UOHSX0053GIO

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Rozhodnutí nabylo právní moci dne 15.10.2013
Č. j.: ÚOHS-S206/2013/VZ-17892/2013/511/ABr Brno 18. září 2013

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 12.4.2013 na návrh ze dne 11.4.2013, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, Ruská 260, 417 03 Dubí,
- navrhovatel – KATKA TP a. s., IČO 28024231, Michelská 12a/18, 140 00 Praha 4,

ve věci veřejné zakázky „Sanace silnice II/608 průtah Terezín“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.2.2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.2.2013 pod ev. č. 343350,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, Ruská 260, 417 03 Dubí – nedodržel postup stanovený v ustanovení

a. § 50 odst. 3 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 citovaného zákona, když k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů požadoval podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolování autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů, doložení osvědčení o autorizaci v oboru dopravní stavby a nepřipustil k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů rovněž doložení osvědčení o registraci v oboru dopravní

stavby v případě osob usazených nebo hostujících, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace,

b. § 44 odst. 1 citovaného zákona o veřejných zakázkách ve spojení s § 44 odst. 3 písm. g) citovaného zákona v návaznosti na § 6 citovaného zákona o veřejných zakázkách, když porušil povinnost vymezit předmět veřejné zakázky v zadávací dokumentaci v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tím, že požadoval, aby dodavatel v nabídce závazně použil pořadí dokumentů specifikované v zadávací dokumentaci a dále když stanovil, že návrh smlouvy doložený v nabídce má rovněž obsahovat identifikátor datové schránky dodavatele, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace,

c. § 40 odst. 3 zákona citovaného zákona o veřejných zakázkách tím, že provedl úpravu zadávacích podmínek z hlediska případné změny termínu splnění veřejné zakázky a neprodloužil lhůtu pro podání nabídek,

přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 citovaného zákona **ruší zadávací řízení** na veřejnou zakázku „Sanace silnice II/608 průtah Terezín“, zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19.2.2013 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20.2.2013 pod ev. č. 343350.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a podle § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, **se** zadavateli – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, Ruská 260, 417 03 Dubí – **ukládá uhradit náklady řízení** ve výši **30 000,-- Kč** (třicet tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, IČO 00080837, Ruská 260, 417 03 Dubí (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), dne 19.2.2013 oznámení o zakázce, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20.2.2013 pod ev. č. 343350, za účelem zadání veřejné zakázky „Sanace silnice II/608 průtah Terezín“.

2. Zadavatel v oznámení o zakázce a následně v bodě 5.3. zadávací dokumentace stanovil, že k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů požaduje doložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci minimálně 1 osoby podle ustanovení § 158 odst. 1 a § 160 odst. 1 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“) odpovědné za vedení realizace příslušných stavebních prací, a to doložením

osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného ČKAIT podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolování autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o autorizaci“).

3. Podle zadávací dokumentace předmětem plnění veřejné zakázky je provedení sanace silnice 11/608 v průtahu Terezín. Jedná se o sanaci opěrné zdi, sanaci krajnice, provedení odvodnění stavby, odstranění kaveren pod tělesem vozovky a obnovu živičného povrchu.

4. Dále zadavatel odkázal na podrobnou specifikaci předmětu plnění v příloze č. 1 zadávací dokumentace - Projektová dokumentace, v příloze č. 2 zadávací dokumentace - Výkaz výměr a v příloze č. 3 zadávací dokumentace – Návrh smlouvy.

5. Zadavatel dále v zadávací dokumentaci stanovil požadavky na formální zpracování nabídky a závazně určil pořadí dokumentů v nabídce.

6. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky stanovil zadavatel nejnižší nabídkovou cenu.

7. Proti výše uvedeným zadávacím podmínkám podala společnost KATKA TP a. s., IČO 28024231, Michelská 12a/18, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“ nebo „KATKA TP“) dne 19.3.2013 námitky, ve kterých argumentuje, že požadavky na prokázání profesních kvalifikačních předpokladů jsou diskriminující, požadavky na formální zpracování nabídky jsou stanoveny v rozporu se zákonem a lhůta plnění je stanovena netransparentně. Tyto námitky byly zadavateli doručeny dne 19.3.2013.

8. Zadavatel námitkám společnosti KATKA TP po přezkoumání jejich oprávněnosti nevyhověl, rozhodnutí zadavatele ze dne 29.3.2013 o námitkách obdržela společnost KATKA TP dne 2.4.2013. Vzhledem k tomu, že uchazeč nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 11.4.2013 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

9. Úřad obdržel návrh dne 12.4.2013 dne a tímto dnem bylo podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel návrh rovněž dne 12.4.2013.

II. OBSAH NÁVRHU

10. Navrhovatel ve svém návrhu nesouhlasí s tím, že zadavatel v čl. 5 odst. 5.3. zadávací dokumentace požadoval, aby uchazeč doložil osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci minimálně 1 osoby podle ustanovení § 158 odst. 1 a § 160 odst. 1 stavebního zákona odpovědné za vedení realizace příslušných stavebních prací, a to doložením osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného ČKAIT podle zákona o autorizaci.

11. Navrhovatel uvádí, že shora uvedený požadavek je v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona, neboť nepřipouští doložení osvědčení o registraci osoby hostující, vydané ČKAIT (dále jen „osvědčení o registraci"), čímž tedy omezuje okruh potencionálních uchazečů, kteří jsou držiteli osvědčení o registraci nebo popřípadě disponují subdodavatelem, zahraniční osobou, která je držitelem osvědčení o registraci. Přestože osvědčení o registraci je plně

srovnatelné s požadovaným osvědčením autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby vydaným rovněž ČKAIT, zadavatel tuto možnost v zadávacích podmínkách nepřipustil, čímž porušil základní zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace, zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona.

12. Dále navrhovatel vytýká zadavateli porušení základní zásady transparentnosti a rovného zacházení a to z důvodu nedostatečného vymezení způsobu losování v případě, že dojde k rovnosti předložených nabídkových cen na prvním, druhém či třetím pořadí.

13. Navrhovatel rovněž poukazuje na porušení základní zásady rovného zacházení zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona neoprávněným stanovením závaznosti pokynů pro formální obsah nabídky uvedených v čl. 10. zadávací dokumentace.

14. Navrhovatel dále spatřuje porušení základní zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona v tom, že zadavatel v čl. 10. odst. 10.7. zadávací dokumentace požadoval uvedení identifikátoru datové schránky dodavatele v návrhu smlouvy.

15. Dále navrhovatel namítá nesprávnost stanovení podmínek pro otevírání obálek v čl. IV., odst. 3.8. oznámení o zakázce, kdy navrhovatel stanovil termín otevírání obálek na 15.3.2031 v 11:00, přestože otevírání obálek má být zahájeno ihned po uplynutí lhůty pro podání nabídek, která byla zadavatelem stanovena na 15.3.2013, 09:00 hod.

16. Navrhovatel současně poukazuje na to, že dne 11.3.2013 zveřejnil zadavatel dodatečné informace č. 3 až č. 18 k zadávacím podmínkám, podle kterých došlo mimo jiné k opravě sazby DPH z 20% na 21%, jejíž nesprávnou výši uvedl zadavatel v zadávací dokumentaci. Dále v těchto dodatečných informacích zadavatel specifikoval rezervu na nevyhovující geologický profil a provedl bližší specifikaci bodu VRN (vedlejší náklady). Navrhovatel zastává názor, že se jedná o změnu zadávacích podmínek, a z toho důvodu měl veřejný zadavatel podle § 40 odst. 3 zákona přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek.

17. Porušení základní zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace zakotvené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, porušení zadávacích podmínek a porušení ustanovení § 40 odst. 3 zákona navrhovatel dále spatřuje v dodatečných informacích č. 10 ze dne 11.3.2013, ve kterých připustil zadavatel případné prodloužení termínu splnění, aniž stanovil postup, jak bude nový termín dokončení předmětné veřejné zakázky určen.

18. Navrhovatel v předmětném návrhu současně prohlašuje, že má zájem na získání předmětné veřejné zakázky, a že mu hrozí škoda v důsledku specifikovaných porušení zákona ve formě ušlého zisku.

19. S odkazem na výše uvedené navrhovatel navrhuje, aby Úřad nařídil zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu a uložil zadavateli zrušit zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

20. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 17.4.2013, které Úřad obdržel dne 23.4.2013, k požadavku na prokázání profesního kvalifikačního předpokladu doložením osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného podle zákona o autorizaci uvádí, že tento požadavek není v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona, neboť sice

výslovně nepřipustil doložení osvědčení o registraci osoby hostující, vydané podle zákona o autorizaci (dále jen „osvědčení o registraci“), ale v zadávací dokumentaci stanovil podmínky pro prokázání této kvalifikace zahraničním dodavatelem.

21. K navrhovatelem tvrzenému nedostatečnému vymezení způsobu losování v případě, že dojde k rovnosti předložených nabídkových cen na prvním, druhém či třetím pořadí zadavatel uvádí, že zákon nezakazuje využití způsobu losování pro případ shodných nabídkových cen, proto zadavatel tento způsob konečného pořadí nabídek dostatečně stanovil v zadávacích podmínkách. Zadavatel zastává názor, že postupoval v souladu se zásadou efektivnosti a zásadou hospodárnosti, neboť v případě rovnosti v rámci hodnocení nabídek na prvním, druhém nebo třetím místě by byl zadavatel nucen zadávací řízení zrušit.

22. K argumentaci navrhovatele, že zadavatel neoprávněně stanovil závaznost pokynů pro formální vyhotovení nabídky zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že vycházel z metodiky ÚOHS „POŽADAVKY ZADAVATELŮ NA FORMÁLNÍ STRÁNKU ZPRACOVÁNÍ NABÍDEK PŘEDLOŽENÍ NABÍDEK A JEJICH KOPIÍ" (dále jen „metodika"), a proto formální požadavky na zpracování nabídky uvedené v zadávací dokumentaci nemohou být důvodem pro vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Na druhé straně zadavatel zastává názor, že podmínka neměnnosti návrhu smlouvy je v souladu s § 44 odst. 3 zákona a zároveň i v souladu s § 6 odst. 1 zákona, neboť tuto podmínku nelze považovat za formální zpracování nabídky, kterou upravuje metodika Úřadu, ale jakožto podmínku dle § 44 odst. 3 písm. a) zákona, tedy jako obchodní podmínky. Zadavatel dále konstatuje, že navrhovatel byl oprávněn využít možnosti dodatečných informací k zadávacím podmínkám podle § 49 odst. 1 zákona, což nevyužil.

23. K nesprávnosti stanovení termínu pro otevírání obálek v oznámení o zakázce, kdy navrhovatel stanovil termín otevírání obálek na 15.3.2031 v 11:00, zadavatel uvádí, že se jedná o administrativní chybu, kdy místo data uvedeného v zadávací dokumentaci, tj. 15.3.2013 od 11:00, bylo ve Věstníku veřejných zakázek uvedeno nesprávně datum 15.3.2031 od 11:00. Tato administrativní chyba ovšem nemohla podle jeho názoru vést k porušení zásad uvedených v § 6 zákona, neboť při otevírání obálek bylo přítomno 7 zástupců uchazečů ze 14 uchazečů, kteří podali nabídku.

24. Ke změnám zadávací dokumentace v důsledku dodatečných informacích ze dne 11.3.2013, ve kterých zadavatel připustil mimo jiné i prodloužení termínu splnění a nestanovil postup jak bude nový termín dokončení předmětné veřejné zakázky určen, zadavatel uvádí, že se nejednalo o úpravu zadávacích podmínek, ale o pouhé vysvětlení a upřesnění zadávacích podmínek, které nezakládá povinnost zadavatele prodloužit lhůtu pro podání nabídek. Na základě toho zadavatel zastává názor, že neměl povinnost prodloužit lhůtu pro podání nabídek podle § 40 odst. 3 zákona.

25. Závěrem zadavatel vyjadřuje svoje přesvědčení, že navrhovatel neměl zájem o podání nabídky na veřejnou zakázku, neboť by navrhovatel sice mohl splnit kvalifikační předpoklady veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, ale předmět plnění veřejné zakázky nespadá do zájmu jeho podnikatelských činností. Dle jeho webových stránek www.katkatp.cz se navrhovatel zabývá výhradně likvidací, výkupem a zpracování všech druhů plastů tříděním, lisováním, smluvní drcením a regranulací plastů, výkupem a zpracováním všech

druhů papíru tříděním, lisováním a mezinárodním obchodem se surovinami s celosvětovou působností, nikoli však stavebními pracemi.

26. Vzhledem k tomu, že zadavatel zastává názor, že ve všech svých krocích postupoval zcela v souladu se zákonem, předně s § 6 odst. 1 zákona a to se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a nediskriminace, dále dle § 40 zákona, dle § 44 zákona, dle § 51 zákona a podle § 54 zákona, navrhuje zastavení správního řízení a uložení navrhovateli náhradu nákladů s řízením spojených.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

27. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou
    - zadavatel,
    - navrhovatel.

28. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 29.4.2013 č. j. ÚOHS-S206/2013/VZ-7107/2013/511/ABr. Současně vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S206/2013/VZ-7111/2013/5511/ABr ze dne 29.4.2013, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko.

29. K zajištění účelu správního řízení vydal dne 10.5.2013 Úřad rozhodnutí č.j. ÚOHS-S206/2013/VZ-8626/2013/511/ABr o předběžném opatření, kterým zadavateli zakázal uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, a to až do doby nabytí právní moci rozhodnutí, kterým bude správní řízení ukončeno.

30. Dále Úřad vydal dne 10.5.2013 usnesení č. j. ÚOHS-S206/2013/VZ-8590/2013/511/ABr, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

31. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí v předmětném řízení nevyjádřil.

32. Na základě výše uvedeného usnesení zadavatel zaslal přípisem ze dne 17.5.2013 Úřadu vyjádření, ve kterém shodně jako ve svém vyjádření ze dne 17.4.2013 uvádí, že požadavek na splnění profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. d) zákona, tj. doložení osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného ČKAIT podle zákona o autorizaci, je standardní požadavek, a argumentuje, že nebyl v rámci rozhodovací praxe Úřadu považován za diskriminační, netransparentní nebo v rozporu se zásadou rovného zacházení.

33. Protože zadavatel ve svém vyjádření ze dne 17.4. 2013 vznesl pochybnosti, zda je navrhovatel v předmětném řízení aktivně legitimován, uložil Úřad navrhovateli usnesením č. j. ÚOHS-S206/2013/VZ-14621/2013/511/ABr ze dne 5.8.2013 doložení dokladů, ze kterých by vyplývalo, že je dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání předmětné veřejné zakázky.

34. Na základě výše uvedeného usnesení navrhovatel ve svém přípise ze dne 13.8.2013 uvedl, že v rámci zadávacího řízení byl připraven podat společnou nabídku společně se společností SAPROVEN s.r.o., IČO 29010691, se sídlem Roháčova 188/37, 130 00 Praha 30 (dále jen „SAPROVEN“), což doložil dokumentem nazvaným „Smlouva podle ustanovení §51 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách" (dále jen „smlouva"). Dále argumentuje, že podle ustanovení § 51 odst. 5 zákona je každý z dodavatelů podávajících společnou nabídku

povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona musí prokázat všichni dodavatelé společně.

35. Svoje podání navrhovatel doložil výpisem z Obchodního rejstříku společnosti SAPROVEN vedeného Městským soudem v Praze ze dne 13.8.2013 a výpisem z veřejné části Živnostenského rejstříku společnosti SAPROVEN ze dne 13.8.2013.

36. Navrhovatel dále v citovaném podání argumentuje, že sama skutečnost, že řádně upozornil zadavatele na špatně nastavené zadávací podmínky, které jsou v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona, svědčí o tom, že navrhovatel má zájem realizovat předmět veřejné zakázky. Na základě výše uvedeného navrhovatel zastává názor, že je aktivně legitimovaný k podání návrhu na zahájení přezkoumání úkonů zadavatele.

37. Stanovisko navrhovatele k jeho aktivní legitimaci v předmětném správním řízení zaslal Úřad zadavateli a usnesením č. j. ÚOHS-S206/2013/VZ-15407/2013/511/ABr ze dne15.8.2013 stanovil účastníkům řízení novou lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

38. K výše uvedenému usnesení se ve stanovené lhůtě nevyjádřil žádný z účastníků řízení.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

39. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména oznámení o zakázce, zadávací dokumentace, a na základě všech zjištěných skutečností konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, když k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. d) zákona požadoval doložení osvědčení o autorizaci v oboru dopravní stavby a nepřipustil rovněž doložení osvědčení o registraci v oboru dopravní stavby v případě osob usazených nebo hostujících, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace; dále když porušil povinnost vymezit předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky tím, že požadoval, aby dodavatel v nabídce závazně použil pořadí dokumentů specifikované v zadávací dokumentaci, a dále když stanovil, že návrh smlouvy doložený v nabídce má rovněž obsahovat identifikátor datové schránky dodavatele, čímž porušil zásadu zákazu diskriminace, a když provedl úpravu zadávacích podmínek z hlediska případné změny termínu splnění veřejné zakázky a neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, přičemž tyto postupy mohly podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Stanovení profesních kvalifikačních předpokladů

40. Ustanovení § 50 odst. 2 zákona uvádí, že požadavky na prokázání splnění kvalifikace stanoví veřejný zadavatel v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení. Podrobná specifikace těchto požadavků může být uvedena v kvalifikační či zadávací dokumentaci.

41. Dále § 50 odst. 3 zákona stanoví, že veřejný zadavatel je povinen omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky.

42. Podle § 50 odst. 4 zákona veřejný zadavatel není oprávněn stanovit takové kvalifikační předpoklady, které by vedly k podstatnému omezení hospodářské soutěže, a současně

by kvalifikační předpoklady bylo vzhledem k potřebám zadavatele možné nahradit stanovením odpovídajících smluvních podmínek.

43. Současně zadavatel musí dodržovat při stanovení profesních kvalifikačních předpokladů obecné zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona, které stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

44. Zadavatel v oznámení o zakázce a následně v bodě 5.3. zadávací dokumentace stanovil, že k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů podle § 54 písm. d) zákona požaduje doložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci minimálně 1 osoby podle ustanovení § 158 odst. 1 a § 160 odst. 1 stavebního zákona odpovědné za vedení realizace příslušných stavebních prací, a to doložením osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného ČKAIT podle zákona o autorizaci.

A. Relevantní ustanovení stavebního zákona

45. Podle § 158 odst. 1 stavebního zákona vybrané činnosti, jejichž výsledek ovlivňuje ochranu veřejných zájmů ve výstavbě, mohou vykonávat pouze fyzické osoby, které získaly oprávnění k jejich výkonu podle zvláštního právního předpisu. Vybranými činnostmi jsou projektová činnost ve výstavbě, kterou se rozumí zpracování územně plánovací dokumentace, územní studie, dokumentace pro vydání územního rozhodnutí a pro uzavření veřejnoprávní smlouvy nahrazující územní rozhodnutí a projektové dokumentace podle § 158 odst. 2 stavebního zákona a odborné vedení provádění stavby nebo její změny (dále jen „vybrané činnosti“).

46. V § 158 odst. 1 stavebního zákona je přímo odkazováno na zákon o autorizaci jako zvláštní právní předpis, na základě kterého mohou fyzické osoby vykonávat vybrané činnosti ve výstavbě.

B. Relevantní ustanovení zákona o autorizaci

47. Podle § 2 zákona o autorizaci se autorizací rozumí oprávnění fyzických osob k výkonu odborných činností ve výstavbě. Autorizace v příslušném oboru, popřípadě specializaci podle zákona o autorizaci opravňuje k výkonu vybraných činností ve výstavbě. Autorizace není podmínkou pro výkon těchto činností osobami uvedenými v části šesté zákona o autorizaci (občané EU).

48. Ustanovení § 5 odst. 1 a 2 zákona o autorizaci stanoví, že autorizovaný inženýr/technik je ten, komu byla udělena autorizace podle tohoto zákona a je zapsán v seznamu autorizovaných inženýrů/techniků vedeném Českou komorou autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (dále jen „ČKAIT“).

49. Podle § 5 odst. 3 zákona o autorizaci uděluje ČKAIT výše uvedeným osobám autorizaci pro obory pozemní stavby, dopravní stavby, stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství, mosty a inženýrské konstrukce, technologická zařízení staveb, technika prostředí staveb, statika a dynamika staveb, městské inženýrství, geotechnika, požární bezpečnost staveb, stavby pro plnění funkce lesa.

50. Podle § 9 odst. 1 zákona o autorizaci ČKAIT zapíše osobu, které byla udělena autorizace, do seznamu autorizovaných osob vedeného ČKAIT a vydá této osobě osvědčení o autorizaci

s vyznačeným oborem, popřípadě specializací a razítko s malým státním znakem České republiky.

51. Z uvedeného je podle názoru Úřadu nepochybné, že podle stavebního zákona vybranou činností, pro jejíž výkon je podle zákona o autorizaci (až na uvedenou výjimku týkající se občanů EU) nezbytná autorizace, je odborné vedení provádění stavby nebo její změny, která je předmětem zadávané zakázky. Zadavatel tedy postupoval správně (ve vztahu k občanům ČR), když u osoby odpovědné za vedení realizace příslušných stavebních prací požadoval doložení osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, neboť se jedná o realizaci stavby, resp. sanaci silnice.

52. Jak je však uvedeno výše autorizace není podmínkou pro výkon těchto vybraných činností osobami uvedenými v části šesté zákona o autorizaci, kde se v § 30a a následujícím stanoví, že vybrané činnosti ve výstavbě v České republice mohou vykonávat i osoby uvedené v § 7 odst. 1 písm. b) zákona o autorizaci (dále jen „občané EU“), které získaly potřebnou kvalifikaci k vybrané činnosti v jiném členském státě. Vybranou činnost mohou tyto osoby vykonávat v České republice jako usazení architekti, usazení inženýři a usazení technici činní ve výstavbě (dále jen „usazené osoby“) nebo jako hostující architekti, hostující inženýři a hostující technici činní ve výstavbě (dále jen „hostující osoby“). Usazenou osobou se rozumí osoba uvedená v § 30a odst. 1 zákona o autorizaci, která na území České republiky vykonává soustavnou vybranou činnost nebo na území České republiky má podnik nebo organizační složku. Hostující osobou se rozumí osoba uvedená v § 30a odst. 1 zákona o autorizaci, která je usazená na území jiného členského státu a na území České republiky vykonává vybranou činnost dočasně nebo příležitostně.

53. Podle § 30h odst. 1 zákona o autorizaci na území České republiky může usazená osoba vykonávat vybranou činnost, jestliže byla na základě žádosti zapsána do seznamu registrovaných osob (§ 30l odst. 1 zákona o autorizaci) a složila slib do rukou předsedy příslušné Komory.

54. Hostující osoba je podle § 30n zákona o autorizaci povinna před zahájením výkonu vybrané činnosti na území České republiky podat ČKAIT úplné oznámení podle zákona č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a některých příslušníků jiných států (dále jen „zákon o uznávání odborné kvalifikace“). ČKAIT může před zahájením výkonu vybrané činnosti na území České republiky hostující osobou požadovat ověření odborné kvalifikace podle zákona o uznávání odborné kvalifikace.

55. Podle § 30r zákona o autorizaci splňuje-li hostující osoba požadavky podle zákona o uznávání odborné kvalifikace, zapíše ji ČKAIT bezodkladně do seznamu registrovaných osob [§ 23 odst. 6 písm. e) zákona o autorizaci] a o provedení zápisu jí vydá potvrzení.

56. Podrobný postup pro výkon vybraných činností občany EU je uveden ve „Směrnici pro uznávání odborné kvalifikace osoby usazené, resp. pro ověření odborné kvalifikace osoby hostující upravuje postup ČKAIT v případech státních příslušníků členského státu Evropské unie, jiného smluvního státu Dohody o Evropském hospodářském prostoru nebo Švýcarské konfederace (dále jen „členský stát“) nebo jejich rodinných příslušníků, nebo státních příslušníků jiných než členských států (za splnění podmínek § 7 odst. 1 písm. b), body 1-5 zákona o autorizaci nebo držitelů modré karty Evropské unie, kteří hodlají na území České

republiky vykonávat povolání pro obory uvedené v § 5 odst. 3 autorizačního zákona s výjimkou případů, kdy uchazeči hodlají k výkonu povolání získat autorizaci v příslušném oboru“ (dále jen „Směrnice ČKAIT“).

C. Relevantní ustanovení Směrnice ČKAIT

57. Podle § 2 Směrnice ČKAIT k výkonu povolání na území České republiky je nutné u ČKAIT požádat o registraci (osoba usazená, § 30a odst. 3 zákona o autorizaci), nebo podat oznámení o výkonu povolání (osoba hostující § 30a odst. 4 zákona o autorizaci).

58. Podle § 8 Směrnice ČKAIT u osoby hostující ČKAIT zkoumá, zda v oznámení uvedená služba odpovídá svým charakterem požadavku § 30a odst. 4 zákona. Pokud dospěje k závěru, že hostující osoba nesplňuje zákonem stanovené kvalifikační předpoklady anebo že zamýšlenou činnost hostující osoby nelze považovat ani za dočasnou, ani za příležitostnou, ČKAIT vydá bezodkladně rozhodnutí o tom, že uchazeč není oprávněn k výkonu regulované činnosti na území České republiky. Právo vykonávat vybranou činnost ve výstavbě vzniká u osoby hostující dnem, kdy ČKAIT vydá uchazeči rozhodnutí o ověření odborné kvalifikace.

59. Podle § 11 odst. 1 Směrnice ČKAIT po provedené registraci a složení slibu u osoby usazené je vydáváno razítko se státním znakem České republiky, obsahující jméno usazené osoby, číslo, pod nímž je zapsaná v seznamu registrovaných osob vedeném ČKAIT, a vyznačeným oborem, popřípadě specializací a osvědčení o provedení registrace. Registrace osob hostujících obsahuje údaje uvedené v § 11 odst. 1 Směrnice ČKAIT, dobu platnosti registrace (max. 12 měsíců) a identifikační údaje díla, pro které byla registrace provedena.

D. Stanovení profesních kvalifikačních předpokladů v zadávací dokumentaci

60. Úřad k výše uvedenému obecně konstatuje, že prokazování kvalifikace prostřednictvím zahraničních dodavatelů je v souvislosti se zákonem často poměrně složitou problematikou, neboť mnohdy dochází ke vzájemnému odkazování na různé navazující právní předpisy.

61. Podle § 51 odst. 7 zákona, nevyplývá-li ze zvláštního právního předpisu jinak, prokazuje zahraniční dodavatel splnění kvalifikace způsobem podle právního řádu platného v zemi jeho sídla, místa podnikání nebo bydliště. Pokud se podle tohoto právního řádu určitý doklad nevydává, je zahraniční dodavatel povinen prokázat splnění takové části kvalifikace čestným prohlášením. Není-li povinnost, jejíž splnění má být v rámci kvalifikace prokázáno, v zemi sídla, místa podnikání nebo bydliště zahraničního dodavatele stanovena, učiní o této skutečnosti čestné prohlášení. Doklady prokazující splnění kvalifikace předkládá zahraniční dodavatel v původním jazyce s připojením jejich úředně ověřeného překladu do českého jazyka, pokud v této zadávací dokumentaci není výslovně stanoveno jinak. Povinnost připojit k dokladům úředně ověřený překlad do českého jazyka se nevztahuje na doklady ve slovenském jazyce.

62. Z uvedeného Úřad dovozuje, že ustanovení § 51 odst. 7 zákona připouští možnost předložení čestného prohlášení zahraničním dodavatelem, na základě kterého je potom kvalifikace uchazeče považována za prokázanou. Tato možnost je však dána pouze tehdy, jestliže zvláštní předpis nestanoví něco jiného. Tímto zvláštním právním předpisem je právě výše uvedený zákon o autorizaci.

63. Z výše uvedeného vyplývá, že vybrané činnosti ve výstavbě, zahrnující odborné vedení provádění stavby nebo její změny, která je předmětem zadávané veřejné zakázky, může na

území České republiky provádět buďto osoba s příslušnou autorizací, nebo případně osoba uvedená v § 7 odst. 1 písm. b) zákona o autorizaci (tedy zejm. občané členských států EU), která získala status usazené nebo hostující osoby v souladu se zákonem o autorizaci. Jiné osoby tyto činnosti vykonávat nesmějí. Vybrané činnosti mohou být na území ČR vykonávány na základě osvědčení o autorizaci v příslušném oboru, osvědčení o registraci v příslušném oboru v případě osob usazených nebo osvědčení o registraci v příslušném oboru v případě hostujících osob.

64. Jestliže zadavatel v oznámení o zakázce a následně v bodě 5.3. zadávací dokumentace stanovil, že k prokázání profesních kvalifikačních předpokladů požaduje doložení osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci minimálně 1 osoby podle ustanovení § 158 odst. 1 a § 160 stavebního zákona, odpovědné za vedení realizace příslušných stavebních prací, a to doložením osvědčení autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného ČKAIT podle zákona o autorizaci, Úřad konstatuje, že zadavatel stanovil požadavky na prokázání profesních kvalifikačních předpokladů diskriminačním způsobem, neboť nepřipustil, aby uchazeči prokázali profesní kvalifikačních předpoklad postupem podle zákona o autorizaci, tj. nejen osvědčením o autorizaci v příslušném oboru, ale rovněž i osvědčením o registraci v příslušném oboru v případě osob usazených nebo hostujících.

65. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel porušil ustanovení § 50 odst. 3 zákona v návaznosti § 6 odst. 1 zákona, když sice omezil rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, porušil však přitom zásadu zákazu diskriminace tím, že zúžil okruh potencionálních dodavatelů o ty uchazeče, kteří disponují jako hostující nebo usazené osoby osvědčením o registraci ve smyslu zákona o autorizaci a kteří mohli podat výhodnější nabídky než nabídky podané v předmětném zadávacím řízení. Tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Stanovení požadavků na zpracování nabídky

A. Z hlediska formálního

66. Podle § 44 odst. 1 zákona zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

67. Ustanovení 44 odst. 3 písm. g) zákona stanoví, že zadávací dokumentace musí obsahovat podmínky a požadavky na zpracování nabídky.

68. Požadavky na formální stránku nabídky stanoví mimo jiné ustanovení 69 odst. 5 zákona, které uvádí, že nabídky se podávají písemně, a to v listinné podobě nebo v elektronické podobě prostřednictvím elektronického nástroje (dále jen „nabídka v elektronické podobě“). Uchazeč podává nabídku ve lhůtě pro podání nabídek. Nabídka v listinné podobě musí být podána v řádně uzavřené obálce označené názvem veřejné zakázky, na které musí být uvedena adresa, na niž je možné zaslat oznámení podle § 71 odst. 6 nebo 7 zákona. Nabídka v elektronické podobě musí být podána v souladu s požadavky stanovenými v § 149 zákona.

69. Zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 10. uvedl, že „požaduje, aby jednotlivé části nabídky resp. její přílohy (v každém výtisku) byly odděleny samostatnými listy (tzv.

oddělovači), které umožní jednoduchou orientaci mezi jednotlivými částmi výtisků. Oddělovače budou po pravé straně částečně přesahovat listy a budou označeny čísly dle bodů obsahu nabídky přizpůsobené podle potřeb dodavatele. Dodavatel závazně použije pořadí dokumentů specifikované v následujících bodech těchto pokynů pro zpracování nabídky. Nabídka bude opatřena obsahem s uvedením čísel stránek u jednotlivých oddílů (kapitol), k čemuž dodavatel využije přílohu č. 6 zadávací dokumentace - Obsah nabídky (vzor). Krycí list nabídky. Pro sestavení krycího listu dodavatel závazně použije přílohu č. 4 zadávací dokumentace - Krycí list nabídky (vzor). Na krycím listu budou uvedeny následující údaje: název veřejné zakázky, základní identifikační údaje zadavatele a dodavatele (včetně osob zmocněných k dalším jednáním), nejvýše přípustná nabídková cena v členění podle zadávací dokumentace (viz článek 2. Požadavky na způsob zpracování nabídkové ceny), datum a podpis osoby oprávněné jménem či za dodavatele jednat“.

70. K výše uvedenému Úřad uvádí, že při formulaci podmínek a požadavků na zpracování nabídek se měl zadavatelé zaměřit zejména na věcnou stránku, tj. co má být obsahem nabídek, jaké údaje týkající se předmětu veřejné zakázky, jeho realizace mají dodavatelé v nabídkách uvést, aby mohl zadavatel nabídky vzájemně objektivně srovnávat a vyhodnotit soulad nabídky se zadavatelem vymezenými podmínkami.

71. Zadavatele však citovaná zákonná podmínka obsahu zadávací dokumentace nesprávně vedla k tomu, že své požadavky směřoval na formální stánku zpracování nabídek, přestože formální stránka nabídek o kvalitě nabízeného předmětu plnění či jeho realizaci nevypovídá. Formální podmínky a požadavky zásadně ztěžují práci dodavatelům, kteří se při zpracování nabídek soustředí na splnění formálních podmínek a nevěnují tolik pozornosti věcné náplni své nabídky.

72. Jestliže zákon o veřejných zakázkách upravuje formální postup zadavatelů při zadávání veřejných zakázek dostatečně, není nutno tuto stránku zákona ve smyslu kladení formálních požadavků na zpracování nabídek dále prohlubovat. Smyslem zákona je nastavit taková pravidla, aby byl zadavatel schopen získat ekonomicky nejvhodnější nabídku. Kladením de facto dalších formálních „překážek“ může zadavatel odradit potencionální dodavatele od podání nabídky, čímž sníží konkurenci dodavatelů a tedy i možnost vybrat nabídku skutečně nejvhodnější.

73. Jestliže už se zadavatel rozhodl některé z formálních požadavků na zpracování nabídek v podmínkách zadávacího řízení uvést, měl formulovat takové požadavky pouze jako doporučující, jejichž nesplnění nebude mít za následek vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. V šetřeném případě zadavatel použil slovní obrat „závazně“, z čehož vyplývá, že potencionální uchazeči se mohli oprávněně domnívat, že nedodržení těchto formálních požadavků bude vést k jejich vyloučení. Pokud zadavatel ve svém vyjádření ze dne 17.4.2013 tvrdí, že měl v úmyslu postupovat v souladu s metodikou Úřadu, a tedy dodavatelé nemohli dovozovat, že budou ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění formálních požadavků vyloučeni, je toto tvrzení právě v rozporu s textem zadávací dokumentace, kde je uvedeno, že „pro sestavení krycího listu dodavatel závazně použije přílohu č. 4 zadávací dokumentace - Krycí list nabídky (vzor)“, což svědčí o imperativním charakteru daného ustanovení, z jehož nedodržení mohli dodavatelé odůvodněně předpokládat nějaký postih.

74. Jestliže není vyloučeno, že někteří potencionální uchazeči se mohli rozhodnout nabídku nepodávat, mohlo dojít ke snížení počtu podaných nabídek.

B. Z hlediska obsahového

75. Ustanovení § 68 odst. 2 zákona stanoví, jaké jsou náležitosti nabídky po stránce obsahové, když uvádí, že v nabídce musí být uvedeny identifikační údaje uchazeče. Nabídka obsahuje návrh smlouvy podepsaný osobou oprávněnou jednat jménem či za uchazeče. Součástí nabídky jsou rovněž další dokumenty požadované tímto zákonem či zadavatelem. V otevřeném řízení a ve zjednodušeném podlimitním řízení jsou součástí nabídky rovněž doklady a informace prokazující splnění kvalifikace, nestanoví-li zadavatel jinak; ustanovení § 64 odst. 2 věty první zákona tím není dotčeno.

76. Zadavatel v zadávací dokumentaci v bodě 10.7. mimo jiné uvedl, že „součástí zadávací dokumentace jako příloha č. 3 zadávací dokumentace je návrh smlouvy. Tento návrh smlouvy obsahuje závazné obchodní podmínky pro dodavatele, které není dodavatel oprávněn jakýmkoliv způsobem měnit. Závazný text návrhu smlouvy dodavatel doplní pouze o údaje označené ve vzoru návrhu smlouvy či výslovně požadované zadávací dokumentací, případně o dokumenty požadované zadavatelem v zadávacích podmínkách, resp. v návrhu smlouvy. Návrh smlouvy bude rovněž obsahovat identifikátor datové schránky dodavatele“.

77. Dále zadavatel uvedl, že „pokud návrh smlouvy nebude odpovídat zadávacím podmínkám a ostatním částem nabídky dodavatele, bude tato skutečnost důvodem k vyřazení nabídky a vyloučení dodavatele z další účasti v zadávacím řízení“.

78. Z uvedeného podle názoru Úřadu vyplývá, že zadavatel kladl na uchazeče při zpracování nabídky určité vyšší nároky z hlediska obsahového když uvedl, že návrh smlouvy bude rovněž obsahovat identifikátor datové schránky dodavatele. Na straně potencionálních uchazečů tak mohou oprávněně vznikat pochybnosti, zda se zadávacího řízení může účastnit i uchazeč (např. fyzická osoba, příspěvková organizace nebo zahraniční dodavatel), který datovou schránkou nedisponuje např. proto, že není povinen podle zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZDS“), datové schránky používat. Vzhledem k tomu, že toto ustanovení o nutnosti uvedení datové schránky lze chápat jako zadávací podmínku, neboť návrh smlouvy je součástí zadávací dokumentace obsahující zadávací podmínky, mohlo nedodržení uvedení datové schránky být potencionálními uchazeči interpretováno jako nedodržení podmínky, které bude zadavatelem postihováno vyloučením z další účasti v zadávacím řízení. Tento postup tak mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

79. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel porušil ustanovení § 44 odst. 1 zákona, když stanovil v zadávací dokumentaci požadavky, které nebyly nezbytné pro vymezení předmětu veřejné zakázky pro zpracování nabídky tím, že závazně vymezil některé požadavky na formální zpracování nabídky a tím, že stanovením požadavku na uvedení identifikátoru datové schránky dodavatele v návrhu smlouvy porušil zásadu zákazu diskriminace uvedenou v § 6 zákona, což mohlo podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

80. V této souvislosti Úřad konstatuje, že bez významu pro posouzení tohoto případu není z pohledu Úřadu i celkové kategorické vyznění požadavků na zpracování nabídky [„zadavatel požaduje, aby jednotlivé části nabídky resp. její přílohy (v každém výtisku) byly odděleny samostatnými listy“, „dodavatel závazně použije pořadí dokumentů“, „pro sestavení krycího listu dodavatel závazně použije“], které v zásadě vylučuje – z pohledu uchazeče – ten výklad, že případné nerespektování těchto požadavků nebude mít vliv na jeho další účast v zadávacím řízení.

Změny zadávacích podmínek

A. z hlediska předmětu plnění

81. Podle § 44 odst. 1 zákona zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.

82. Ustanovení § 44 odst. 3 zákona stanoví, že zadávací dokumentace musí obsahovat alespoň

a. obchodní podmínky, včetně platebních podmínek, případně též objektivních podmínek, za nichž je možno překročit výši nabídkové ceny,
b. technické podmínky (§ 45) nebo zvláštní technické podmínky (§ 46a), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky,
c. požadavky na opatření k ochraně utajovaných informací (§ 46b), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky,¨
d. požadavky na zabezpečení dodávek (§ 46c), je-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky,
e. požadavky na varianty nabídek podle § 70, pokud je zadavatel připustil,
f. požadavek na způsob zpracování nabídkové ceny,
g. podmínky a požadavky na zpracování nabídky,
h. způsob hodnocení nabídek podle hodnotících kritérií,
i. požadavek na podání nabídky pouze v elektronické podobě prostřednictvím elektronického nástroje, pokud tak zadavatel stanovil, a
j. jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky.

83. Další požadavky na obsah zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce stanoví § 44 odst. 4 zákona, podle kterého zadávací dokumentace musí kromě náležitostí uvedených v § 44 odst. 3 zákona obsahovat:

- příslušnou dokumentaci v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem zpracovanou do podrobností, které specifikují předmět veřejné zakázky v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky,
- soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem, a to rovněž v elektronické podobě.

84. Prováděcím předpisem k ustanovení § 44 odst. 4 zákona je vyhláška MMR č. 230/2012 Sb., kterou se stanoví podrobnosti vymezení předmětu veřejné zakázky na stavební práce a rozsah soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr (dále jen „vyhl. ZDSP“).

85. Vyhl. ZDSP vymezuje v § 8 předmět vedlejších a ostatních nákladů tak, že stanoví, že vedlejšími a ostatními náklady jsou takové náklady, které nejsou zahrnuty v položkách soupisu prací stavebních objektů, inženýrských objektů a provozních souborů, ale se zhotovením stavby souvisí a jsou pro její realizaci nezbytné. Podrobnost popisu položky soupisu vedlejších a ostatních nákladů musí umožnit stanovení ceny dané práce nebo činnosti. Vedlejší a ostatní náklady jsou popsány v samostatném soupisu prací jako samostatné položky. Vedlejší a ostatní náklady mohou být uvedeny v jednom společném soupisu prací.

86. V ustanovení § 9 vyhl. ZDSP jsou jako vedlejší náklady specifikovány náklady nezbytné pro zhotovení stavby, společné pro celou stavbu, nezahrnuté v položkových soupisech stavebních objektů, inženýrských objektů, nebo provozních souborů. Předmětem vedlejších nákladů (dále jen „VRN“) jsou zejména požadavky související s vybudováním, provozem a likvidací zařízení staveniště, ztížené výrobní podmínky související s umístěním stavby, provozními nebo dopravními omezeními, pokud jsou zadavatelem požadovány, případně pokud vyplývají z příslušné dokumentace.

87. Z uvedeného podle názoru Úřadu vyplývá, že zadavatel musí jejich jednotlivé složky předem určit, aby uchazeči mohli provést v nabídce jejich kalkulaci, přičemž není vyloučeno, aby vedlejší a ostatní náklady byly uvedeny v jednom společném soupisu prací. V případě, že zadavatel určí přímo v zadávací dokumentaci výši procentního podílu těchto nákladů ze všech položek výkazu výměr (např. z celkové nabídkové ceny bez DPH), měl by podle názoru Úřadu specifikovat, zda jsou dodavatelé oprávněni jeho výši změnit (zda se jedná o neměnnou procentní výši nebo doporučení apod.

88. Úřad z dokumentace o veřejné zakázce zjistil, že zadavatel teprve v dodatečných informacích ze dne 11.3.2013 specifikoval jednotlivé složky VRN a rezervu na nevyhovující geologický profil specifikoval jako rezervu 15% z položek 1-5 a dodal nový elektronický soupis prací, ve kterém byla doplněna v elektronické verzi chybějící ještě další položka 38a. Z uvedeného vyplývá, že uchazeči se teprve tímto dnem dozvěděli, co je obsahem VRN a jak mají kalkulovat rezervu na nevyhovující geologický profil a následně zpracovat nabídkovou cenu. Jedná se o změnu předmětu plnění, když zadavatel stanovil, které vedlejší náklady mají být zahrnuty v nabídkové ceně a tudíž je dodavatel nebude moci jako něco nového vůči zadavateli požadovat dodatečně k úhradě, dále o změnu konstrukce části ceny tím, že zadavatel stanovil, že rezerva na nevyhovující geologický profil představuje 15 % z nabídkové ceny položek

-injekční vrty Ø 95-130 mm (zřízení, zálivka),

-dodávka a osazení manžetových inj. trub. Ø 32 mm,

-výplňová injektáž, injektáž podloží jílocement. směsí,

-hluché vrtání u tryskové injektáže,

-trysková injektáž průměru 600mm.

89. Podle názoru Úřadu jak v případě VRN, tak v případě rezervy na nevyhovující geologický profil, musí zadavatel stanovit jejich jednotlivé složky, event. způsob jejich výpočtu, neboť citovaná vyhl. ZDSP obsahuje pouze příkladný výčet jednotlivých položek VRN.

90. Podle § 40 odst. 3 zákona provede-li veřejný zadavatel úpravy zadávacích podmínek, je povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení nebo lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy. V případě takové změny zadávacích podmínek, která může rozšířit okruh možných dodavatelů, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od okamžiku změny činila celou původní délku lhůty pro podání žádosti o účast nebo pro podání nabídek.

91. Stanovení předmětu, termínu a ceny plnění jsou podstatné náležitosti smlouvy, o nichž se smluvní strany musí předem dohodnout (resp. způsobu jejich určení), aby vznikla platná smlouva. Z toho důvodu musí být jejich vymezení dostatečně určité, aby v budoucnu nevznikly pochybnosti o jejich obsahu. Jedná se tedy o základní zadávací podmínky, při jejichž úpravě (změně) je zadavatel povinen současně přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek, a to podle povahy provedené úpravy.

92. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že zadavatel tím, že provedl úpravu zadávacích podmínek z hlediska jejich obsahu a neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, porušil tím ustanovení § 40 odst. 3 zákona.

B. z hlediska termínu plnění v návaznosti na předmět plnění

93. Podle zadávací dokumentace předmětem plnění veřejné zakázky je provedení sanace silnice 11/608 v průtahu Terezín. Jedná se o sanaci opěrné zdi, sanaci krajnice, provedení odvodnění stavby, odstranění kaveren pod tělesem vozovky a obnovu živičného povrchu.

94. Dále zadavatel odkázal na podrobnou specifikaci předmětu plnění v příloze č. 1 této zadávací dokumentace - projektová dokumentace, v příloze č. 2 této zadávací dokumentace - výkaz výměr a v příloze č. 3 této zadávací dokumentace - návrh smlouvy. V projektové dokumentaci v Technické zprávě na SO 01 Rekonstrukce opěrné zdi – stavební část je na str. 39- 40 uvedena specifikace nových cihel šancovek takto:

Zajištění co nejvyšší vizuální shody (barva, charakter povrchu, struktura na řezu) se stávajícími šancovkami. V tomto ohledu musí být před výrobou cihel zkušební výrobní vzorky odsouhlaseny odb. pam. péče. Předpokládá se rozměr šancovek 81x162x324 mm s povolenou odchylkou rozměrů 3%, hrany oblé (r = 3-5 mm). Součástí dodávky zhotovitele je nejprve ověření skutečných rozměrů stávajících šancovek, resp. jejich variability rozměrů. Výpal při teplotě kolem 1 100°C.

Pevnost v tlaku 25 MPa.

Mrazuvzdornost: 40 zmrazovacích cyklů (pozn.: poměrně vysoká hodnota, zřejmě ale standard uplatňovaný při rekonstrukcích v Terezíně, příp. projednat s org. pam. péče).

Kromě standardních dokladů stran kritérií prokazování shody, zajišťuje zhotovitel u nezávislé příslušně akreditované laboratoře kvalitativní ověření resp. provedení zkoušek pevnosti v tlaku, mrazuvzdornosti a nasákavosti. A to před započetím výroby na zkušebních cihlách (průkazní zkoušky - 6 cihel) a v procesu realizace vždy po pětinovém objemu celkové dodávky (kontrolní zkoušky - 3 cihly) na náhodně vybraných vzorcích. Výsledky budou předávány ke kontrole TDI a odb. pam. péče.

Dodavatel je povinen se seznámit s problematikou výroby, dodávky a cenami fortifikačních cihel šancovek“.

95. Z uvedených údajů vyplývá, že pro stavbu má být použit materiál historického typu běžně nevyráběný (rozměry cihel, nutnost projednání s org. pam. péče). O tom svědčí i požadavky zadavatele na nakládání s cihlami v souvislosti s demolicí stávající opěrné zdi, kdy zadavatel na str. 54 citované technické zprávy uvádí v odstavci Poznámky/doplnění k C.2.1.2. Rekonstrukce lícové vrstvy „ bude provedena demontáž, očištění a ukládka na mezideponii v příkopu s počtem cca 0,95 x 7800 = 7400 ks běhounových (celých) šancovek a 0,95 x 16000 = 15200 ks vazákových půlek cihel šancovek. Reaplikačně se předpokládá uplatnění cca 3900 ks celých běhounů a 8000 ks vazákových půlek. Přibližně odhadovaný přebytek (na mezideponii) činí 3500 ks běhounových (celých) šancovek a 7200 ks vazákových půlek cihel šancovek (Jedná se o cihly u kterých se předpokládá nenaplnění požadovaného kvalitativního kritéria pro uplatnění v nové lícové vrstvě. Tyto cihly nejsou ovšem odpadem, a pokud nebudou (ty nejkvalitnější) částečně využity, zůstávají majetkem investora (město Terezín) pro uplatnění např. v méně exponovaných konstrukcích pevnosti. Rozpočtově zhotovitel zajišťuje jejich nakládku, dopravu (do 10 km) a ukládku na lokalitě stanovené investorem“.

96. Zadavatel v bodě 3. zadávací dokumentace stanovil termín realizace předmětné veřejné zakázky takto:

    Předpokládaný termín zahájení plnění: ihned po podpisu smlouvy
    Předpokládaný termín ukončení plnění: 31. října 2013

97. Na základě žádosti o dodatečné informace č. 10, zda bude zohledněn termín dokončení prací v souvislosti s tím, že předmětem plnění je dodávka materiálu s dlouhou dodací lhůtou [cihla pálená plná fortifikační typu „šancovka" s oblými hranami (R=3-5mm) - rozměr 324/162/81 mm (tolerance 3%) / pevnost 25 Mpa, dostupná nejdříve v září 2013] zadavatel v dodatečných informacích ze dne 11.3.2013 uvedl, že v případě nutnosti bude možná změna termínu realizace domluvena mezi vítězným uchazečem a zadavatelem po zjištění přesného stavu předmětu plnění veřejné zakázky.

98. K výše uvedeným dodatečným informacím Úřad uvádí, že zadavatel sice v zadávací dokumentaci upozornil, že zhotovitel je povinen se seznámit s problematikou výroby, dodávky a cenami fortifikačních cihel šancovek, na druhé straně však připustil změnu termínu realizace na základě dohody s vítězným uchazečem po zjištění přesného stavu předmětu plnění veřejné zakázky.

99. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel si byl vědom, že součásti díla jsou dodávky materiálů, které se běžně nevyrábí, a že připustil změnu termínu ukončení předmětu plnění, aniž by pro toto prodloužení transparentně předem stanovil pravidla.

100. Obecně Úřad uvádí, že v procesu výstavby existují určité technologické postupy, které nelze zkrátit. Jestliže zadavatel požaduje jako součást díla dodávku materiálu, který se běžně nevyrábí, což vyplývá z jeho požadavku schvalování materiálu příslušným odborem památkové péče, kdy není dostačující běžné prohlášení o shodě, a současně je požadováno kvalitativní ověření resp. provedení zkoušek u nezávislé příslušné akreditované laboratoře, jako je to v šetřeném případě u malty a cihel (str. 34 citované Technické zprávy), musí zadavatel stanovit termín ukončení plnění právě s ohledem na dané technologické postupy a určit transparentně podmínky, za kterých bude možno případně prodloužit termín splnění tak, aby uchazečům bylo toto známo již v době zpracování nabídek.

101. Obsahem závazku ze smlouvy o dílo podle § 537 odst. 1 zákona č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „Obch. Z.“), je závazek zhotovitele provést dílo na svůj náklad a na své nebezpečí ve sjednané době, jinak v době přiměřené s přihlédnutím k povaze díla. Z uvedeného ustanovení Obch. Z. vyplývá, že pro potencionální uchazeče o veřejnou zakázku je rozhodující, za jakou dobu budou muset předmětnou zakázku splnit, zda mají vůbec dostatečné kapacity pro její provedení v zadavatelem stanovené lhůtě uvedené v oznámení o zakázce.

102. Jestliže zadavatel stanovil konečný termín plnění předmětné veřejné zakázky 31. října 2013, mohlo to některé potencionální dodavatele odradit od podání žádostí o zadávací dokumentaci. Pokud zadavatel následně připustil prodloužení termínu plnění, bez předem transparentně stanovených pravidel a přiměřeně neprodloužil lhůtu pro podání nabídek, mohl tento postup zúžit okruh potencionální dodavatelů, kteří by v případě, že by byli obeznámeni s možností prodloužení termínu plnění, podali v prodloužené lhůtě nabídku.

103. Dále Úřad uvádí, že zadavatel je povinen v celém procesu zadávání zakázky dodržovat obecné zásady uvedené v ustanovení § 6 zákona, které stanoví, že zadavatel je povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

104. Jestliže zadavatel připustil eventuální změnu dokončení stavby po dohodě s vítězným uchazečem, měl, aby jeho postup byl transparentní, stanovit za jakých podmínek dojde k prodloužení termínu plnění (např. podle množství potřebného materiálu, které bude známo až v průběhu realizace veřejné zakázky – rozdíl oproti odhadu projektanta atd.). Vzhledem k tomu, že se jedná o předmět plnění, jehož součástí je dodávka historizujícího materiálu, běžně nedostupného, musel by zadavatel při stanovení pravidel pro prodloužení termínu plnění respektovat např. i výrobní cyklus. Protože součástí předmětu plnění je jedinečná dodávka materiálu, jejíž proces výroby není závislý pouze na dodavateli, ale na dalších okolnostech (schválení odborem památkové péče, TDI, provedení zkoušek akreditovanou laboratoří) je dopad netransparentního postupu o to závažnější, protože zúžuje již tak úzký okruh potencionálních dodavatelů.

105. Podle názoru Úřadu nelze vyloučit, že někteří uchazeči, kteří dospěli k závěru, že stavební práce o finančním objemu 33 mil. Kč + DPH (viz předpokládaná hodnota veřejné zakázky) nejsou schopni provést během cca 7 měsíců, ale byli by schopni provést předmětnou veřejnou zakázku za delší dobu, nepožádali zadavatele o zadávací dokumentaci. Tím mohlo dojít k snížení počtu v úvahu přicházejících uchazečů k plnění veřejné zakázky v předmětném zadávacím řízení. Rovněž uchazeče, kteří si vyzvedli zadávací dokumentaci a nabídku nepodali (9 z 23 dodavatelů) mohla odradit netransparentní možnost prodloužení termínu dokončení předmětné veřejné zakázky. To však Úřad dále nezkoumal, neboť za dostačující Úřad považuje závěr, že může existovat okruh dodavatelů, které by mohl odradit termín splnění předmětné veřejné zakázky uvedený v oznámení o zakázce.

106. Protože některý z těchto potencionálních dodavatelů mohl podat nabídku s nižší nabídkovou cenou než uchazeč vybraný na základě netransparentně stanovených zadávacích podmínek (termín splnění), dospěl Úřad k závěru, že netransparentní postup zadavatele při vymezení termínu splnění veřejné zakázky a neprodloužení termínu podání nabídek mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky.

Aktivní legitimace navrhovatele

107. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 17.4.2013 uvedl svůj názor, že navrhovatel neměl zájem o podání nabídky na veřejnou zakázku, neboť by navrhovatel sice mohl splnit kvalifikační předpoklady veřejné zakázky prostřednictvím subdodavatele, ale předmět plnění veřejné zakázky nespadá do zájmu jeho podnikatelských činností. Dle jeho webových stránek www.katkatp.cz se navrhovatel zabývá výhradně likvidací, výkupem a zpracování všech druhů plastů tříděním, lisováním, smluvní drcením a regranulací plastů, výkupem a zpracováním všech druhů papíru tříděním, lisováním a mezinárodním obchodem se surovinami s celosvětovou působností, nikoli však stavebními pracemi.

108. Úřad navrhovateli usnesením č. j. ÚOHS-S206/2013/VZ-14621/2013/511/ABr ze dne 5.8.2013 uložil doložení dokladů, ze kterých by vyplývalo, že je dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání předmětné veřejné zakázky.

109. Na základě výše uvedeného usnesení navrhovatel ve svém přípise ze dne 13.8.2013 uvedl, že v rámci zadávacího řízení byl připraven podat společnou nabídku společně se společností SAPROVEN, což doložil dokumentem nazvaným „Smlouva podle ustanovení §51 odst. 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách" (dále jen „smlouva"). Dále argumentoval, že podle ustanovení § 51 odst. 5 zákona je každý z dodavatelů podávajících společnou nabídku povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona musí prokázat všichni dodavatelé společně.

110. Dále navrhovatel vyslovil názor, že sama skutečnost, že řádně upozornil zadavatele na špatně nastavené zadávací podmínky, které jsou v rozporu s ustanovením § 6 odst. 1 zákona, svědčí o tom, že navrhovatel má zájem realizovat předmět veřejné zakázky.

111. Podle § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.

112. Podle § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, zadavateli podat zdůvodněné námitky.

113. Ve světle shora citovaných zákonných ustanovení lze navrhovatele (tj. osobu, které svědčí aktivní legitimace k podání návrhu) definovat jako dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

114. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání návrhu je tedy dána za kumulativního splnění dvou předpokladů:

   - jedná se o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a
   - kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

115. Pro úplnost považuje Úřad za nutné dodat, že tyto požadavky vyplývají též z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie. Zejména se jedná o čl. 1 odst. 3 směrnice

89/665/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce, který stanoví, že členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle podrobných pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí.

116. Uvedené ustanovení komunitární směrnice bylo rovněž předmětem výkladu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU"). Z rozsudku SDEU C-410/01 ze dne 19.6.2003 ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) vyplývá, že jednotlivé členské státy sice mají možnost stanovit konkrétní pravidla pro řízení, v nichž je přezkoumáván postup zadavatele, vždy se však musí pohybovat v rámci směrnice 89/665/EHS. SDEU konstatoval, že pojem zájem na získání veřejné zakázky nesmí být vykládán způsobem, který by omezil účinnost dané směrnice. V rozsudku SDEU ze dne 24.6.2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, Recueil, s. I-0000, bod 24 bylo konstatováno: „Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma."

117. Z uvedeného je zřejmé, že závěr o tom, že navrhovatel je dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, je - jak uvedeno výše - předpokladem aktivní věcné legitimace navrhovatele k podání návrhu proti zadávacím podmínkám. Důkazní břemeno, pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky nebo vzniku újmy na svých právech, nese navrhovatel. Toto důkazní břemeno ohledně aktivní věcné legitimace navrhovatele vychází z tzv. břemena tvrzení, jehož rozsah je určen § 110 odst. 1 zákona, tj. okruhem skutečností, které v konkrétním případě musí být tvrzeny. Důkazním břemenem se rozumí procesní odpovědnost účastníka řízení (rozuměno procesní odpovědnost navrhovatele) za to, zda v řízení byla či nebyla prokázána jeho tvrzení a že z tohoto důvodu muselo být v posuzovaném případě rozhodnuto o jeho účastenství v řízení v jeho prospěch či neprospěch. Navrhovatel tedy měl povinnost tvrdit, z jakých zákonem relevantních důvodů (§ 110 odst. 1 zákona) na něj je nutné nahlížet jako na účastníka řízení (břemeno tvrzení), ale též povinnost toto své tvrzení doložit, tj. břemeno důkazní. Je to totiž právě navrhovatel, kdo má osvědčit skutečnosti uvedené v citovaném ustanovení, a to nejen prostřednictvím tvrzení určitých skutečností, nýbrž i prokázáním správnosti těchto svých tvrzení.

118. Prvou podmínkou účastenství navrhovatele v řízení je skutečnost, že jde o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky. Tato podmínka plyne z ust. § 110 odst. 1 zákona. Je na tomto místě vhodné zdůraznit, že např. v rozsudku ve věci C-570/08, Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v. Anatheoritiki Archi Prosforon, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias (Kypr) bylo zdůrazněno, že článek 1 odst. 3 směrnice 89/665 o koordinaci právních a správních předpisů formulací, podle níž přezkumné řízení musí být dostupné „[přinejmenším] každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky", definuje okruh osob, které musí mít na základě této směrnice právo podat návrh na přezkum.

119. Z výše uvedeného i přes absenci konkrétní legislativní definice pojmu „zájem na získání určité veřejné zakázky“ lze dovodit, že tento zájem má ten, kdo v daném zadávacím řízení podal nabídku. Za situace, kdy k domnělému porušení zákona ze strany zadavatele mělo dojít již při vymezení zadávacích podmínek (např. stanovením diskriminačního kvalifikačního předpokladu) bude tento zájem navrhovatele, který nabídku právě s ohledem na namítané porušení zákona nepodal, na získání předmětné veřejné zakázky vždy pravděpodobný a do jisté míry hypotetický. To však nezbavuje navrhovatele povinnosti tvrdit a uvést všechny rozhodné skutečnosti a navrhnout důkazy, že takový zájem na získání předmětné veřejné zakázky v daném případě měl. Aktivní legitimace by přitom měla svědčit i potenciálnímu dodavateli, který by byl oprávněn předmětnou veřejnou zakázku plnit.

120. V souladu se závěry odborné literatury (Raus, D. Nad možnostmi obrany proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Právní fórum 2008, č. 5) Úřad uvádí, že podmínka zájmu na získání určité veřejné zakázky ve smyslu § 110 odst. 1 zákona bude splněna tam, kde dodavatel alespoň potenciálně mohl příslušné plnění ve prospěch zadavatele objektivně realizovat.

121. Z toho se podává, že zájem o získání určité veřejné zakázky zcela jistě nemá – obecně řečeno – pouze takový dodavatel, který vůbec nebyl (není) takovou konkrétní veřejnou zakázku oprávněn z formálních důvodů plnit, tzn. například nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním povolením k plnění veřejné zakázky nebo případně nečiní žádné úkony, aby byl oprávněn konkrétní veřejnou zakázku plnit.

122. Podle ustanovení § 51 odst. 5 zákona je každý z dodavatelů podávajících společnou nabídku povinen prokázat splnění základních kvalifikačních předpokladů podle ustanovení § 50 odst. 1 písm. a) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona v plném rozsahu. Splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona musí prokázat všichni dodavatelé společně.

123. V šetřeném případě navrhovatel v návrhu ze dne 11.4.2013 tvrdil, že měl a má zájem o získání předmětné veřejné zakázky, a následně prokázal, že se společností SAPROVEN uzavřel smlouvu podle ustanovení § 51 odst. 6 zákona. V této smlouvě se uvádí, že účastníci této smlouvy se dohodli, že navrhovatel učiní veškeré možné kroky k zajištění autorizovaného inženýra s osvědčením autorizovaného inženýra v oboru dopravní stavby, vydaného ČKAIT podle zákona o autorizaci. Dále se účastníci citované smlouvy zavazují učinit veškeré kroky k zajištění subdodavatelů, jimiž bude prokazována kvalifikace, jež je nezbytná pro podání společné nabídky.

124. Dále Úřad zjistil, že v předloženém výpise z Obchodního rejstříku vedeného Městským soudem v Praze má společnost SAPROVEN zapsán předmět podnikání „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ a že podle výpisu z veřejné části Živnostenského rejstříku disponuje živnostenským oprávněním „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“.

125. Jestliže společnost SAPROVEN disponuje živnostenským oprávněním „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ a jestliže si současně účastníci smlouvy ve stadiu před podáním nabídek dohodli, že budou společně zajišťovat splnění dalších kvalifikačních předpokladů, lze to podle názoru Úřadu považovat za prokázání zájmu o získání předmětné veřejné zakázky navrhovatelem, neboť navrhovatel učinil určité úkony (uzavřel smlouvu), nutné k tomu, aby se případně mohl daného zadávacího řízení účastnit.

126. Druhou stěžejní podmínkou uvedenou v ustanovení § 110 odst. 1 zákona, která musí být při zkoumání aktivní věcné legitimace navrhovatele splněna kumulativně s předchozí, shora popsanou podmínkou, je, aby šlo o takového dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.

127. Předpokladem podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je mj. též domnělé porušení zákona ze strany zadavatele, v jehož důsledku hrozí nebo vznikla potencionálnímu dodavateli újma na jeho právech. Domnělým, navrhovatelem v návrhu tvrzeným a dále též i prokazovaným porušením zákona má být vymezení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem. Nelze s ohledem na shora uvedené než uzavřít, že tento předpoklad (tvrzení takového úkonu /úkonů/ zadavatele, jímž /jimiž/ došlo k domnělému porušení zákona) stanovený v ust. § 110 odst. 1 zákona lze považovat ze strany navrhovatele za splněný. Úřad se proto následně zabýval tím, zda v důsledku těchto tvrzených úkonů, jimiž mělo dojít k domnělému porušení zákona, navrhovateli hrozila nebo vznikla újma na jeho právech.

128. Předně je Úřad nucen konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou v okamžiku podání návrhu není možné přesně stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele. Povinnosti prokázat vznik újmy se obšírně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15.7.2010, č.j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, v němž bylo uzavřeno, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.

129. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 11.4.2013 prohlásil, že má zájem na získání předmětné veřejné zakázky, a že mu hrozí škoda v důsledku specifikovaných porušení zákona ve formě ušlého zisku.

130. Podle názoru Úřadu navrhovateli skutečně může hrozit újma, neboť pokud by byla veřejná zakázka zadána v souladu se zákonem, mohl by se navrhovatel zadávacího řízení zúčastnit a podat nabídku a v takovém případě nelze vyloučit, že by jeho nabídka mohla být vybrána jako nejvhodnější, tedy mohl by realizovat tuto veřejnou zakázku a realizovat tak svůj zisk.

131. Protože však pro úkony, jimiž mělo dojít k porušení zákona již v zadávacích podmínkách, nepodal nabídku a neměl tak možnost se zadávacího řízení zúčastnit, nelze než uzavřít, že rovněž tato podmínka stanovená v ust. § 110 odst. 1 zákona jím byla splněna a před Úřadem prokázána.

132. Ve světle shora uvedených úvah tedy Úřad uzavírá, že navrhovateli v šetřeném případě svědčila aktivní legitimace pro podání návrhu.

Další pochybení zadavatele

133. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil již při zpracování zadávací dokumentace a Úřad zrušil zadávací řízení, považuje Úřad za nadbytečné zabývat se ostatními v návrhu uvedenými dalšími údajnými porušeními zákona, když již výše uvedené závěry dostatečně odůvodňují uložení nápravného opatření uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Uvedený závěr vyplývá např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2A2/99, ze kterého lze vyvodit, že

zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod.

VI. ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

134. Podle ustanovení § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

135. Při rozhodování podle § 118 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy stavu, a to při dodržení základních zásad procesu zadávání, tj. transparentnosti zadávání veřejných zakázek a dodržování zásad stejného zacházení a nediskriminace uchazečů o veřejné zakázky.

136. Jak vyplývá z výše uvedeného, diskriminační postup zadavatele při stanovení profesních kvalifikačních předpokladů mohl zúžit počet v úvahu přicházejících dodavatelů o dodavatele, kteří mají pro odbornou činnost, odborné vedení provádění stavby a její změny v oboru dopravní stavby zajištěny hostující a usazené osoby podle zákona o autorizaci. Rovněž postup zadavatele při stanovení obsahových a formálních náležitostí nabídky a při změně zadávacích podmínek, a to zejm. z hlediska termínu splnění předmětné veřejné zakázky, mohl odradit potencionální dodavatele od podání nabídek. Nelze tedy vyloučit, že v případě postupu zadavatele v souladu se zákonem mohli potencionální dodavatelé podat výhodnější nabídky, než vybraný uchazeč.

137. Vzhledem k tomu, že zadavatel závažně pochybil již při vymezení zadávacích podmínek, čímž zúžil počet v úvahu přicházejících dodavatelů, kteří mohli podat nabídku a způsobil tak, že není na jisto postavené, že nabídka vybraného uchazeče bude nejvhodnější, musel Úřad zrušit zadávací řízení předmětné veřejné zakázky tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

VII. NÁKLADY ŘÍZENÍ

138. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 odst. 1 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

139. Vzhledem k tomu, že zadávací řízení bylo tímto rozhodnutím zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

140. 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 2013000206.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:
Správa a údržba silnic Ústeckého kraje, příspěvková organizace, Ruská 260, 417 03 Dubí
KATKA TP a. s., Michelská 12a/18, 140 00 Praha 4

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