UOHSX006O0HV

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S916/2014/VZ-1398/2015/542/RNi Brno 14. ledna 2015

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 3. 11. 2014 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou:

- zadavatel – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 05 Hradec Králové,
- navrhovatel – Eckert & Ziegler f-noc Deutschland GmbH, HRB 7413, se sídlem Nicolaus-August-Otto-Strasse 7a, 563 57 Holzhausen, Spolková republika Německo, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 8. 4. 2014 Mgr. Markétou Deimelovou, advokátkou, ev. č. ČAK 04782, Taylorwessing e|n|w|c advokáti v.o.s., se sídlem U Prašné brány 1, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „Radiofarmaka 18F-Fludeoxyglukosa pro Oddělení nukleární medicíny Fakultní nemocnice Hradec Králové“ zadávané formou otevřeného řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 24. 3. 2014 a uveřejněno dne 25. 3. 2014 pod ev. č. 480126 a následně opraveno dne 7. 5. 2014 a 5. 6. 2014 a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 3. 2014 pod. ev. č. 2014/S 062-104872 a následně opraveno dne 10. 5. 2014 a 6. 6. 2014,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Eckert & Ziegler f-noc Deutschland GmbH, HRB 7413, se sídlem Nicolaus-August-Otto-Strasse 7a, 563 57 Holzhausen, Spolková republika Německo – ze dne 3. 11. 2014 **se** podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších

předpisů, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odst. 1 nebo 2 tohoto ustanovení zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení

1. Zadavatel – Fakultní nemocnice Hradec Králové, IČO 00179906, se sídlem Sokolská 581, 500 05 Hradec Králové (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), do Věstníku veřejných zakázek dne 24. 3. 2014 a uveřejnil dne 25. 3. 2014 pod ev. č. 480126 s následnou opravou dne 7. 5. 2014 a 5. 6. 2014 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 3. 2014 pod ev. č. 2014/S 062-104872 a následně opravil dne 10. 5. 2014 a 6. 6. 2014 oznámení otevřeného zadávacího řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Radiofarmaka 18F-Fludeoxyglukosa pro Oddělení nukleární medicíny Fakultní nemocnice Hradec Králové“ (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Z bodu II.1.5) „Stručný popis zakázky nebo nákupu(ů)“ oznámení o zakázce vyplývá, že předmětem veřejné zakázky byly průběžné dodávky po období čtyř let radiofarmaka 18F-Fludeoxyglukosa pro humánní vyšetření metodou PET či PET/CT ve formě injekčního roztoku s měrnou aktivitou minimálně 100 MBq/ml v jedné lahvičce o objemu 10 ml umožňující opakovaný odběr roztoku.

3. Z oddílu IV.2.1) „Kritéria pro zadání zakázky“ oznámení o zakázce vyplývá, že zadavatel zvolil jako hodnotící kritérium nejnižší nabídkovou cenu.

4. Zadavatel v bodě VI. „Další požadavky zadavatele na obsah a zpracování nabídky“ zadávací dokumentace o veřejné zakázce mimo jiné uvedl, že *„uchazeč je povinen doložit potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7, včetně uvedení vybavení a typů vozidel k tomu používaných, osvědčení o školení řidičů vozidel, osvědčení způsobilosti bezpečnostního poradce pro přepravu nebezpečných věcí a typového schválení obalu pro přepravu*“.

5. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 30. 6. 2014 k předmětné veřejné zakázce vyplývá, že ve lhůtě pro podání nabídek obdržel zadavatel tři nabídky.

6. Ze zprávy o posouzení nabídek a předběžném hodnocení I. ze dne 19. 8. 2014 vyplývá, že hodnotící komise po kontrole splnění ostatních požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci o veřejné zakázce doporučila vyzvat všechny uchazeče k písemnému vysvětlení nabídky, a to v souvislosti s požadavkem zadavatele na doložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7.

7. Ve zprávě o posouzení nabídek a předběžném hodnocení II. ze dne 26. 9. 2014 je v bodě IV. „Kontrola splnění ostatních zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci k výše uvedené veřejné zakázce“ uvedeno, že *„na základě písemných vysvětlení nabídek uchazečů a následné kontroly možnosti splnění některých požadavků stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci dospěla hodnotící komise k závěru, že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a proto*

doporučuje hodnotící komise zrušit zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona". Hodnotící komise jako důvod uvedla, že zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci v části VI. po uchazečích předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7, přičemž z písemných vysvětlení nabídek uchazečů a následné kontroly možnosti splnění výše uvedeného požadavku vyplývá, že v rámci České republiky není možné takový požadavek splnit, resp. že není povinnost žádného příslušného orgánu takové potvrzení uchazečům vystavit.

8. Dne 26. 9. 2014 rozhodl zadavatel o zrušení předmětného zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona, přičemž jako důvod zadavatel uvedl, že v části VI. zadávací dokumentace požadoval po uchazečích předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7, avšak z písemných vysvětlení nabídek uchazečů a následné kontroly možnosti splnění výše uvedeného požadavku zjistil, že v rámci České republiky není možné takový požadavek splnit, resp. že není povinnost žádného příslušného orgánu takové potvrzení uchazečům vystavit.

9. Dne 30. 9. 2014 bylo uchazeči Eckert & Ziegler f-noc Deutschland GmbH, HRB 7413, se sídlem Nicolaus-August-Otto-Strasse 7a, 563 57 Holzhausen, Spolková republika Německo, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 8. 4. 2014 Mgr. Markétou Deimelovou, advokátkou, ev. č. ČAK 04782, Taylorwessing e|n|w|c advokáti v.o.s., se sídlem U Prašné brány 1, 110 00 Praha 1 (dále jen „navrhovatel") doručeno oznámení zadavatele ze dne 26. 9. 2014 o zrušení zadávacího řízení.

10. Dne 14. 10. 2014 podal navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 26. 9. 2014 námitky, které zadavatel obdržel dne 15. 10. 2014. Zadavatel podaným námitkám navrhovatele rozhodnutím ze dne 22. 10. 2014 nevyhověl, přičemž rozhodnutí o námitkách navrhovatel obdržel dne 3. 11. 2014.

11. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 3. 11. 2014 návrh z téhož dne na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad").

II. Obsah návrhu

12. Návrh navrhovatele směřuje proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Navrhovatel odmítá názor, že je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení na základě porušení zákona, které zjistil dodatečně, a odkázal se na § 84 odst. 2 písm. e) zákona, který poskytuje zadavateli možnost, aby zrušil zadávací řízení, pokud zjistí, že některým svým úkonem porušil zákon. Navrhovatel uvádí, že toto ustanovení zákona vyžaduje existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, které se vyskytly v průběhu zadávacího řízení, a pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Navrhovatel v souvislosti s uvedeným odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010 a na rozhodovací praxi Úřadu, dle kterých musí být důvody pro zrušení zadávacího řízení objektivní a musí stát vně veřejného zadavatele.

13. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel je vždy povinen před zahájením zadávacího řízení zvážit proveditelnost právních i technických nároků, které pak uvede v zadávací dokumentaci. Podle navrhovatele tak měly být okolnosti vedoucí k porušení zákona

zadavatelem v šetřeném případě zadavateli známy již před oznámením úmyslu zadat předmětnou veřejnou zakázku.

14. Pro objasnění pojmu důvodů hodných zvláštního zřetele navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010, ve kterém soud vyložil pojem důvody hodné zvláštního zřetele následovně: „*Důvody hodné zvláštního zřetele jsou neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje. V oblasti práva veřejných zakázek je třeba si navíc počínat tak, aby interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévoli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu, a tedy přesně v duchu výkladu provedeného krajským soudem. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zejména slovní spojení důvody hodné zvláštního zřetele vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.*“

15. Navrhovatel konstatuje, že pokud zadavatel okolnosti způsobil sám svým jednáním, respektive opomenutím, nelze tyto charakterizovat jako okolnosti objektivní, na vůli zadavatele nezávislé. Zadavatelův výklad by tak podle názoru navrhovatele zcela popřel účel formulace textu § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

16. Navrhovatel uvádí, že Úřad v rozhodnutí č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘí jako důvody oprávněné uvádí příklady, kdy byla zadavateli na veřejnou zakázku přislíbena dotace a před ukončením zadávacího řízení je zřejmé, že zadavatel tuto dotaci neobdrží, nebo pokud je na majetek zadavatele v průběhu zadávacího řízení prohlášen konkurs, nebo zadavatel vstoupí do likvidace, nebo v důsledku živelné pohromy nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby dokončil zadávací řízení na plnění, které již s ohledem na živelnou událost objektivně nemůže požadovat, atd. Z výše uvedeného podle navrhovatele vyplývá, že jakékoli vlastní jednání či opomenutí zadavatele nelze považovat za relevantní důvod pro zrušení zadávacího řízení. Podle navrhovatele skutečnosti, které zadavatel označuje za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jsou bez ohledu na konkrétní obsah čistě subjektivní povahy a vycházejí pouze z činnosti zadavatele v zadávacím řízení. Navrhovatel se proto domnívá, že zadavatel nenaplnil důvody pro zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

17. Navrhovatel v této souvislosti poukazuje rovněž na § 56 odst. 6 zákona, ze kterého vyplývá, že pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsoby stanovenými podle odst. 5, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. Ostatní účastníci zadávacího řízení, kteří nemožnost získání potvrzení nenamítli, prokázali podle zprávy o posouzení nabídek a předběžném hodnocení I. ze dne 19. 8. 2014 splnění podmínky čestným prohlášením. Nedostatek zadavatelem stanoveného požadavku tak byl podle navrhovatele poměrně snadno zhojitelný, když uchazeči předložili čestné prohlášení. Navrhovatel se domnívá, že za této situace si nelze představit, že by při následném přezkoumání úkonů zadavatele došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt.

18. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením zadavatele uvedeným v jeho rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 10. 2014, že v případě potvrzení splnění podmínek pro přepravu ADR se nejednalo o technické kvalifikační předpoklady a nemohl tak postupovat podle § 56 odst. 6 zákona, neboť podstata veřejné zakázky spočívala v zajištění průběžných dodávek radiofarmak 18 F-Fludeoxyglukosy a s tím spojených technických požadavků, ale zároveň i požadavky související s dopravou tohoto materiálu. ADR je ve své podstatě soubor norem, které určují technické, odborné a personální podmínky pro tuto přepravu. Navrhovatel je přesvědčen, že tyto podmínky lze splnit samostatně. Skutečnost, že si zadavatel nezjistil, že se v České republice potvrzení o splnění podmínek pro přepravu ADR nevydává, je výlučně jeho pochybením, které se nevyskytlo v průběhu řízení. Z textu zadávací dokumentace ani nevyplývá, který orgán měl potvrzení vydat, podle navrhovatele by tedy bylo možné dovodit, že prohlášení uchazečů je v takovém případě naprosto dostačující.

19. Přestože požadavek na doložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR nebyl explicitně uveden jako technický kvalifikační předpoklad, do technických kvalifikačních předpokladů však podle navrhovatele jistě patří.

20. Navrhovatel zastává názor, že pokračováním v zadávacím řízení by zadavatel neporušil ani jednu ze zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona, neboť podmínky by pro všechny dodavatele zůstaly stejné. Navrhovatel uvádí, že charakteristika příslušného potvrzení ADR uvedená v zadávací dokumentaci je dostačující a případní uchazeči o veřejnou zakázku mohli během celého procesu zadávání veřejné zakázky i před ním objektivně posoudit svoje kvalifikační předpoklady i z tohoto hlediska. Navrhovatel podotýká, že v souladu se zákonem je každý dodavatel oprávněn požadovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám, či podat námitky proti zadávací dokumentaci. Žádný z dodavatelů této možnosti nevyužil a z tohoto důvodu nebylo podle navrhovatele zrušení zadávacího řízení na místě.

21. Navrhovatel konstatuje, že zrušení zadávacího řízení výrazně poškozuje uchazeče, kteří se ho účastnili, a to zejména s ohledem na vynaložený čas a nemalé investované finanční prostředky. Zrušením zadávacího řízení zadavatel porušil zásadu transparentnosti a neodpovídá rovněž zásadě hospodárnosti a celkovému účelu zákona, kterým je efektivní vynakládání veřejných prostředků na základě férové hospodářské soutěže. Navrhovatel se domnívá, že porušením zákona byl znemožněn výběr jeho nabídky jako nejvhodnější a přišel tak o možnost plnit veřejnou zakázku.

22. Navrhovatel závěrem navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření podle § 118 odst. 1 zákona, které bude spočívat ve zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 26. 9. 2014 o zrušení zadávacího řízení.

III. Průběh správního řízení

23. Úřad obdržel návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele dne 3. 11. 2014 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen dne 4. 11. 2014.

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

25. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S916/2014/VZ-23479/2014/542/RNi ze dne 7. 11. 2014.

26. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S916/2014/VZ-23943/2014/542/RNi ze dne 12. 11. 2014 stanovil navrhovateli lhůtu pěti dnů ode dne doručení tohoto usnesení ke složení kauce ve výši 100 000,- Kč podle § 115 odst. 1 zákona a k doložení dokladu o jejím složení. Citovaným usnesením byla navrhovateli rovněž stanovena lhůta pěti dnů ode dne doručení tohoto usnesení k prokázání doručení stejnopisu návrhu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž obdržel rozhodnutí zadavatele o námitkách ze dne 22. 10. 2014.

Vyjádření zadavatele ze dne 12. 11. 2014

27. Dne 14. 11. 2014 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 12. 11. 2014, v němž zadavatel uvádí, že jeho požadavek na předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7 byl v zadávací dokumentaci vymezen v souladu s § 44 odst. 3 písm. j) zákona jako „Další požadavky zadavatele na obsah a zpracování nabídky“, nikoliv jako technický kvalifikační předpoklad. S přihlédnutím ke skutečnosti, že uchazeč je podle § 56 odst. 6 zákona oprávněn jinými rovnocennými doklady prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů, nebyl postup zadavatele ve smyslu navrhovaném navrhovatelem možný. V souvislosti s uvedeným pak zadavatel odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 78/2010 ze dne 30. 9. 2011, v němž je uvedeno, že „*v zadávacím řízení není důležité jen to, jaké požadavky jsou na eventuální uchazeče kladeny, ale podstatnou roli hraje i jejich správné zařazení do jednotlivých zákonem stanovených částí. Toto zařazení totiž determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Zadavatel je při hodnocení kvalifikace vázán kritérii, která uveřejnil v oznámení příslušného zadávacího řízení. Stanovené požadavky na konkrétní kvalifikaci a způsob jejího prokázání nemůže později jakkoliv měnit. Takto stanovené požadavky nemůže nepochybně jakkoliv měnit ani Úřad jako orgán dohledu, ať už se to týká samotného požadavku či způsobu prokázání jeho splnění nebo jakékoliv jiné dispozice, např. přeřazení z obchodních podmínek do kvalifikačních předpokladů.*“

28. Zadavatel konstatuje, že i přesto, že jím vymezený požadavek je podle zákona technickým kvalifikačním předpokladem, nebyl schopen s ohledem na výše uvedené napravit nesprávné zařazení takto vymezeného požadavku v zadávací dokumentaci ve smyslu § 111 odst. 6 zákona. Zadavatel nebyl rovněž oprávněn postupovat podle § 59 odst. 4 a § 56 odst. 6 zákona, neboť tento postup by byl nepochybně v rozporu se zákonem, čímž by se dopustil správního deliktu. Za účelem objasnění splnění jím stanoveného požadavku vyzval zadavatel uchazeče dne 19. 8. 2014 v souladu s § 76 odst. 3 zákona k písemnému vysvětlení nabídky. Podle § 76 odst. 3 zákona však není zadavatel na rozdíl od § 59 odst. 4 zákona oprávněn požádat o doplnění nabídky či dokladů.

29. Zadavatel s ohledem na skutečnost, že požadované potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 je vydáváno pouze v některých státech a zadavatel na splnění tohoto požadavku trval a trvá, nemohl dále pokračovat v zadávacím řízení, neboť by se mohl dopustit diskriminace, popř. porušení zásady rovného zacházení jak u stávajících, tak u potenciálních uchazečů. Zadavatel je přesvědčen, že za těchto okolností mu nezbylo nic jiného, než zadávací řízení zrušit podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

30. Zadavatel uvádí, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona je použitelné i na ty případy, kdy se zrušením zadávacího řízení napravuje porušení zákona na straně zadavatele, které již není možné zhojit jiným způsobem, což vyplývá z důvodové zprávy k zákonu, odborné literatury, ale i rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010. Objektivita důvodů podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona tak nemůže být vykládána natolik restriktivně, jak činí navrhovatel, neboť v takovém případě by se zadavatel dostal do zcela patové situace, kdy by po uchazečích vyžadoval nesplnitelné, nemohl tuto chybu odstranit a zároveň by byl nucen v zadávacím řízení pokračovat.

31. Zadavatel pro úplnost uvádí, že o nesprávném zařazení technického kvalifikačního předpokladu se dozvěděl až v průběhu posouzení nabídek, a to v souvislosti s prokazováním splnění požadavků zadavatele, které byly stanoveny v zadávací dokumentaci. Předmětného pochybení se zadavatel dopustil i u dalších požadavků zadavatele uvedených v kapitole „Další požadavky zadavatele na obsah a zpracování nabídky“, které měly být rovněž vymezeny jako kvalifikační předpoklady. Jako příklad zadavatel uvádí požadavek na osvědčení o školení řidičů či osvědčení o způsobilosti bezpečnostního poradce.

32. Zadavatel nad rámec poznamenává, že návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele mu byl doručen dne 4. 11. 2014, což je po lhůtě stanovené v § 114 odst. 4 zákona, přičemž rozhodnutí o námitkách navrhovatele bylo navrhovateli doručeno dne 23. 10. 2014.

33. Zadavatel závěrem konstatuje, že jeho postup v předmětném zadávacím řízení byl odůvodněný a v souladu se zákonem, přičemž neměl jinou možnost danou zákonem, jak vzniklý nedostatek zhojit. Zadavatel má za to, že jeho rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona je objektivní a učiněné v souladu se zákonem.

34. Dne 20. 11. 2014 obdržel Úřad od navrhovatele doklady požadované Úřadem usnesením č. j. ÚOHS-S916/2014/VZ-23943/2014/542/RNi ze dne 12. 11. 2014, konkrétně výpis z účtu ze dne 18. 11. 2014 prokazující složení kauce na účet Úřadu a doručenku datové zprávy prokazující doručení stejnopisu návrhu zadavateli.

35. Dne 24. 11. 2014 zástupce zadavatele po předchozí písemné žádosti ze dne 14. 11. 2014 nahlédl do správního spisu ve věci předmětné veřejné zakázky.

Vyjádření navrhovatele ze dne 25. 11. 2014

36. Dne 25. 11. 2014 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, kterým navrhovatel reaguje na vyjádření zadavatele ze dne 12. 11. 2014 k návrhu, konkrétně na tvrzení zadavatele o doručení návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele po lhůtě stanovené zákonem. Navrhovatel uvádí, že zadavatel odeslal rozhodnutí ze dne 22. 10. 2014 o námitkách navrhovatele poštou, přičemž jako adresáta uvedl společnost Taylorwessing e|n|w|c advokáti v.o.s., bez označení adresáta dopisu. Na dopise nebylo uvedeno jméno právní zástupkyně navrhovatele, která se ve dnech 23. 10. 2014 a 24. 10. 2014 nevyskytovala v advokátní kanceláři, se kterou spolupracuje, a která převzala zmíněné rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Právní zástupkyně navrhovatele nebyla o doručení rozhodnutí o námitkách nijak informována a s jeho existencí se seznámila až při svém příchodu do kanceláře dne 27. 10. 2014, v tento okamžik bylo tedy rozhodnutí o námitkách navrhovatele právní zástupkyni navrhovatele doručeno.

37. Tato fikce doručení odpovídá podle navrhovatele současné právní úpravě a praxi. Zákon se k doručování vyjadřuje v § 148 odst. 2 zákona, když uvádí, že písemnosti lze doručovat osobně, prostřednictvím osoby provádějící přepravu zásilek, prostřednictvím držitele poštovní licence podle zvláštního právního předpisu, elektronickými prostředky, prostřednictvím datové schránky nebo jiným způsobem. Zákon se tedy omezuje pouze na výčet způsobů, jakými lze písemnosti doručovat, vlastní úpravu doručování písemností v průběhu zadávacího řízení ale neobsahuje. Na doručování a určení okamžiku doručení je tak podle navrhovatele nutno aplikovat právní úpravu obsaženou v obecném právním předpise, a to v zákoně č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“).

38. Ustanovení § 45 odst. 1 občanského zákoníku říká, že *„projev vůle působí nepřítomné osobě od okamžiku, kdy jí dojde.“* Z toho navrhovatel dovozuje, že projev vůle obsažený v písemnosti je vůči adresátovi účinný okamžikem doručení této písemnosti. Výkladem pojmu „dojde“ se zabýval Nejvyšší soud České republiky v rozsudku č. j. 28 Cdo 2622/2006 ze dne 30. 6. 2008, v němž konstatoval, že *„účinnost adresných jednostranných hmotně právních úkonů v režimu občanského zákoníku předpokládá, že projev vůle dojde, resp. je doručen adresátovi, tj. že se dostane do sféry jeho dispozice. Slovní spojení „dostane do sféry jeho dispozice“ nelze vykládat ve smyslu procesně právních předpisů. Je jím třeba rozumět konkrétní možnost nepřítomné osoby seznámit se s jí adresovaným právním úkonem.“*

39. Z citovaného rozsudku soudu podle navrhovatele vyplývá, že pro to, aby bylo možné písemnost považovat za doručenou, je stěžejní, zda se dostala do sféry dispozice adresáta a on tak získal objektivní možnost seznámit se s jejím obsahem, přičemž není rozhodné, zda se s jejím obsahem skutečně seznámil či nikoliv. Navrhovatel upozorňuje, že v uvedeném případě nebyl na písemnosti uveden adresát, tudíž došlo k zásadnímu pochybení zadavatele při doručení rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Navrhovatel k této problematice připojuje stanovisko České advokátní komory k doručování písemností advokátům do datové schránky, toto stanovisko však lze dle navrhovatele a contrario použít na výklad týkající se doručování právním zástupcům obecně.

40. Ve stanovisku České advokátní komory je mimo jiné uvedeno, že *„na otázku, zda se advokátům, kteří jsou společníky nebo zaměstnanci společnosti, může účinně doručovat do datové schránky právnické osoby, bylo řečeno, že zákon autoritativně zřizuje datové schránky všem advokátům. Úmyslem zákonodárce bylo obdařit všechny advokáty možností doručovat jim prostřednictvím datových schránek, a to bez ohledu na způsob výkonu advokacie. Z toho plyne, že má-li každý advokát zřízenu datovou schránku, doručuje se mu do této datové schránky, a nikoli do datové schránky právnické osoby, kam se bude doručovat pouze v případě, že adresátem bude samotná právnická osoba, ovšem nikoli v případě, že adresátem je advokát, vykonávající advokacii jako společník této společnosti nebo její zaměstnanec.“*

41. Navrhovatel uvádí, že i v případě, že by k doručení rozhodnutí o námitkách navrhovatele došlo již 23. 10. 2014, jak tvrdí zadavatel, konec lhůty pro doručení návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele by připadal na 3. 11. 2014, tedy na den, kdy navrhovatel odeslal návrh na přezkoumání úkonů zadavatele jak Úřadu, tak zadavateli. V takovém případě by byla lhůta rovněž dodržena, neboť ve vztahu k Úřadu se aplikuje ustálená judikatura, kdy podání prostřednictvím datové schránky vůči orgánu veřejné správy je učiněno okamžikem dodání

do datové schránky orgánu veřejné moci. Lhůta pro podání je tak zachována, je-li podání učiněné prostřednictvím datové schránky nejpozději poslední den této lhůty dodáno ve formě datové zprávy do datové schránky.

42. Ve vztahu k zadavateli pak Nejvyšší správní soud aplikuje obdobný princip, když povinnost doručit stejnopis návrhu zadavateli posuzuje jako úkon probíhající ve veřejnoprávní rovině, a proto se na něj musí aplikovat stejná ustanovení zákona jako pro doručování originálu návrhu Úřadu, nikoli § 17 odst. 3 zákona č. 300/2008 Sb., o elektronických úkonech a autorizované konverzi dokumentů, ve znění pozdějších předpisů. Stejně jako v případě orgánu veřejné správy je tak lhůta pro podání zachována, je-li podání učiněné prostřednictvím datové schránky nejpozději poslední den této lhůty dodáno ve formě datové zprávy do datové schránky zadavatele. Do datové schránky zadavatele bylo dodáno dne 3. 11. 2014.

43. Navrhovatel závěrem uvádí, že s ohledem na jím uvedené skutečnosti podal návrh ve lhůtě, a považuje námitku zadavatele za nedůvodnou.

44. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S916/2014/VZ-25044/2014/542/RNi ze dne 26. 11. 2014 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které byli oprávněni navrhovat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit své stanovisko v řízení.

Vyjádření navrhovatele ze dne 4. 12. 2014

45. Dne 4. 12. 2014 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, v němž navrhovatel mimo jiné uvádí, že je obecně přijímaným faktem, že veřejná zakázka, i když určená převažujícím druhem plnění, se většinou skládá z vícera druhů plnění. Předmětná veřejná zakázka je definována jako veřejná zakázka na dodávky, a tedy i základní technické kvalifikační předpoklady jsou definovány v souladu s § 56 odst. 1 zákona. Podle navrhovatele je však třeba uvést, že důležitou součástí této veřejné zakázky jsou i služby. Podmínky definované zadavatelem podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona, tedy jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky, nejsou zvláštním druhem podmínek nebo předpokladů ve smyslu ucelené a uzavřené skupiny. Tato sekce primárně slouží k doplnění nutné kvalifikace spojené přímo s předmětem veřejné zakázky, kdy zadavatel na základě opodstatněných specifických požadavků vyžaduje doplnění kvalifikace dodavatelů. Zákon neurčuje povahu těchto kritérií, avšak u veřejné zakázky, jejímž základním předmětem je plnění v podobě dodávek, přičemž technické kvalifikační předpoklady na tento druh plnění jsou definovány v souladu se zákonem, a u níž jsou součástí plnění rovněž služby, nelze předpokládat, že doplňující požadavky podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona učiněné v přímé souvislosti s technickými požadavky na tyto služby nejsou technickými požadavky. Zadavatel podle navrhovatele již od počátku neporozuměl komplexnosti předmětu veřejné zakázky, který je sice definován převažujícím druhem plnění, ale zároveň obsahuje i jiné druhy, které podle své povahy vyžadují jistý druh odbornosti nebo technického vybavení, a které zároveň nespadají do vymezení technických kvalifikačních předpokladů určených v § 56 zákona pro dodávky. Navrhovatel se domnívá, že tyto technické kvalifikační požadavky pro služby, které doplňují dodávky jako hlavní předmět plnění veřejné zakázky, musejí být vymezeny právě jako doplňující požadavky podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona, což ovšem nepopírá jejich povahu a s ní spojené postupy a práva a povinnosti zadavatele a dodavatelů.

46. K zadavatelem zmiňovanému rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 78/2010 ze dne 30. 9. 2011 opětovně opakuje, že systematika zákona dělí základní kvalifikační požadavky podle předmětu plnění veřejné zakázky, což ovšem neznamená, že veřejná zakázka nemá ve své podstatě další druhy plnění, které nevyžadují specifické požadavky. Dané rozhodnutí navíc pojednává o nepřípustném měnění podmínek dodatečným přeřazením kvalifikačních předpokladů z obchodních podmínek, což není předmětem sporu. Podle navrhovatele není v šetřeném případě přeřazení požadavků nutné, neboť i přes své zařazení v požadavcích podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona, má zmíněný požadavek povahu technického kvalifikačního předpokladu.

47. Navrhovatel konstatuje, že předložení osvědčení ADR bylo technickým kvalifikačním předpokladem a zadavatel tak mohl postupovat podle § 59 odst. 4 a § 56 odst. 6 zákona.

48. Zrušením zadávacího řízení zadavatel podle navrhovatele nejednal v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona a dopustil se správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. e) zákona.

Doplnění jednotlivých vyjádření navrhovatele ze dne 5. 12. 2014

49. Dne 5. 12. 2014 obdržel Úřad od navrhovatele doplnění jeho předchozích vyjádření z téhož dne. Navrhovatel doplňuje své vyjádření ze dne 25. 11. 2014, v němž uvedl, že jeho právní zástupkyně se ve dnech 23. 10. 2014 a 24. 10. 2014 nevyskytovala v advokátní kanceláři, kam bylo zadavatelem doručeno rozhodnutí o námitkách navrhovatele. Pro doložení tohoto tvrzení navrhovatel navrhuje jako důkaz přiložený výpis z Rakouské advokátní komory, kde právní zástupkyně navrhovatele taktéž působí jako evropský usazený advokát, a kde se ve dnech 23. 10. 2014 a 24. 10. 2014 zdržovala.

50. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S916/2014/VZ-27125/2014/542/RNi ze dne 17. 12. 2014 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

51. Dne 29. 12. 2014 obdržel Úřad žádost navrhovatele z téhož dne o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

52. Sdělením č. j. ÚOHS-S916/2014/VZ-27843/2014/542/RNi ze dne 30. 12. 2014 Úřad zamítnul žádost navrhovatele ze dne 29. 12. 2014 o prodloužení lhůty k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.

53. Dne 30. 12. 2014 zástupce navrhovatele po předchozí písemné žádosti ze dne 29. 12. 2014 nahlédl do správního spisu ve věci předmětné veřejné zakázky.

IV. Závěry úřadu

54. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, nabídek jednotlivých uchazečů, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl o zamítnutí návrhu tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

Relevantní ustanovení zákona

55. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.

56. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace 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.

57. Podle § 44 odst. 3 písm. j) zákona musí zadávací dokumentace obsahovat alespoň jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky.

58. Podle § 76 odst. 1 zákona posoudí hodnotící komise nabídky uchazečů z hlediska splnění zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávacích podmínkách a z hlediska toho, zda uchazeč nepodal nepřijatelnou nabídku podle § 22 odst. 1 písm. d) zákona. Nabídky, které tyto požadavky nesplňují, musí být vyřazeny. Jestliže nedošlo k vyřazení všech variant nabídky, nepovažuje se nabídka za vyřazenou. Ke zjevným početním chybám v nabídce, zjištěným při posouzení nabídek, které nemají vliv na nabídkovou cenu, hodnotící komise nepřihlíží. V případě veřejné zakázky na stavební práce, jejíž zadávací dokumentace obsahuje příslušnou dokumentaci podle § 44 odst. 4 písm. a) zákona, posoudí hodnotící komise nabídky v podrobnostech soupisu stavebních prací, dodávek a služeb a výkazu výměr.

59. Podle § 76 odst. 3 zákona může hodnotící komise v případě nejasností požádat uchazeče o písemné vysvětlení nabídky. Hodnotící komise může rovněž požádat o doplnění dokladů podle § 68 odst. 3 zákona. V žádosti hodnotící komise uvede, v čem spatřuje nejasnosti nabídky, které má uchazeč vysvětlit, nebo které doklady má uchazeč doplnit. Hodnotící komise nabídku vyřadí, pokud uchazeč nedoručí vysvětlení či doklady ve lhůtě 3 pracovních dnů ode dne doručení žádosti, nestanoví-li hodnotící komise lhůtu delší. Hodnotící komise může na žádost uchazeče tuto lhůtu prodloužit nebo může zmeškání lhůty prominout.

60. Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

K doručení stejnopisu návrhu zadavateli

61. K zadavatelem namítanému pozdnímu doručení stejnopisu návrhu navrhovatelem Úřad uvádí následující. Dne 14. 10. 2014 podal navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení ze dne 26. 9. 2014 námitky, které zadavatel obdržel dne 15. 10. 2014. Zadavatel podaným námitkám navrhovatele rozhodnutím ze dne 22. 10. 2014 nevyhověl, přičemž rozhodnutí o námitkách bylo podáno k poštovní přepravě téhož dne. Z výpisu „Sledování zásilek“ doručeného Úřadu spolu s vyjádřením zadavatele dne 14. 11. 2014 vyplývá, že rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele bylo doručeno do sídla zastoupení navrhovatele dne 23. 10. 2014, avšak fyzicky bylo dle tvrzení navrhovatele převzato až dne 27. 10. 2014. Z doručenky datové zprávy, kterou byl zadavateli doručován stejnopis návrhu, vyplývá, že stejnopis návrhu byl zadavateli navrhovatelem dodán do datové schránky dne 3. 11. 2014. Zadavatel se do datové schránky přihlásil až den následující.

62. V rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2013 je k problematice doručování stejnopisu návrhu zadavateli navrhovatelem uvedeno, že *„při doručování stejnopisu návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů*

zadavatele musí aplikovat stejná ustanovení zákona a výkladová pravidla, jako při doručování originálu návrhu Úřadu. Jestliže se doručování Úřadu řídí správním řádem, případně speciálním zákonem (zákon o elektronických úkonech), podle nichž je pro zachování lhůty možné podat návrh i v poslední den k poštovní přepravě či dodat do datové schránky, musí minimálně totéž platit v případě doručování stejnopisu zadavateli.“.

63. Podle § 114 odst. 4 zákona musí být návrh doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 kalendářních dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitkám nevyhověl.

64. S ohledem na citovaný rozsudek Nejvyššího správního soudu, ve kterém je rovněž konstatováno, že povinnost navrhovatele doručit stejnopis návrhu ve stejné lhůtě přímo zadavateli je oproti jiným řízením nadstandardní povinností, a znění ustanovení § 114 odst. 4 zákona, Úřad konstatuje, že stejnopis návrhu navrhovatele byl doručen zadavateli v zákonem stanovené lhůtě, a to bez ohledu na to, zda bylo rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele doručeno navrhovateli dne 23. 10. 2014 či dne 27. 10. 2014, neboť v obou případech byla lhůta pro doručení stejnopisu návrhu zadavateli navrhovatelem dodržena. Pokud by byl rozhodným okamžikem pro počítání lhůty pro doručení stejnopisu návrhu zadavateli den 23. 10. 2014, byl by posledním dnem lhůty pro doručení stejnopisu návrhu zadavateli den 3. 11. 2014, přičemž dne 3. 11. 2014 byl stejnopis návrhu dodán (tedy doručen) navrhovatelem prostřednictvím datové zprávy.

Shrnutí relevantních skutečností

65. Zadavatel v bodě VI. „Další požadavky zadavatele na obsah a zpracování nabídky“ zadávací dokumentace o veřejné zakázce mimo jiné uvedl, že „*uchazeč je povinen doložit potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7, včetně uvedení vybavení a typů vozidel k tomu používaných, osvědčení o školení řidičů vozidel, osvědčení způsobilosti bezpečnostního poradce pro přepravu nebezpečných věcí a typového schválení obalu pro přepravu*“.

66. Ve zprávě o posouzení nabídek a předběžném hodnocení I. ze dne 19. 8. 2014 je mimo jiné uvedeno, že po kontrole splnění ostatních zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci doporučila hodnotící komise vyzvat všechny uchazeče k písemnému vysvětlení nabídek, a to mimo jiné z důvodu objasnění prokázání požadavku zadavatele na předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7.

67. V žádosti o písemné vysvětlení nabídky zadavatele ze dne 19. 8. 2014 adresované uchazeči RadioMedic s.r.o., IČO 28389638, se sídlem Řež – Husinec 289, 250 68 Husinec (dále jen „uchazeč RadioMedic s.r.o.“) je mimo jiné uvedeno, že při kontrole nabídky uchazeče RadioMedic s.r.o. bylo zjištěno, že některé ze zadavatelem požadovaných dokumentů nebyly předloženy dostatečně v souladu se zadávací dokumentací. Zadavatel v žádosti o vysvětlení v části vztahující se ke splnění podmínky doložení potvrzení pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 konkrétně uvedl: „*Zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci v části VI. po uchazeči předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7. Ve vámi podané nabídce na str. 76 je předloženo pouze čestné prohlášení o tom, že výše popsané požadavky, jako uchazeč splňujete*.“.

68. V žádosti o písemné vysvětlení nabídky zadavatele ze dne 19. 8. 2014 adresované uchazeči ÚJV Řež, a.s., IČO 46356088, se sídlem Hlavní 130, 250 68 Husinec (dále jen „uchazeč ÚJV Řež, a.s.“) je mimo jiné uvedeno, že při kontrole nabídky uchazeče ÚJV Řež, a.s. bylo zjištěno, že některé ze zadavatelem požadovaných dokumentů nebyly předloženy dostatečně v souladu se zadávací dokumentací. Zadavatel v žádosti o vysvětlení v části vztahující se ke splnění podmínky doložení potvrzení pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 konkrétně uvedl: *„Zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci v části VI. po uchazeči předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7. Vaše nabídka v rámci odborně technického popisu obsahuje pouze prohlášení o tom, že výše popsané požadavky splňujete (str. 13 nabídky), nikoliv požadované potvrzení*.“.

69. V žádosti o písemné vysvětlení nabídky zadavatele ze dne 19. 8. 2014 adresované navrhovateli je mimo jiné uvedeno, že při kontrole nabídky navrhovatele bylo zjištěno, že některé ze zadavatelem požadovaných dokumentů nebyly předloženy dostatečně v souladu se zadávací dokumentací. Zadavatel v žádosti o vysvětlení v části vztahující se ke splnění podmínky doložení potvrzení pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 konkrétně uvedl: *„Zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci v části VI. po uchazeči předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7. Ve Vámi podané nabídce sice předkládáte povolení k dovozu a vývozu radioaktivních látek a povolení pro účely silniční přepravy ostatních radioaktivních látek na základě ADR, nicméně z předloženého není patrné, že se jedná o třídu 7.*“.

70. Dne 28. 8. 2014 obdržel zadavatel od uchazeče RadioMedic s.r.o. písemné vysvětlení nabídky ze dne 27. 8. 2014, v němž uchazeč RadioMedic s.r.o. ke splnění podmínky doložení potvrzení pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 konkrétně mimo jiné uvedl, že *„v jeho nabídce jsou kromě čestného prohlášení na str. 76 uvedeny také následující dokumenty:*

   - *kontrolní list vozidla,*
   - *osvědčení o školení řidičů,*
   - *certifikát obalového souboru,*
   - *osvědčení bezpečnostního poradce.*“.

   Součástí písemného vysvětlení nabídky uchazeče RadioMedic s.r.o. bylo rovněž vyjádření ze dne 26. 8. 2014 bezpečnostního poradce pro přepravu nebezpečných věcí Mgr. Tomáše Otcovského, který v uvedeném vyjádření závěrem shrnul, že čestné prohlášení uchazeče RadioMedic s.r.o. lze považovat za splnění požadavku zadavatele, neboť potvrzení musí být učiněno s ohledem na skutečnost, že příslušnému orgánu není ukládáno takové potvrzení vydat samotným účastníkem přepravy.

71. Dne 3. 9. 2014 obdržel zadavatel od navrhovatele písemné vysvětlení nabídky ze dne 2. 9. 2014, v němž navrhovatel ke splnění podmínky doložení potvrzení pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 mimo jiné uvedl, že *„z podkladů jím předložených v nabídce vyplývá, že společnost INTERFREIGHT, se sídlem ul. Domanskiego 46, 45 819 Opole, Polsko, je oprávněna vykonávat na základě povolení č. T1/2534/13/0 k přepravě ostatních radioaktivních látek po silnici, povolení č. D-18071 ze dne 27. 2. 2012 k přepravě radioaktivních látek jako součást lékařských výrobků a povolení č. D-16852 ze dne 15. 5. 2008*

k přepravě radioaktivních látek. Z uvedených povolení vyplývá, že je navrhovatel oprávněn k dovozu a vývozu radioaktivních látek a povolení k přepravě, byť tyto nejsou v povolení výslovně označeny třídou 7. Označení třída 7 je totožné se slovním označením radioaktivní látky. Tato skutečnost vyplývá z Evropské dohody o mezinárodní přepravě nebezpečných věcí, kterou je Česká republika vázána. I když v textu povolení není přímo uvedena třída 7, je na základě výše uvedeného zřejmé, že se jedná o radioaktivní látky.“.

72. Dne 4. 9. 2014 obdržel zadavatel od uchazeče ÚJV Řež, a.s. písemné vysvětlení nabídky z téhož dne, v němž uchazeče ÚJV Řež, a.s. ke splnění podmínky doložení potvrzení pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7 mimo jiné uvedl, že „*dodává 18F-Fludeoxyglukosu zadavateli od 2. 8. 2012 dle rámcové smlouvy č. 12SMP238. Po celou dobu dodávek splňuje podmínky pro přepravu nebezpečného zboží ADR třída 7 dané platnou legislativou a požadavky zadavatele. Zadavatel ve veřejné zakázce č. VZ 7202011010245 z roku 2012 stanovil stejné požadavky na přepravu nebezpečného zboží jako v zakázce č. 480126 z roku 2014. Uchazeč ÚJV Řež, a.s. dokládá svou způsobilost k přepravě nebezpečného zboží stejným způsobem.*“. Součástí vyjádření uchazeče ÚJV Řež, a.s. je rovněž rozbor legislativy České republiky vztahující se k přepravě radiofarmak, přičemž na základě uvedeného rozboru dospěl uchazeč ÚJV Řež, a.s. k závěru, že není možné požadovat po orgánech státní správy České republiky potvrzení, které zadavatel požaduje předložit v zadávací dokumentaci.

73. Ve zprávě o posouzení nabídek a předběžném hodnocení II. ze dne 26. 9. 2014 je v bodě IV. „Kontrola splnění ostatních zákonných požadavků a požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci k výše uvedené veřejné zakázce“ mimo jiné uvedeno, že „*na základě písemných vysvětlení nabídek uchazečů a následné kontroly možnosti splnění některých požadavků stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci dospěla hodnotící komise k závěru, že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a proto doporučuje hodnotící komise zrušit zadávací řízení v souladu s § 84 odst. 2 písm. e) zákona.*“.

74. Z oznámení o zrušení zadávacího řízení ze dne 26. 9. 2014, které je současně rozhodnutím zadavatele o zrušení zadávacího řízení, je uvedeno, že zadavatel ruší zadávací řízení ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jelikož se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Zadavatel odůvodnil zrušení zadávacího řízení tím, že „*v zadávací dokumentaci v části VI. po uchazečích požadoval předložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7. Z písemných vysvětlení nabídek uchazečů a následné kontroly možnosti splnění tohoto požadavku však vyplývá, že v rámci České republiky není možné takový požadavek splnit, resp., že není povinnost žádného příslušného orgánu takovéto potvrzení uchazečům vystavit.*“.

75. Úřad k problematice zrušení zadávacího řízení obecně konstatuje, že zákon rozlišuje mezi zákonnou povinností zrušit zadávací řízení a fakultativní možností zadavatele zrušit zadávací řízení v případech stanovených zákonem. Obligatorně se zadávací řízení ruší podle § 84 odst. 1 zákona, fakultativně za podmínek stanovených § 84 v odst. 2 až 5 zákona.

76. Je zřejmé, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona předpokládá skutečnosti, které jsou objektivní, a tedy nezávislé na vůli zadavatele – slovy zákona „v průběhu zadávacího řízení

se vyskytly důvody zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval“. Zadavatel by měl při posouzení oprávněnosti zrušení veřejné zakázky podle výše uvedeného ustanovení zákona zhodnotit, zda důvody pro zrušení veřejné zakázky splňují dvě podmínky vyplývající z citovaného ustanovení zákona, a to, zda se důvody vyskytly „v průběhu“ zadávacího řízení, a zda se jedná o důvody „zvláštního zřetele“.

77. Fakultativním důvodem pro zrušení zadávacího řízení uvedeným v § 84 odst. 2 písm. e) zákona, kterého se zadavatel v předmětné věci dovolává, se již dříve zabýval Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010, přičemž podal následující výklad: *„důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje. V situaci, kdy v zákoně není neurčitý právní pojem definován, je třeba jeho výklad hledat toliko v účelu zákona, tj. v oblasti práva veřejných zakázek je třeba počínat si mimo jiné tak, aby interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévoli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.*“.

78. Jako příklad důvodu hodného zvláštního zřetele uvedl Nejvyšší správní soud např. situaci, kdy zadavatel neobdrží přislíbenou veřejnou podporu nebo kdy zjistí porušení postupu předepsaného zákonem, který již není možné napravit a v důsledku kterého by zadavateli hrozilo uložení nápravného opatření nebo sankce. Jde tedy o důvody, které stojí vně zadavatele, které atakují samotný smysl dokončení již zahájeného zadávacího řízení, které vystavují zadavatele objektivnímu riziku pro případ, že by zadávací řízení zrušeno nebylo, a které by představovaly stejně závažný a objektivní důvod pro jinou osobu v témže nebo ve srovnatelném postavení zadavatele a v týchž či srovnatelných okolnostech, za nichž má být zadávací řízení rušeno.

79. V souvislosti s uvedeným odkazuje Nejvyšší správní soud v citovaném rozsudku na důvodovou zprávu dostupnou na internetových stránkách Poslanecké sněmovny Parlamentu České republiky (www.psp.cz), v níž je k ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona mimo jiné uvedeno, že *„lze zrušit řízení i v případě, že se v průběhu řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Takovými důvody může být například porušení postupu předepsaného zákonem pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření k nápravě, kterým by uvedené porušení zákona napravil, a při následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele by došlo k uložení nápravného opatření nebo pokuty za správní delikt*.“.

80. V šetřeném případě zadavatel spatřuje důvody zvláštního zřetele pro zrušení předmětné veřejné zakázky ve skutečnosti, že v průběhu zadávacího řízení dospěl ke zjištění, že jím specifikovaný požadavek v zadávací dokumentaci není možné splnit. Nemožnost splnění zadavatelem stanoveného požadavku v zadávací dokumentaci vyšla najevo v průběhu posouzení nabídek uchazečů, kdy zadavatel z obsahu doručených nabídek uchazečů zjistil,

že jeho požadavek na doložení potvrzení o splnění podmínky pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7, není dokládán jednotlivými uchazeči formou jím požadovaného potvrzení. Z písemných vysvětlení nabídek uchazečů byl následně informován o skutečnosti, že jeho požadavek je neopodstatněný, neboť neexistuje příslušný orgán státní správy či jiná organizace oprávněná k vydání potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží ADR třídy 7.

81. Pokud jde o zadavatelem uváděné důvody zrušení zadávacího řízení, je třeba posoudit, zda je skutečně možné pokládat je za „důvody zvláštního zřetele hodné“ ve smyslu výše uvedených judikaturních závěrů.

82. Mezinárodní silniční přeprava nebezpečných věcí je upravena Evropskou dohodou o mezinárodní silniční přepravě nebezpečných věcí (dále jen „dohoda ADR“). V České republice jsou podmínky přepravy nebezpečných věcí upraveny zákonem č. 111/1994 Sb., o silniční dopravě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o silniční dopravě“), v němž je v § 22 odst. 2 uvedeno, že silniční dopravou je dovoleno přepravovat pouze nebezpečné věci vymezené dohodou ADR, a to za podmínek v ní uvedených. V § 22 odst. 5 zákona o silniční dopravě se uvádí, že Ministerstvo dopravy je oprávněno podle dohody ADR pověřit právnické osoby se sídlem na území České republiky nebo fyzické osoby s trvalým pobytem na území České republiky výkonem činností souvisejících s prováděním dohody ADR. Pověření lze udělit osobě na základě písemné žádosti, která prokáže splnění technických podmínek pro výkon požadovaných činností a která prokáže odbornou způsobilost k výkonu požadovaných činností. Ministerstvo dopravy může pověření odebrat, pokud pověřená osoba nedodržuje podmínky stanovené v pověření nebo v dohodě ADR. Podrobnosti o činnostech, které souvisejí s prováděním dohody ADR, technické podmínky a odbornou způsobilost požadovanou k výkonu jednotlivých činností souvisejících s prováděním dohody ADR stanoví prováděcí předpis. V § 23 zákona o silniční dopravě jsou následně v souladu s dohodou ADR vymezeny povinnosti osoby předávající nebezpečné věci k přepravě (§ 23 odst. 1 zákona o silniční dopravě), povinnosti dopravce při přepravě nebezpečných věcí (§ 23 odst. 2 zákona o silniční dopravě) a povinnosti osoby zajišťující vykládku nebezpečných věcí (§ 23 odst. 3 zákona o silniční dopravě).

83. Dohoda ADR v jednotlivých kapitolách specifikuje závazné požadavky, které musí být přepravci nebezpečných věcí třídy 7 závazně splněny, konkrétně se jedná například o použití obalů, cisteren, požadavky na vozidlo určené k přepravě, zaškolení obsluhy vozidla, podmínky nakládky a vykládky, požadavky na průvodní dokumenty. Všeobecné předpisy pro třídu 7, tedy třídu radioaktivních látek, jsou pak v dohodě ADR upraveny v kapitole 1.7, kde jsou stanoveny bezpečnostní postupy a požadavky, které musí být splněny, aby se zajistila bezpečnost a ochrana osob, majetku a životního prostředí před účinky záření při přepravě radioaktivních látek.

84. Kontrola a jiná podpůrná opatření pro zajištění plnění bezpečnostních požadavků jsou v dohodě ADR upraveny v kapitole 1.8, kde je mimo jiné v bodě 1.8.1.1 uvedeno, že příslušné orgány smluvních stran mohou kdykoli na svém území provádět namátkové kontroly pro ověření, zda jsou dodržovány předpisy pro přepravu nebezpečných věcí.

85. Podle bodu 1.8.1.3 dohody ADR mohou příslušné orgány též v objektech podniků zúčastněných na přepravě nebezpečných věcí za účelem kontroly provádět inspekce,

prozkoumat nezbytné doklady a odebrat vzorky nebezpečných věcí nebo obal pro zkoušku, pokud tím není ohrožena bezpečnost. Účastníci přepravy nebezpečných věcí musí též zpřístupnit vozidla nebo jejich části a zařízení a vybavení pro účely kontrol, pokud je to možné a zdůvodněné. Mohou též, pokud se jim to jeví nezbytným, určit osobu z podniku pro doprovod zástupce příslušného orgánu.

86. Z internetových stránek Ministerstva dopravy (http://www.mdcr.cz/) vyplývá, že příslušným orgánem v oblasti přepravy radioaktivních látek je na území České republiky Státní úřad pro jadernou bezpečnost. Státní úřad pro jadernou bezpečnost shrnul podmínky přepravy radioaktivních látek v dokumentu „Přeprava radioaktivních látek – bezpečnostní návod BN-JB-1.13“ z dubna 2011, v němž jsou uvedeny jednotlivé požadavky, které je nutno splnit před zahájením dopravy a podmínky závazné v průběhu dopravy radioaktivní látky.

87. Dohoda ADR, zákon o silniční dopravě ani dokument „Přeprava radioaktivních látek – bezpečnostní návod BN-JB-1.13“ z dubna 2011 v souvislosti s přepravou nebezpečných látek třídy 7 nijak neupravují vyhotovení potvrzení o splnění podmínek stanovených pro přepravu nebezpečného zboží třídy 7, není tedy stanoven žádný orgán příslušný k vydávání potvrzení, jež zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci.

88. Dohoda ADR vymezuje pravidla pouze pro následnou kontrolu jí stanovených podmínek pro přepravu nebezpečného zboží třídy 7. Osvědčení o dodržení podmínek stanovených dohodou ADR, potažmo zákonem o silniční dopravě, pro přepravu nebezpečného zboží třídy 7, kterým by se přepravci prokazovali a disponovali jím po celý čas výkonu této činnosti, není zákonem o silniční dopravě ani dohodou ADR nijak upraveno. Kontrola podmínek stanovených dohodou ADR před samotnou přepravou či v průběhu výkonu činnosti podniku je zakotvena v dohodě ADR v bodě 1.8.3.1, kde je uvedeno, že každý podnik, jehož činnosti zahrnují silniční přepravu nebezpečných věcí nebo s touto přepravou souvisejí operace balení, nakládky, plnění nebo vykládky nebezpečných věcí, musí jmenovat jednoho nebo více bezpečnostních poradců, kteří budou odpovědní za pomoc při zabránění rizikům při těchto činnostech s ohledem na osoby, majetek a životní prostředí. Bezpečnostní poradce tedy v rámci podniku, jehož činnosti zahrnují silniční přepravu nebezpečných věcí, zaštiťuje dohled nad dodržováním zákonem daných podmínek na přepravu nebezpečných věcí, avšak není oprávněn k vydávání potvrzení o splnění podmínek přepravy nebezpečných věcí.

89. S ohledem na skutečnost, že neexistuje příslušný orgán, který by vydával potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží třídy 7, Úřad konstatuje, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil požadavek, který uchazeči, a to minimálně z České republiky, nebyli schopni splnit. Zadavatel stanovením nereálného požadavku v zadávací dokumentaci mohl vyloučit z účasti v zadávacím řízení dodavatele, kteří by měli zájem se zadávacího řízení účastnit, avšak špatně stanovený požadavek zadavatele v zadávací dokumentaci na doložení potvrzení o splnění podmínek pro přepravu nebezpečného zboží třídy 7 je mohl odradit od podání nabídky. Zadavatel tak stanovením požadavku v zadávací dokumentaci, který nebylo možno reálně splnit, mohl omezit soutěžní prostředí, které je základním předpokladem dosažení optimálního vynakládání veřejných prostředků a aplikace zásad uvedených v § 6 odst. 1 zákona, což by ve svém důsledku mohlo mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky, pokud by zadavatel pokračoval v zadávacím řízení.

90. Úřad konstatuje, že zadavatelem uvedené důvody pro zrušení zadávacího řízení tak lze ve světle výše uvedených skutečností považovat za důvody hodné zvláštního zřetele, neboť vyvstaly v průběhu zadávacího řízení, postup zadavatele v době zjištění vlastního pochybení již nebylo možno napravit a v případě, že by se zadavatel rozhodl pokračovat v zadávacím řízení, hrozilo by mu uložení nápravného opatření nebo sankce Úřadem.

91. Úřad rovněž uvádí, že jím uvedený závěr by zůstal nezměněn i za situace, kdy by předmětný požadavek zadavatele stanovený v zadávací dokumentaci bylo možno klasifikovat jako některý z kvalifikačních předpokladů vymezených zákonem, neboť Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 78/2010-186 ze dne 30. 9. 2011 konstatoval, že „*v zadávacím řízení není důležité jen to, jaké požadavky jsou na eventuální uchazeče kladeny, ale podstatnou roli hraje i jejich správné zařazení do jednotlivých zákonem stanovených částí. Toto zařazení totiž determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Zadavatel je při hodnocení kvalifikace vázán kritérii, která uveřejnil v oznámení příslušného zadávacího řízení. Stanovené požadavky na konkrétní kvalifikaci a způsob jejího prokázání nemůže později jakkoliv měnit. Takto stanovené požadavky nemůže nepochybně měnit ani Úřad jako orgán dohledu, ať už se to týká samotného požadavku či způsobu prokázání jeho splnění nebo jakékoliv jiné dispozice, např. přeřazení z obchodních podmínek do kvalifikačních předpokladů.*“. Zadavatel by byl i v případě, že by zadavatelem požadované potvrzení bylo možno podřadit pod některý z kvalifikačních předpokladů podle zákona, povinen zadávací řízení zrušit, neboť postup zadavatele, který chybně zařadil kvalifikační předpoklad mezi jiné požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky ve smyslu § 44 odst. 3 písm. j) zákona, nelze dodatečně legitimizovat tím, že by došlo k jeho dodatečnému přeřazení zadavatelem pod daný kvalifikační předpoklad, jelikož dodavatelé, kteří k jeho zařazení přiřadili taktéž procesní možnosti postupu dodavatele v zadávacím řízení s tím, že v daném případě nebude možné jej nahradit jiným dokladem, přičemž z tohoto důvodu se nemuseli zúčastnit zadávacího řízení, by byli takovýmto postupem znevýhodněni.

92. Současně Úřad doplňuje, že pokud by zadavatel přesto pokračoval v zadávacím řízení, dostal by se do situace, kdy by v důsledku vlastního pochybení, kdy požadoval po uchazečích doložení nejednoznačné formy potvrzení, porovnával jednotlivá prohlášení doložená uchazeči v nabídkách, která by se vzájemně podstatně lišila, neboť nebyl předem stanoven způsob, resp. forma zadavatelem požadovaného potvrzení, která by jednoznačně stanovila, kdo je oprávněn potvrzení vydat, jakou má mít podobu a co má být jeho obsahem. Další postup zadavatele v zadávacím řízení by tak vedl k netransparentnosti celého zadávacího řízení.

93. Podle § 118 odst. 5 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle odstavce 1 nebo 2 tohoto ustanovení zákona.

94. Na základě výše uvedených skutečností a po zhodnocení všech okolností případu Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu

pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 1926/7, Černá pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Fakultní nemocnice Hradec Králové, Sokolská 581, 500 05 Hradec Králové
2. Mgr. Markéta Deimelová, advokátka, Taylorwessing e|n|w|c advokáti v.o.s., U Prašné brány 1, 110 00 Praha 1

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