



UOHSX00A2FQR

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0175/2017/VZ-18622/2017/523/Lst

Brno: 20. června 2017

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 4. 5. 2017 na návrh ze dne 3. 5. 2017, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1,
- navrhovatel – společníci společnosti „AQT&REK“
 - AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5,
 - REKULTIVACE Ústí nad Labem, s.r.o., IČO 25041738, se sídlem Velká hradební 3122/52, 400 01 Ústí nad Labem, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 2. 2017 správcem společnosti „AQT&REK“, kterým je společnost AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5,kteří za účelem podání společné nabídky dne 21. 2. 2017 uzavřeli smlouvu o společnosti,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Vyhodnocení stability zlikvidovaných hlavních důlních děl v ostravské dílčí pánvi a návrh bezpečnostních opatření – I. Etapa**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno ku veřejnosti dne 15. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2016 pod ev. č. 644009, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 11. 2016, dne 11. 11. 2016 a dne 5. 11. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 182-327569, ve znění oprav uveřejněných dne 5. 11. 2016 pod ev. č. 2016/S 214-390085, dne 11. 11. 2016 ev. č. 2016/S 218-397361 a dne 4. 1. 2017 ev. č. 2017/S 002-002279,

rozhodl takto:**I.**

Zadavatel – Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Vyhodnocení stability zlikvidovaných hlavních důlních děl v ostravské dílčí pánvi a návrh bezpečnostních opatření – I. Etapa“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2016 pod ev. č. 644009, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 11. 2016, dne 11. 11. 2016 a dne 5. 1 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 182-327569, ve znění oprav uveřejněných dne 5. 11. 2016 pod ev. č. 2016/S 214-390085, dne 11. 11. 2016 ev. č. 2016/S 218-397361 a dne 4. 1. 2017 ev. č. 2017/S 002-002279, ustanovení § 69 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, když vyloučil navrhovatele – společníky společnosti „AQT&REK“, jimiž jsou společnosti AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5 a REKULTIVACE Ústí nad Labem, s.r.o., IČO 25041738, se sídlem Velká hradební 3122/52, 400 01 Ústí nad Labem, kteří za účelem podání společné nabídky dne 21. 2. 2017 uzavřeli smlouvu o společnosti – z další účasti v zadávacím řízení rozhodnutím, které bylo navrhovatelé oznámeno dne 29. 3. 2017, neboť měl za to, že společnost AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5 je dodavatelem, který podal nabídku v zadávacím řízení, a současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení, konkrétně spol. ZEPRA mining s.r.o., IČO 25842234, se sídlem Nerudova 621, 793 76 Zlaté Hory, prokazuje kvalifikaci dle § 69 odst. 2 cit. zákona, a na této skutečnosti ničeho nezměnil ani poté, co obdržel námítky navrhovatele ze dne 10. 4. 2017 proti rozhodnutí o vyloučení, jejichž součástí byla dohoda navrhovatele a výše uvedené společnosti ZEPRA mining s.r.o. ze dne 14. 2. 2017 o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, přestože v návaznosti na obsah námitek navrhovatele nemohl mít postaveno na jisto, zda byl navrhovatel skutečně ke dni podání nabídky v postavení subdodavatele cit. společnosti ZEPRA mining s.r.o., přičemž zadavatel rozhodnutí ze dne 24. 4. 2017 o námítkách odůvodnil mj. tím, že není schopen posoudit, zda navrhovatelem předložená dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky byla platně uzavřena, tedy tuto okolnost blíže nevyjasnil a současně ponechal rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v platnosti, čímž se postup zadavatele stal nečitelným, a tedy netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší** rozhodnutí o vyloučení navrhovatele – společníků společnosti „AQT&REK“, jimiž jsou společnosti AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5 a REKULTIVACE Ústí nad Labem, s.r.o., IČO 25041738, se sídlem Velká hradební 3122/52, 400 01 Ústí nad Labem, kteří za účelem podání společné nabídky dne 21. 2. 2017 uzavřeli smlouvu o společnosti – z další účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Vyhodnocení stability zlikvidovaných hlavních důlních děl v ostravské dílčí pánvi a návrh bezpečnostních opatření – I. Etapa“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2016 pod ev. č. 644009, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 11. 2016, dne 11. 11. 2016 a dne 5. 1 2017,

a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 182-327569, ve znění oprav uveřejněných dne 5. 11. 2016 pod ev. č. 2016/S 214-390085, dne 11. 11. 2016 ev. č. 2016/S 218-397361 a dne 4. 1. 2017 ev. č. 2017/S 002-002279, které bylo navrhovatelí oznámeno dne 29. 3. 2017.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 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 – Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 – **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. Česká republika - Ministerstvo financí, IČO 00006947, se sídlem Letenská 525/15, 118 00 Praha 1 (dále jen „zadavatel“), zahájila podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Vyhodnocení stability zlikvidovaných hlavních důlních děl v ostravské dílčí pánvi a návrh bezpečnostních opatření – I. Etapa“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2016 pod ev. č. 644009, ve znění oprav uveřejněných dne 7. 11. 2016, dne 11. 11. 2016 a dne 5. 1. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 21. 9. 2016 pod ev. č. 2016/S 182-327569, ve znění oprav uveřejněných dne 5. 11. 2016 pod ev. č. 2016/S 214-390085, dne 11. 11. 2016 ev. č. 2016/S 218-397361 a dne 4. 1. 2017 ev. č. 2017/S 002-002279 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Jak je uvedeno v bodu II.1.5 oznámení o zakázce a v bodu 3.1 zadávací dokumentace, předmětem veřejné zakázky „*je realizace projektu ‚Vyhodnocení stability zlikvidovaných hlavních důlních děl v ostravské dílčí pánvi a návrh bezpečnostních opatření – I. Etapa‘* Předmět plnění veřejné zakázky je blíže specifikován v projektové dokumentaci Projekt č.35/3 na řešení revitalizace Moravskoslezského kraje ‚*Vyhodnocení stability zlikvidovaných hlavních důlních děl v ostravské dílčí pánvi a návrh bezpečnostních opatření – I. Etapa, Technická specifikace - Projektová dokumentace; DIAMO s.p., o.z. ODRA, listopad 2015*‘, která tvoří přílohu této zadávací dokumentace. Projekt je zaměřen na bezpečnostní vyhodnocení I. Etapy - 15 hlavních důlních děl (HDD) v ostravské dílčí pánvi z hlediska stability zásypů jámových stvolů a účinnosti odplyňovacích systémů, které jsou součástí technického řešení likvidace těchto důlních děl. V minulosti zlikvidovaná hlavní důlní díla, likvidovaná po roce 1946, jsou situována v intravilánu města Ostravy a mohou představovat reálné nebezpečí v době, kdy bude rozhodnuto o ukončení čerpání důlních vod v ostravské dílčí pánvi“.
3. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 28. 2. 2017 plyne, že zadavatel obdržel mj. nabídku společnosti ZEPRA mining s.r.o., IČO 25842234, se sídlem Nerudova 621, 793 76 Zlaté Hory (dále jen „ZEPRA mining s.r.o.“) a společníků společnosti „AQT&REK“, jimiž jsou společnosti

AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5 a REKULTIVACE Ústí nad Labem, s.r.o., IČO 25041738, se sídlem Velká hradební 3122/52, 400 01 Ústí nad Labem, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 21. 2. 2017 správcem společnosti „AQT&REK“, kterým je společnost AQUATEST a.s., IČO 44794843, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5 (dále jen „správce“ nebo „AQUATEST a.s.“), kteří za účelem podání společné nabídky dne 21. 2. 2017 uzavřeli smlouvu o společnosti (dále jen „navrhovatel“). Z protokolu o posouzení kvalifikace – pokračování ze dne 21. 3. 2017 plyne, že společnost ZEPRA mining s.r.o. prokazuje splnění profesního kvalifikačního předpokladu prostřednictvím společnosti AQUATEST a.s., která zároveň podala jakožto společník společnosti „AQT&REK“, v níž má postavení správce, samostatnou nabídku.

4. Zadavatel následně rozhodl o vyloučení společnosti „AQT&REK“ (navrhovatele) z další účasti v zadávacím řízení, přičemž rozhodnutí o vyloučení bylo navrhovateli oznámeno dne 29. 3. 2017. Zadavatel rozhodnutí odůvodnil odkazem na ust. § 69 odst. 3 zákona, neboť má za to, že navrhovatel údajně nesplnil zákonný požadavek § 69 odst. 2 zákona, aby dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nebyl současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci.
5. Navrhovatel proti rozhodnutí o vyloučení brojil námitkami ze dne 10. 4. 2017, v rámci nichž mj. uvedl, že společnosti AQUATEST a.s. a ZEPRA mining s.r.o. uzavřely dne 14. 2. 2017 dohodu o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, jejíž součástí je závazek společnosti ZEPRA mining s.r.o. nepoužít doklady, které jí společnost AQUATEST a.s. poskytla k prokázání části profesní kvalifikace (tj. čestné prohlášení, výpis z obchodního rejstříku a osvědčení o odborné způsobilosti RNDr. Procházky).
6. Zadavatel rozhodnutím ze dne 24. 4. 2017 námitkám nevyhověl, neboť dopisem ze dne 20. 4. 2017 oslovil společnost ZEPRA mining s.r.o. s dotazem na platnost a účinnost dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, přičemž tento uchazeč uvedl, že předmětná dohoda nebyla uzavřena. V návaznosti na uvedené, zadavatel své rozhodnutí o nevyhovění námitkám navrhovatele odůvodnil tím, že není schopen posoudit, zda navrhovatelem předložená dohoda byla uzavřena a zda je platná a účinná, když ZEPRA mining s.r.o. tvrdí, že tuto dohodu neuzavřela. Vzhledem k tomu, že podle zadavatele nebylo prokázáno, že tato smlouva o poskytnutí subdodávky byla ukončena, vycházel z obsahu podaných nabídek.
7. Navrhovatel následně podal dne 4. 5. 2017 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) dopisem ze dne 3. 5. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele a s ním spojený návrh na nařízení předběžného opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona.

II. OBSAH NÁVRHU

8. Navrhovatel uvádí, že společnost AQUATEST a.s. se rozhodla podat samostatnou nabídku, resp. společnou nabídku se společností REKULTIVACE Ústí nad Labem s.r.o., přičemž společnost AQUATEST a.s. si byla velice dobře vědoma ust. § 69 odst. 3 zákona, které neumožňuje podat nabídku a současně být subdodavatelem jiného dodavatele. Proto se spol. ZEPRA mining s.r.o. uzavřela dne 14. 2. 2017 dohodu o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky (dále také jako „dohoda o ukončení smlouvy“). Společnost ZEPRA mining s.r.o.

se dle navrhovatele v dohodě o ukončení smlouvy dále zavázala k tomu, že nepoužije doklady, které jí navrhovatel k prokázání části profesní kvalifikace poskytl.

9. Společnost ZEPRA mining s.r.o. tak v rámci svojí nabídky dle navrhovatele zjevně předložila (již neplatnou) smlouvu o subdodávce a v rozporu se svým závazkem rovněž doklady, které jí společnost AQUATEST a.s. původně poskytla k prokázání části profesních kvalifikačních předpokladů.
10. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel při přezkoumání námitek postupoval nesprávně, v důsledku čehož je nesprávné i jeho následné rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel sice souhlasí s tím, že zadavatel není schopen ani oprávněn zkoumat platnost či neplatnost dohody o ukončení, měl však proto dle navrhovatele přistoupit k hodnocení předložené dohody o ukončení stejně, jako přistupuje k jiným dokumentům včetně smlouvy o subdodávce a považovat ji za platnou. Namísto toho zadavatel ověřoval platnost dohody o ukončení pouze u společnosti ZEPRA mining s.r.o., aniž by obdobně ověřoval platnost smlouvy o subdodávce u společnosti AQUATEST a.s. Zadavatel tak dle navrhovatele k oběma uchazečům přistupoval rozdílně, a porušil tak základní zásady dle § 6 odst. 1 zákona, a to konkrétně zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.
11. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o námitkách neuvedl, jaká konkrétní osoba na straně společnosti ZEPRA mining s.r.o. popřela uzavření dohody o ukončení, a zda to vůbec byla osoba oprávněná jednat za společnost ZEPRA mining s.r.o. Předmětný dopis společnosti ZEPRA mining s.r.o. zadavatel ani neposkytl jako podklad ke svému rozhodnutí o námitkách. Tvrzení zadavatele tak dle navrhovatele nelze ověřit, což činí jeho postup netransparentní. Navrhovatel současně není schopen na tvrzení zadavatele adekvátně reagovat, neboť mu obsah dopisu společnosti ZEPRA mining s.r.o. není známý.
12. Navrhovatel dále uvádí, že i v případě, že by předmětné vyjádření zadavateli poskytla osoba oprávněná za společnost ZEPRA mining s.r.o. právně jednat, nemá takové vyjádření učiněné ex post jakékoliv účinky ve vztahu k dohodě o ukončení. Tato byla platně uzavřena a následně učiněné jednostranné prohlášení jedné ze smluvních stran nemá na platnost a závaznost dohody o ukončení žádný vliv. Navrhovatel v této souvislosti odkazuje na čl. 2.2 dohody o ukončení, který stanoví, že jakékoliv změny mohou být učiněny pouze formou písemných dodatků.
13. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel nepostupoval správně, když se s odkazem na jednostranné vyjádření společnosti ZEPRA mining s.r.o. odmítnul zabývat otázkou platnosti dohody o ukončení a spoléhal se pouze na dokumenty obsažené v nabídkách. Vzhledem k uzavření dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky byla jak smlouva o poskytnutí subdodávky, tak další doklady k prokázání části profesní kvalifikace prostřednictvím společnosti AQUATEST a.s. do nabídky společnosti ZEPRA mining s.r.o. vloženy neoprávněně.
14. Současně je dle navrhovatele evidentní, že v okamžiku podání nabídky na straně společnosti AQUATEST a.s. zcela absentovala vůle být subdodavatelem společnosti ZEPRA mining s.r.o. Zákonný důvod stanovený v § 69 odst. 3 zákona, na jehož základě zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, tak ve skutečnosti nebyl nikdy naplněn. Rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení je tak nezákonné.

15. Závěrem navrhovatel doplňuje, že předložení neplatné smlouvy o poskytnutí subdodávky a předložení dalších dokladů společnosti AQUATEST a.s. k prokázání části profesní kvalifikace v rozporu s dohodou, kterou společnost AQUATEST a.s. a ZEPRA mining s.r.o. uzavřely, je pochybením pouze na straně společnosti ZEPRA mining s.r.o., jehož důsledky však nemůže nést navrhovatel. Zadavatel měl proto rozhodnout tak, že zruší své rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, vrátí jeho nabídku do procesu posouzení a hodnocení nabídek a naopak ze zadávacího řízení vyloučí společnost ZEPRA mining s.r.o., neboť předložila neplatné doklady k prokázání části kvalifikace.
16. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky, a uložil opatření k nápravě spočívající ve zrušení rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a veškeré navazující úkony zadavatele v zadávacím řízení.
17. Navrhovatel dále žádá, aby Úřad před vydáním rozhodnutí ve věci vydal předběžné opatření dle § 117 odst. 1 písm. a) zákona, spočívající v uložení zákazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 4. 5. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno.
19. Účastníky správního řízení jsou podle § 116 zákona:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
20. Zahájení správního řízení Úřad účastníkům řízení oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S0175/2017/VZ-14274/2017/523/LSt dne 5. 5. 2017.
21. Úřad dne 15. 5. 2017 obdržel od zadavatele dokumentaci o veřejné zakázce a stanovisko k návrhu.
22. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0175/2017/VZ-14988/2017/523/LSt ze dne 15. 5. 2017 zadavateli určil lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
23. Úřad na návrh navrhovatele rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0175/2017/VZ-15835/2017/523/LSt ze dne 23. 5. 2017 zadavateli nařídil předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
24. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0175/2017/VZ-16005/2017/523/LSt ze dne 25. 5. 2017 účastníkům řízení určil lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
25. Žádný z účastníků správního řízení se k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Vyjádření zadavatele k návrhu

26. Zadavatel uvádí, že společnost ZEPRA mining s.r.o. ve své nabídce prostřednictvím subdodavatele společnosti AQUATEST a.s. prokazuje profesní kvalifikační předpoklad dle § 54 písm. d) zákona, konkrétně jde o osvědčení Ministerstva životního prostředí o odborné

způsobilosti pro geologické práce vydané podle vyhlášky č. 206/2001 Sb., o osvědčení odborné způsobilosti projektovat, provádět a vyhodnocovat geologické práce, pro obor geofyzika, v návaznosti na zákon č. 62/1988 Sb., o geologických pracích a o Českém geologickém ústavu, ve znění pozdějších předpisů. Stejně osvědčení bylo dle zadavatele doloženo i v nabídce společnosti „AQT&REK“.

27. V nabídce společnosti ZEPRA mining s.r.o. byla dle zadavatele doložena smlouva o poskytnutí subdodávky, uzavřená dne 16. 12. 2016 mezi společnostmi ZEPRA mining s.r.o. a AQUATEST a.s. V čl. II. této smlouvy se společnost AQUATEST a.s. zavazuje poskytnout splnění profesních kvalifikačních předpokladů. Společně s touto smlouvou je v nabídce společnosti ZEPRA mining s.r.o. doložen výpis z obchodního rejstříku společnosti AQUATEST a.s. a čestné prohlášení společnosti AQUATEST a.s. podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona. Dle zadavatele je zřejmé, že společnost AQUATEST a.s. prokazuje společnosti ZEPRA mining s.r.o. jako subdodavatel splnění profesního kvalifikačního předpokladu, přičemž zároveň podala v rámci společnosti „AQT&REK“ samostatnou nabídku. Zadavatel proto shledal, že společnost „AQT&REK“ jednala tak, jak vymezuje § 69 odst. 3 zákona, a rozhodl o jejím vyloučení z další účasti v zadávacím řízení.
28. Zadavatel dále uvádí, že do obdržení námitek navrhovatele o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky ze dne 16. 12. 2016 nevěděl. Proto následně dopisem ze dne 20. 4. 2017, č. j. MF-27725/2016/45-72 oslovil společnost ZEPRA mining s.r.o. s dotazem na platnost a účinnost dohody o ukončení. Tento uchazeč reagoval dopisem ze dne 21. 4. 2017, v němž uvedl, že taková dohoda nebyla uzavřena, není platná, a tedy ani účinná.
29. Zadavatel dále uvádí, že nebyl schopen posoudit, zda navrhovatelem předložená dohoda o ukončení byla uzavřena, když společnost ZEPRA mining s.r.o. tvrdí, že dohodu neuzavřela. Dle zadavatele se jedná o soukromoprávní vztah mezi uchazeči, a proto nemá žádnou kompetenci ani právní prostředky zjistit skutečný stav. Navíc není dle zadavatele vyloučeno, že popsané skutečnosti mohou dosahovat trestněprávní roviny, a proto zvažuje podání podnětu Policii ČR. Zadavatel proto vyšel z předložených nabídek, přičemž součástí nabídky společnosti ZEPRA mining s.r.o. byla smlouva o poskytnutí subdodávky ze dne 16. 12. 2016. Vzhledem k tomu, že nebylo dle zadavatele prokázáno, že tato smlouva o poskytnutí subdodávky byla ukončena, vycházel z obsahu podaných nabídek. V takovém případě bylo dle zadavatele rozhodnutí o vyloučení navrhovatele učiněno v souladu se zákonem, a proto zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl.
30. Zadavatel k návrhu dále uvádí, že v nabídce společnosti ZEPRA mining s.r.o. je vložen výpis z obchodního rejstříku spol. AQUATEST a.s. s datem pořízení 14. 2. 2017, tj. s datem shodným s datem uzavření dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky. Dle zadavatele je poněkud zarážející, že tento doklad byl opatřen a dle sdělení navrhovatele poskytnut společnosti ZEPRA mining s.r.o. právě v den, kdy se obě společnosti dohodly, že nebudou dále spolupracovat.
31. K rozdílnému zacházení, které namítá navrhovatel, zadavatel sděluje, že hodnotící komise neměla v době podání nabídek důvod pochybovat o platnosti smlouvy o subdodávce, proto ani u navrhovatele neověřovala její platnost a navrhovatele doporučila vyloučit. Teprve po doručení námitek zadavatel získal pochybnost o platnosti smlouvy o subdodávce, resp. dohody o ukončení subdodávky, a proto se na ni dotazoval. Společnost ZEPRA mining s.r.o.,

za kterou jednal jednatel společnosti Ing. Petr Vidur, jehož podpis je i na kopii dohody o ukončení, zadavateli výslovně odpověděla, že dohoda nebyla uzavřena, a tedy není platná a účinná. Zadavatel dále uvádí, že nemůže tuto skutečnost jiným způsobem ověřit, a takovou dohodu považovat za platnou, když osoba, která ji měla podepsat, tvrdí, že dohodu nepodepsala, proto zadavatel vycházel z obsahu nabídek a námitkám navrhovatele nevyhověl.

32. Zadavatel uzavírá, že nemá žádnou kompetenci ani právní prostředky zjistit skutečný stav. Vyhodnotil tedy situaci tak, že při vyloučení navrhovatele postupoval v souladu se zákonem, neboť součástí nabídky společnosti ZEPRA mining s.r.o. byla smlouva o poskytnutí subdodávky a byl naplněn důvod k vyloučení navrhovatele dle ust. § 69 odst. 3 zákona, neboť ten vedle poskytnutí subdodávky podal samostatnou nabídku. Následně v rámci řízení o námitkách nebylo zrušení smlouvy o poskytnutí subdodávky prokázáno, nebylo tedy ani prokázáno, že by rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele bylo učiněno v rozporu se zákonem, proto zadavateli nezbylo než toto rozhodnutí potvrdit, resp. námitkám navrhovatele nevyhovět.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

33. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nedodržel postup stanovený zákonem, přičemž tím mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

34. Úřad v úvodu posoudil otázku právního postavení Ministerstva financí jakožto zadavatele ve smyslu zákona.
35. Ministerstvo financí je ústředním orgánem státní správy, jehož působnost je vymezena v ust. § 12 zákona č. 2/1969 Sb., o zřízení ministerstev a jiných ústředních orgánů státní správy České republiky, ve znění pozdějších předpisů. Ministerstvo financí je tedy organizační složkou České republiky ve smyslu ust. § 3 odst. 1 zákona č. 219/2000 Sb., o majetku České republiky a jejím vystupování v právních vztazích, ve znění pozdějších předpisů, přičemž podle ust. § 3 odst. 2 posledně citovaného zákona organizační složka není právnickou osobou a její jednání je při výkonu její působnosti nebo výkonu předmětu činnosti podle zvláštních právních předpisů jednáním státu.
36. Na základě výše uvedeného Úřad konstatuje, že Ministerstvo financí je veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 2 odst. 2 písm. a) zákona, pročež se na něj vztahuje zákon o veřejných zakázkách. Tato skutečnost ostatně není ve správním řízení nijak sporná.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

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

38. Podle § 69 odst. 2 zákona dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nesmí být současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci.
39. Podle § 69 odst. 3 zákona pokud dodavatel podá více nabídek samostatně nebo společně s dalšími dodavateli, nebo je subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci, zadavatel všechny nabídky podané takovým dodavatelem vyřadí. Dodavatele, jehož nabídka byla vyřazena, zadavatel bezodkladně vyloučí z účasti v zadávacím řízení. Vyloučení uchazeče včetně důvodu zadavatel bezodkladně písemně oznámí uchazeči.

Shrnutí relevantních skutečností

40. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 28. 2. 2017 plyne, že zadavatel přijal do konce lhůty pro podání nabídek, tj. do 28. 2. 2017 v 10:00 hod, 4 nabídky uchazečů, mezi nimiž mj. nabídku společnosti ZEPRA mining s.r.o. a nabídku navrhovatele.
41. Z protokolu o posouzení kvalifikace – pokračování ze dne 21. 3. 2017 plyne, že společnost ZEPRA mining s.r.o. prokazuje splnění profesního kvalifikačního předpokladu prostřednictvím společnosti AQUATEST a.s. Hodnotící komise v protokolu uvedla, že „*[s]polečně s touto smlouvou [o poskytnutí subdodávky ze dne 16. 12. 2016] je v nabídce č. 1 [tj. společnosti ZEPRA mining s.r.o.] doložen výpis z OR [obchodního rejstříku] společnosti AQUATEST a.s. a čestné prohlášení společnosti AQUATEST a.s. podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona VZ, tímto společnost ZEPRA mining s.r.o. naplnila ustanovení ZD čl. 7.1.1 – prokázání části kvalifikace prostřednictvím subdodavatele. Komise (...) konstatuje, že společnost AQUATEST a.s. prokazuje společnosti ZEPRA mining s.r.o. jako subdodavatel splnění profesního kvalifikačního předpokladu a zároveň podala v rámci společnosti ‚AQT&REK‘ samostatnou nabídku [v níž je vedoucím společníkem]“.*
42. Z čl. II. smlouvy o poskytnutí subdodávky plyne, že „*smlouvou se subdodavatel zavazuje poskytnout plnění dodavateli při realizaci výše uvedené veřejné zakázky v rozsahu, kterým subdodavatel prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů a provedení inklinometrického měření, včetně vyhodnocení“.* Z článku VI. smlouvy dále plyne, že „*účinnost této smlouvy je podmíněna tím, že dodavatel bude v rámci zadávacího řízení vybrán (předloží nejvhodnější nabídku) jako zhotovitel díla. Účinnost nastává dnem, ve kterém uplyne lhůta pro podání námitek na veřejnou zakázku (...)*“. V článku X. je dále uvedeno, že „*změny a doplňky této smlouvy lze činit pouze písemně, číslovanými dodatky, podepsanými oběma smluvními stranami“.*
43. Ze smlouvy o poskytnutí subdodávky plyne, že za společnost ZEPRA mining s.r.o. byla podepsána jejím jednatelem Ing. Petrem Vidurem a za společnost AQUATEST a.s. jejím obchodním ředitelem Ing. Marcelem Pejzlem, jednajícím na základě plné moci ze dne 20. 9. 2016.
44. Součástí nabídky společnosti ZEPRA mining s.r.o. je dále „*čestné prohlášení k prokázání základních kvalifikačních předpokladů pro výzvu k podání nabídky (...)*“ v němž je uvedeno, že „*[u]chazeč: ZEPRA mining, s.r.o. (...) prostřednictvím subdodavatele splňuje profesní kvalifikační předpoklady a zajišťuje realizaci inklinometrického měření a statutární zástupce*

společnosti AQUATEST a.s. (...) tímto čestně prohlašuje, že: v případě zadání veřejné zakázky bude akceptovat závazek podílet se na plnění této veřejné zakázky ve stanoveném rozsahu“.

45. Zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, přičemž toto rozhodnutí bylo navrhovateli oznámeno dne 29. 3. 2017. Zadavatel rozhodnutí odůvodnil ust. § 69 odst. 3 zákona, neboť navrhovatel údajně nesplnil zákonný požadavek § 69 odst. 2 zákona, aby dodavatel, který podal nabídku v zadávacím řízení, nebyl současně subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel v tomtéž zadávacím řízení prokazuje kvalifikaci.
46. Navrhovatel v námitkách ze dne 10. 4. 2017 uvedl, že společnosti AQUATEST a.s. a ZEPRA mining s.r.o. uzavřely dne 14. 2. 2017 dohodu o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, jejíž součástí je závazek společnosti ZEPRA mining s.r.o., že nepoužije doklady, které jí společnost AQUATEST a.s. k prokázání části profesní kvalifikace poskytla (tj. čestné prohlášení, výpis z obchodního rejstříku a osvědčení o odborné způsobilosti RNDr. Procházky). V příloze námitek byla kopie předmětné dohody doložena.
47. V dohodě je mj. uvedeno, že vzhledem k tomu, že „*subdodavatel [tj. společnost AQUATEST a.s.] se rozhod[nu]l, že podá jako dodavatel samostatnou nabídku na plnění předmětu veřejné zakázky a dodavatel toto rozhodnutí vzal na vědomí a akceptoval (...) se smluvní strany dohody na tom, že se [s]ubdodavatel nebude jakkoliv podílet na prokazování kvalifikace ve [v]eřejné zakázce za [d]odavatele a nebude se na straně [d]odavatele jakkoliv podílet na plnění [v]eřejné zakázky“.* V čl. 1. dohody je dále uvedeno, že „*[s]mluvní strany se dohody na ukončení [s]mlouvy, a to ke dni účinnosti této [d]ohody (...) dodavatel není oprávněn jakkoliv použít doklady, které mu subdodavatel předal pro účely splnění části profesních kvalifikačních předpokladů...“.* V čl. 2 je dále uvedeno, že „*[t]ato [d]ohoda nabývá účinnosti dnem jejího podpisu poslední ze smluvních stran“.*
48. Dohodu za společnost ZEPRA mining s.r.o. podepsal její jednatel Ing. Petr Vidur a za navrhovatele předseda představenstva společnosti AQUATEST a.s. Daniel Kraft.
49. Zadavatel následně dopisem ze dne 20. 4. 2017 oslovil společnost ZEPRA mining s.r.o. s dotazem, že Ministerstvo financí „*obdrželo [d]ohodu o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky uzavřenou mezi společnostmi ZEPRA mining s.r.o. a AQUATEST a.s. dne 14. 2. 2017. Kopii této dohody posíláme v příloze a žádáme Vás o sdělení, zda byla tato dohoda Vámi skutečně uzavřena a je platná a účinná“.*
50. Společnost ZEPRA mining s.r.o. dopisem ze dne 21. 4. 2017 prostřednictvím svého jednatele Ing. Petra Vidura v uvedené věci odpověděla, že „*tato dohoda nebyla uzavřena, není platná, a tedy ani účinná“.*
51. Zadavatel rozhodnutím ze dne 24. 4. 2017 námitkám nevyhověl, přičemž odkazuje na odpověď společnosti ZEPRA mining s.r.o. Zadavatel rozhodnutí o námitkách odůvodnil tak, že „*není schopen posoudit, zda uchazečem č. 2 [tj. navrhovatelem] předložená dohoda byla uzavřena a je platná a účinná, když účastník č. 1 [tj. společnost ZEPRA mining s.r.o.] tvrdí, že dohodu neuzavřel. Je nutné zdůraznit, že se jedná o soukromoprávní vztah mezi uchazeči a zadavatel nemá žádnou kompetenci ani právní prostředky zjistit skutečný stav (...) Zadavatel proto vychází z předložených nabídek, přičemž součástí nabídky uchazeče č. 1 byla smlouva o poskytnutí subdodávky ze dne 16. 12. 2016. Vzhledem k tomu, že nebylo*

prokázáno, že tato smlouva byla ukončena, musí zadavatel vycházet z obsahu podaných nabídek. V takovém případě bylo rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče č. 2 učiněno v souladu se zákonem, a proto zadavatel rozhodl, jak je uvedeno v čl. I tohoto rozhodnutí a námitkám nevyhověl“.

K postupu zadavatele

52. Úřad předně uvádí, že zákon neumožňuje, aby dodavatel podal v jednom zadávacím řízení více než jednu nabídku, ať samostatně či jako společnou nabídku s jedním či více dodavateli, nebo byl současně s podáním (svojí) nabídky též v postavení subdodavatele, jehož prostřednictvím jiný dodavatel prokazuje kvalifikaci. Zákaz mnohosti nabídek se tedy výslovně vztahuje i na situaci, kdy uchazeč podává nabídku jako hlavní dodavatel (popř. ve sdružení) a zároveň je subdodavatelem jiného uchazeče, který pomocí jeho subdodávek prokazuje splnění kvalifikačních předpokladů. Subdodavatelem se ve smyslu ustanovení § 17 písm. i) zákona rozumí osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva. K prokázání kvalifikace subdodavatelem Úřad dále uvádí, že pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele, tj. pouze v případě profesních a technických kvalifikačních předpokladů. Poruší-li dodavatel zákaz uvedený v § 69 odst. 2 zákona a je subdodavatelem, jehož prostřednictvím jiný dodavatel prokazuje kvalifikaci (tj. buď profesní, nebo technickou, a to v tomtéž zadávacím řízení, v němž podal nabídku samostatně či společně s jiným dodavatelem), musí zadavatel v souladu s § 69 odst. 3 zákona rozhodnout o tom, že vyřadí všechny nabídky podané takovým dodavatelem, které tento zákaz porušují, a bezodkladně vyloučí dodavatele, jehož nabídka byla vyřazena, z další účasti v zadávacím řízení.
53. K postupu zadavatele Úřad uvádí, že pokud zadavatel v zadávacím řízení identifikoval společnou nabídku společnosti „AQT&REK“, jejímž správcem je společnost AQUATEST a.s. a současně nabídku společnosti ZEPRA mining s.r.o., která prokazovala splnění profesního kvalifikačního předpokladu prostřednictvím společnosti AQUATEST a.s. (srov. bod 41. - 44. odůvodnění tohoto rozhodnutí), postupoval zadavatel v souladu s ust. § 69 odst. 3 zákona, když nabídku společnosti „AQT&REK“ vyloučil z další účasti v zadávacím řízení. Úřad v této souvislosti dále uvádí, že zadavatel rovněž postupoval správně, když z téhož důvodu současně nevyloučil uchazeče ZEPRA mining s.r.o., neboť cit. ustanovení zákona ukládá vyřadit pouze nabídky, které takový dodavatel podal. Tedy v přezkoumávaném případě by se jednalo o nabídku, kterou společnost AQUATEST a.s. podala společně se společností REKULTIVACE Ústí nad Labem, s.r.o. jako správce společnosti „AQT&REK“. Společnost AQUATEST a.s. však ve druhém případě sama nabídku nepodávala, když byla pouze v postavení subdodavatele prokazujícího kvalifikaci společnosti ZEPRA mining s.r.o. Bylo by jistě zcela proti smyslu zákona, aby měli zadavatelé povinnost vyřadit i nabídky uchazečů, kteří mnohost nabídek některého z uchazečů nezpůsobili, ačkoliv je smlouva o subdodávce takového dodavatele součástí jejich nabídky. Jinými slovy není smyslem „sankcionovat“ takového uchazeče (hlavního dodavatele) za pochybení jiného dodavatele.
54. K dalšímu postupu zadavatele Úřad uvádí, že v návaznosti na právě uvedené bude dále zkoumat, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky dodržel zásadu transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona, když ponechal rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v platnosti poté,

co obdržel námitky proti vyloučení, jejichž přílohou byla dohoda navrhovatele a společnosti ZEPRA mining s.r.o. ze dne 14. 2. 2017 o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky.

55. Účelem zásady transparentnosti zakotvené v ust. § 6 odst. 1 zákona je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. V souvislosti s požadavkem na transparentnost postupu zadavatele Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005 ze dne 14. 5. 2007, ve kterém soud uvedl, že požadavek transparentnosti není splněn tehdy, pokud jsou v postupu zadavatele shledány „*takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele*“. S takovýmto obecným výkladem zásady transparentnosti se ztotožnil rozšířený senát Nejvyššího správního soudu v rozsudku sp. zn. 1 Afs 45/2010 ze dne 15. 9. 2010, který dále uvádí, že „*[v]ýznam zásady transparentnosti v první řadě směřuje k cíli samotného práva veřejných zakázek, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Zákon tohoto cíle dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy, jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží rovněž zásada transparentnosti (srov. přiměřeně rozsudek NSS ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008-152, ve věci Lumius, spol. s r.o.)*“.
56. Úřad k obsahu a významu neurčitého právního pojmu „*transparentnosti*“ ve vztahu k přezkoumávanému případu v souladu s výše citovanou judikaturou uvádí, že z postupu zadavatele musí být zřejmé, jak posoudil mnohost nabídek od jednoho dodavatele (společnosti AQUATEST a.s.) v kontextu obdržených námitek, jejichž součástí byla dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky. K tomu Úřad předně uvádí, že posouzení platnosti dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky (resp. zda vůbec byla uzavřena) a odůvodnění rozhodnutí o námitkách zadavatelem budou pro posouzení transparentnosti postupu zadavatele klíčové. Pokud by totiž předmětná dohoda byla neplatná, pak měl být vyloučen navrhovatel (resp. rozhodnutí o jeho vyloučení ponecháno v platnosti). Pokud by však dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky byla platná, pak mělo být rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v předmětném zadávacím řízení zrušeno (důvod uplatněný zadavatelem k vyloučení navrhovatele by ve skutečnosti neexistoval). Společnost ZEPRA mining s.r.o. by pak v tomto případě naopak na základě předložených dokladů splnění kvalifikačních předpokladů nemohla prokázat, když smlouva o poskytnutí subdodávky prostřednictvím společnosti AQUATEST a.s. by byla ještě před podáním nabídek dohodou ukončena.
57. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že není schopen posoudit, zda navrhovatelem předložená dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky byla uzavřena a je platná a účinná, když společnost ZEPRA mining s.r.o. tvrdí, že dohodu neuzavřela. Zadavatel dále uvedl, že vycházel z obsahu podaných nabídek vzhledem k tomu, že nebylo prokázáno, že smlouva o poskytnutí subdodávky byla ukončena (srov. bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad uvádí, že pokud zadavatel vychází z obsahu nabídek, pak zcela ignoruje skutkovou situaci, neboť předmětná dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky buďto existuje (v tom smyslu, že je platná a účinná, resp. působí právní následky), nebo nikoliv, přičemž tato skutečnost má zásadní dopad na okruh uchazečů

o veřejnou zakázku (k tomu srov. bod 56. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel však existenci a platnost dohody o ukončení neposuzoval, resp. pouze uvedl, že tyto skutečnosti není schopen zjistit. Mezi stranami (společnostmi ZEPRA mining s.r.o. a AQUATEST a.s.) proto zůstává z pohledu zadavatele sporné, zda smlouva o poskytnutí subdodávky byla skutečně ukončena. Úřad v této souvislosti rekapituluje, že zadavatel měl v zadávacím řízení k dispozici smlouvu o poskytnutí subdodávky jakožto součást nabídky, dohodu společností ZEPRA mining s.r.o. a AQUATEST a.s. o ukončení této smlouvy a dále jednostranné prohlášení společnosti ZEPRA mining s.r.o. o tom, že tato dohoda nebyla uzavřena (srov. bod 41. - 50 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel na základě uvedených listinných podkladů, aniž by dále posuzoval platnost předmětné dohody o ukončení, tj. aniž by měl postaveno na jisto, jak je to s mnohostí nabídek společnosti AQUATEST a.s. (tj., zda byl navrhovatel skutečně ke dni podání nabídky v postavení subdodavatele společnosti ZEPRA mining s.r.o.), de facto jednoho z dodavatelů upřednostnil (společnost ZEPRA mining s.r.o.), když podaným námitkám navrhovatele nevyhověl. Zadavatel totiž vycházel z obsahu podaných nabídek a jednostranného tvrzení společnosti ZEPRA mining s.r.o., ačkoliv měl k dispozici listinu (dohodu o ukončení smlouvy o subdodávce), na základě níž byly dříve předložené podklady zpochybněny. Zadavateli tak měla vzniknout pochybnost o uvedené mnohosti nabídek, resp. mohl mít současně pochybnost, zda společnost ZEPRA mining s.r.o. prostřednictvím jí předložených listin prokázala splnění kvalifikačních předpokladů. Takový postup zadavatele, kterým přes výše uvedené konsekvence podaným námitkám nevyhověl, se pak nutně stává netransparentním, když v návaznosti na výše cit. judikaturu obsahuje prvek libovůle, který se projevuje tím, že zadavatel v situaci, kdy dostatečně nezjistil skutkový stav (tj. když nevěděl, zda smlouva o poskytnutí subdodávky je nadále platná, a dokonce se odmítl tímto aspektem nadále zabývat), zvolil jednu ze dvou v úvahu připadajících možností (stejně hodnotných) a postup zadavatele je tak nečitelný a vzbuzuje pochybnosti o skutečných důvodech jednání zadavatele.

58. Zadávací řízení dále činí nekontrolovatelným skutečnost, že zadavatel svůj postup v zadávacím řízení dostatečně neodůvodnil, když v rozhodnutí o námitkách uvedl, že není schopen posoudit, zda navrhovatelem předložená dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky byla platně uzavřena, tedy tuto okolnost blíže nevyjasnil a současně ponechal rozhodnutí o vyloučení navrhovatele v platnosti. Z právě uvedeného plyne, že Úřad nemůže postup zadavatele, který vyústil ve vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, kvalifikovaně přezkoumat. Pokud zadavatel na základě odpovědi společnosti ZEPRA mining s.r.o. (tj. tvrzení, že dohoda uzavřena nebyla) v rozhodnutí o námitkách uvedl, že není schopen posoudit platnost dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, pak se v žádném případě nemůže jednat o objektivní posouzení skutkového stavu v zadávacím řízení. Zadavatel si v podstatě ze dvou listinných důkazů, které měl k dispozici, zvolil jeden, kterému přiřkl větší váhu, když upřednostnil jednostranné prohlášení jedné ze stran (že dohoda o ukončení údajně nebyla vůbec uzavřena) oproti dvoustranné dohodě o tomto ukončení smlouvy. V této souvislosti Úřad dále uvádí, že k popření smlouvy jako dvoustranného právního úkonu, který vznikl konsenzem projevů vůle dvou stran, nepostačí jednostranně tvrdit, že smlouva nebyla vůbec uzavřena. Podobně by totiž mohla být zpochybnována každá smlouva, což by mohlo vést k absurdním závěrům. Uchazeči o veřejné zakázky by podobnou logikou mohli předkládáním smyšlených smluv o subdodávce prokazujícími kvalifikaci automaticky „vyřadit“ ze soutěže své konkurenty, když by docílili

mnohosti jejich nabídek, přičemž zadavatel by se spokojil s obsahem nabídek, neboť by nebyl schopen posoudit platnost předložených smluv. K tomu Úřad dále uvádí, že zadavatel v obdobných případech, kdy dochází ke sporu mezi stranami, musí v zájmu zachování transparentního postupu naopak vystupovat aktivněji a nemůže obtíže při zjištění skutkového stavu přenést do soukromoprávní roviny vztahu mezi uchazeči, který je logicky rovněž přítomen, ale v přezkoumávaném případě je mu nadřazena povinnost zadavatele postupovat v řízení transparentně, resp. v souladu se zákonem.

59. Zadavatel proto v takto sporných případech tvrzení proti tvrzení uchazečů musí v zájmu zachování základních zásad zákona vystupovat v roli „arbitra“, a byť by tak činil „jen“ prostředky, které má dle zákona k dispozici (např. opakované dotazování), má odpovědnost za zjištění skutkového stavu věci, tj. existenci takové dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky dále zkoumat, a to především s cílem, aby jeho postup v řízení byl transparentní. Pokud totiž zadavatel tvrdí, že není schopen posoudit, zda je dohoda platná, pak nemůže v zadávacím řízení dále postupovat. Naopak si musí v této věci udělat jasno, neboť na tom stojí čitelnost jeho dalšího postupu v zadávacím řízení. V návaznosti na právě uvedené Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 50/2010 ze dne 9. 10. 2011, který se k otázce postupu v situaci, kdy zadavatel „neví“, vyjadřoval analogicky v kontextu písemného vyjasňování nabídky. Krajský soud v cit. rozsudku mj. dovodil důvody pro nezbytný postup dle § 76 odst. 3 zákona, přestože dané ustanovení zakotvuje pouze možnost hodnotící komise v případě nejasnosti požádat o vysvětlení. Krajský soud v cit. rozsudku mj. uvedl, že *„[p]rimární otázkou tedy není otázka, zda zadavatel ‚musel‘ či ‚pouze mohl‘ postupovat podle § 76 odst. 3 ZVZ, jak se jí drží žalovaný v napadeném rozhodnutí, nýbrž otázka, zda zadavatel bez vyjasnění si nejasnosti obsažené ve smlouvě (jejím návrhu), tvořící součást nabídky, mohl v zadávacím řízení s ohledem na povahu zmíněné nejasnosti uskutečňovat další kroky v rámci posouzení a hodnocení nabídek. Na tuto otázku zdejší soud odpovídá, že je bez vyjasnění činit nemohl, a tedy že si měl nejprve uvedenou nejasnost vyjasnit, a tedy využít postupu, který mu ZVZ v § 76 odst. 3 nabízí. Důvodem pro postup podle uvedeného ustanovení tedy nebyla povinnost, jež by z uvedeného ustanovení vyplývala, nýbrž skutkový stav, jenž v zadávacím řízení po podání nabídek nastal (...).“*
60. V návaznosti na vyjádření společnosti ZEPRA mining s.r.o., že dohoda o ukončení (údajně) nebyla uzavřena, je pasivita zadavatele v dalším ověřování skutkového stavu překvapivá, neboť takové tvrzení jedné strany zcela odporuje v námitkách předložené dohodě o ukončení a skutkový stav v zadávacím řízení se stává krajně nejasným. Zadavatel měl proto (v logice shora cit. rozsudku Krajského soudu v Brně) opětovně podrobit revizi způsob, jakým společnost ZEPRA mining s.r.o. prokázala splnění profesních kvalifikačních předpokladů a zřejmě též v návaznosti na to obdobně využít postupu dle § 59 odst. 4 zákona a požadovat, aby společnost ZEPRA mining s.r.o. předložené informace či doklady písemně objasnila nebo předložila další informace či doklady prokazující splnění její profesní kvalifikace. Cit. ustanovení zákona rovněž zakotvuje pouze možnost písemné objasnění a další doklady požadovat (obdobně jako v § 76 odst. 3 zákona), nejasný skutkový stav však z pouhé možnosti činí nutnost. Podle cit. ustanovení zákona jsou dodavatelé povinni objasňovat předložené informace či doklady a předkládat další informace či doklady v přiměřené lhůtě stanovené zadavatelem, přičemž další postup zadavatele by se odvíjel od výsledku takového dotazování. Z obsahu dokumentace o veřejné zakázce však kromě jednoho dotazu zaslaného pouze jedné ze stran (společnosti ZEPRA mining s.r.o.) neplyne, že by zadavatel dodavatele

k objasnění předložených dokladů dále vyzýval, ani neobsahuje podklady, na základě nichž by bylo možno objektivně ověřit, jakým způsobem zadavatel platnost dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky dále posuzoval, a jak dospěl ke svému závěru o nutnosti vyloučení navrhovatele (tj. z jakého důvodu se de facto přiklonil k prohlášení jedné strany). Podobně mohl navrhovatel zpochybnit původní smlouvu o subdodávce a zadavatel mu mohl podobnou optikou dát za pravdu a skutkový stav by mohl být zcela jiný. Správnost postupu zadavatele, který nevyhověl námitkám navrhovatele, tak v tuto chvíli nelze potvrdit, ani vyvrátit, a proto je jeho postup v zadávacím řízení nutně zatížen nečitelností, resp. netransparentností. Zadavatel současně porušil také zásadu rovného zacházení, když s dotazem na platnost dohody o ukončení oslovil pouze jednu ze stran (společnost ZEPRA mining s.r.o.), aniž by dal navrhovateli příležitost seznámit se s „překvapivou“ odpovědí této společnosti, a tedy možnost na tuto odpověď zareagovat a případně předložit další vyjádření či důkazy k tomu, že dohoda skutečně byla podepsána (například prokázáním, kde a kým byla dohoda podepsána, které osoby byly přítomny a prokázání jejich přítomnosti na uvedeném místě atd.).

61. V návaznosti na právě uvedené Úřad k porušení zásady transparentnosti při vyloučení navrhovatele shrnuje, že v situaci, kdy zadavatel nedisponuje žádným objektivním podkladem pro své rozhodnutí o námitkách, jímž by mohl důvody nevyhovění těmto námitkám doložit, je jeho postup nepřezkoumatelný, neboť závěry zadavatele nemají oporu v dokumentaci o veřejné zakázce a Úřad nemůže správnost těchto závěrů přezkoumat. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách sice plyne, jak či o čem bylo rozhodováno, ale rozhodnutí se neopírá o podklady, ze kterých by bylo možno ověřit pravdivost závěrů, ke kterým zadavatel dospěl. Postup, kterým zadavatel podaným námitkám proti vyloučení navrhovatele nevyhověl, proto není dostatečně čitelný a kontrolovatelný, a činí tak zadávací řízení neprůhledným, když vzbuzuje pochybnosti o pravých důvodech jednání zadavatele.
62. Nad rámec výše uvedeného Úřad uvádí, že výsledkem přezkoumávaného postupu zadavatele byla situace, kdy po vyloučení navrhovatele zůstala v zadávacím řízení mj. společnost ZEPRA mining s.r.o., jejíž kvalifikační předpoklady měly být minimálně v oblasti splnění profesní kvalifikace dále zkoumány, neboť byly prokazovány prostřednictvím subdodavatele, kterým je právě jeden ze společníků navrhovatele. Z výše uvedených okolností a i jeho vyjádření (viz. bod 14. odůvodnění tohoto rozhodnutí) přitom plyne, že v případě úspěchu společnosti ZEPRA mining s.r.o. v zadávacím řízení navrhovatel (v pozici subdodavatele) plnit nehodlá. V případě, že by dohoda o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky byla uzavřena a byla platná, tak – kromě toho, že by absentoval důvod pro vyloučení navrhovatele pro mnohost nabídek – by společnost ZEPRA mining s.r.o. profesní kvalifikační předpoklady neprokázala a měla by být zadavatelem postupem dle § 59 odst. 4 zákona vyzvána k objasnění předložených informací nebo předložení dalších dokladů prokazujících splnění této kvalifikace, obdobně jako byla dotazována v případě prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů. Tento závěr však bez dalšího vyjasnění skutkového stavu věci zadavatelem v zadávacím řízení nelze učinit a jenom ukazuje na potřebu průhlednějšího postupu zadavatele v této věci.

K dalším námitkám zadavatele

63. Zadavatel namítá, že v nabídce společnosti ZEPRA mining s.r.o. je vložen výpis z obchodního rejstříku spol. AQUATEST a.s. s datem pořízení 14. 2. 2017, tj. s datem shodným s datem

uzavření dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, což je podle zadavatele poněkud zarážející, když se datum opatření tohoto dokladu shoduje s datem, v němž se obě společnosti dohodly, že nebudou dále spolupracovat (viz bod 30. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad ověřil, že se předmětný výpis z obchodního rejstříku s uvedeným datem a časem generování výpisu z informačního systému veřejné správy ve 12:07 hod v nabídce této společnosti skutečně nachází. K tomu Úřad dále uvádí, že to nic nemění na skutečnosti, že týž den mohla být dohoda o ukončení smlouvy ještě uzavřena. Úřad v této souvislosti připomíná, že v textu dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky je uvedeno, že dodavatel není oprávněn jakkoliv použít doklady, které mu subdodavatel pro účely splnění části profesních kvalifikačních předpokladů předal (srov. bod 47. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Rovněž nelze odhlédnout od skutečnosti, že podobný výpis si z informačního systému veřejné správy může vytisknout kdokoli a nechat jej ověřit, jako tomu bylo v případě předmětného výpisu z obchodního rejstříku.

64. K rozdílnému zacházení, které namítá navrhovatel, zadavatel sděluje, že teprve po doručení námitek získal pochybnost o platnosti smlouvy o subdodávce, resp. dohody o ukončení subdodávky, a proto se dotázal společnosti ZEPRA mining s.r.o., zda dohodu o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky uzavřela. Zadavatel následně tvrdí, že nemůže dohodu o ukončení považovat za platnou, když osoba, která ji měla podepsat, tvrdí, že dohodu nepodepsala, proto zadavatel vycházel z obsahu nabídek a námitek navrhovatele nevyhověl (viz bod 31. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K námítkám zadavatele Úřad uvádí, že se s nimi vypořádal podrobně v bodech 58. - 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad k těmto námítkám dále uvádí, že z velmi stručné odpovědi Ing. Petra Vidura ze společnosti ZEPRA mining s.r.o. nelze kromě popření dohody (které může být samo o sobě účelové, při hodnocení takového sdělení totiž nelze jistě odhlédnout od skutečnosti, že pokud se společnost ZEPRA mining s.r.o. vyjadřuje k platnosti či neplatnosti předmětné dohody, vyjadřuje se zároveň *implicitně* i k tomu, zda ve své nabídce prokázala či neprokázala splnění kvalifikačních předpokladů) nic dalšího dovozovat. I pro zadavatele mohla být strohost této odpovědi s ohledem na to, k jaké skutečnosti se vyjadřuje, rovněž překvapivá (srov. bod 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a tudíž by si zasloužila dalšího zkoumání.
65. Pokud zadavatel dále uvádí, že následně v rámci řízení o námítkách nebylo zrušení smlouvy o poskytnutí subdodávky prokázáno, a nebylo tedy ani prokázáno, že by rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele bylo v rozporu se zákonem, pak dle Úřadu se jedná o chybnou úvahu, neboť na základě jednostranného prohlášení jedné ze stran nelze tvrdit, že zrušení smlouvy nebylo prokázáno. Nanejvýše lze v této souvislosti tvrdit, že zrušení smlouvy je mezi jejími stranami sporné. K prokázání uvedené skutečnosti bylo zapotřebí, aby zadavatel postupoval aktivněji (viz bod 58. - 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K posouzení možnosti podstatného vlivu na výběr nejvhodnější nabídky

66. K uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona Úřad přistoupí, pokud je současně s nedodržením postupu stanoveného pro zadání veřejné zakázky shledáno, že jednání zadavatele podstatně ovlivnilo nebo mohlo ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Úřad proto dále posoudí druhou podmínku pro uložení nápravného opatření, a to, zda postup zadavatel měl nebo mohl mít vliv na výběr nejvhodnější nabídky.

67. K tomu Úřad uvádí, že výše uvedeným postupem zadavatele mohlo dojít k podstatnému ovlivnění výběru nejvhodnější nabídky, neboť okruh dodavatelů, jejichž nabídka bude hodnocena, mohl být jiný za situace, kdyby zadavatel zjistil, zda došlo k uzavření dohody o ukončení smlouvy o poskytnutí subdodávky, resp. jestli je tato dohoda platná. Nelze totiž vyloučit, že pokud by zadavatel postupoval v zadávacím řízení transparentně, musel by zrušit rozhodnutí o vyloučení navrhovatele a dále posuzovat jeho nabídku. Už jen s ohledem na tuto skutečnost lze učinit závěr o tom, že mohlo dojít k podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky, neboť mohla být hodnocena i nabídka navrhovatele, přičemž současně nelze vyloučit, že nabídka navrhovatele mohla být vyhodnocena jako nabídka s nejnižší nabídkovou cenou (nabídka navrhovatele obsahovala dle protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 28. 2. 2017 nejnižší nabídkovou cenu).
68. Jak plyne ze shora uvedeného odůvodnění, zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky ustanovení § 69 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení nápravného opatření

69. Podle § 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.
70. Úřad je při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona 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 rovného zacházení a nediskriminace uchazečů. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil tím, že nedodržel při zadávání veřejné zakázky ustanovení § 69 odst. 3 ve spojení s § 6 odst. 1 zákona (způsobem, který je ve výroku I. tohoto rozhodnutí blíže popsán), přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, přistoupil Úřad ke zrušení uvedeného rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. V návaznosti na zrušení uvedeného úkonu tedy zadavatel znovu přistoupí k posuzování skutečnosti, zda v daném případě skutečně došlo k mnohosti nabídek navrhovatele, resp. případně k s tím spojené revizi prokázání splnění profesní kvalifikace ze strany společnosti ZEPRA mining s.r.o., a to takovým způsobem, aby jeho postup odpovídal základním zásadám zadávacího řízení, tj. především nebyl zatížen nejasnostmi, přičemž je na zadavateli, aby zvážil případné zrušení dalších souvisejících úkonů, resp. aby zvážil další postup v zadávacím řízení v duchu zajištění zásady transparentnosti.
71. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem rozhodl Úřad o zrušení uvedeného úkonu zadavatele tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

Náklady řízení

72. 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 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 ve svém § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.

73. Vzhledem k tomu, že Úřad výrokem II. zrušil rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
74. 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 2017000175.

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, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. Česká republika - Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 00 Praha 1
2. AQUATEST a.s., Geologická 988/4, 152 00 Praha 5

Vypraveno dne

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