromů subdodavatele.

52. Z rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 28. 2. 2014 vyplývá, že zadavatel obdržel ve lhůtě pro podání nabídek celkem tři nabídky. Nabídková cena vybraného uchazeče činila 6 831 560 Kč včetně DPH, druhou nejnižší cenu ve výši 6 920 682 Kč včetně DPH nabídla společnost BERGER BOHEMIA a.s., IČO 45357269, se sídlem Klatovská 410/167, 321 00 Plzeň (dále jen „BERGER BOHEMIA a.s.“), třetím v pořadí byla společnost EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, 110 00 Praha 1 (dále jen „EUROVIA CS, a.s.“), s nabídkovou cenou 7 633 295 Kč včetně DPH. Z výše uvedeného vyplývá, že rozdíl mezi nabídkovou cenou vybraného uchazeče a nabídkovou cenou BERGER BOHEMIA a.s. činil 89 122 Kč. Rozdíl mezi nabídkovou cenou BERGER BOHEMIA a.s. a EUROVIA CS, a.s. pak činil 712 613 Kč. Z nabídek jednotlivých uchazečů pak vyplývá, že předmětná položka obsahující kácení stromů byla vybraným uchazečem oceněna částkou 13 950 Kč, uchazečem BERGER BOHEMIA a.s. částkou 13 440 Kč a uchazečem EUROVIA CS, a.s. částkou 13 864,80 Kč. Vzhledem k tomu, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky činila 6 800 000,- Kč bez DPH, představují částky v rozmezí 13 – 14 tisíc Kč zcela marginální část celého plnění, přičemž rozdíl v nabídkových cenách jednotlivých uchazečů je natolik výrazný, že by jej ani případná odchylka v nabídkových cenách uchazečů (způsobená odlišným naceněním položky obsahující kácení stromů z důvodu delšího časového úseku daného případným prodloužením lhůty pro podání nabídek) nemohla ovlivnit.

53. Úřad na základě výše uvedených skutečností proto dospěl k závěru, že se zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedopustil správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. a) zákona, neboť sice nedodržel postup stanovený v § 40 odst. 3 zákona, když provedl prostřednictvím dodatečných informací č. 2 ze dne 20. 1. 2014 úpravu zadávacích podmínek, aniž by současně přiměřeně prodloužil lhůtu pro podání nabídek a uzavřel s vybraným

uchazečem dne 25. 3. 2014 smlouvy na veřejnou zakázku, nicméně uvedený postup zadavatele nemohl podstatně ovlivnit (a to ani v rovině potenciality) výběr nejvhodnější nabídky. V důsledku toho nebyl naplněn jeden ze znaků skutkové podstaty správního deliktu. Z výše uvedených důvodů proto Úřad rozhodl o zastavení správního řízení, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:
město Napajedla, Masarykovo náměstí 89, 763 61 Napajedla

Vypraveno dne:
viz otisk razítka na poštovní obálce nebo časový údaj na obálce datové zprávy