UOHSX00AAFXW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0224/2017/VZ-22727/2017/533/TKr Brno: 7. srpna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 12. 6. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec,
- navrhovatel – Nehlsen Třinec, s.r.o., IČO 25355996, se sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec – postupoval při zadávání veřejné zakázky „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269 v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když do podmínek účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) citovaného zákona vymezených v bodě 6. 1. „Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace zahrnul požadavek - obchodní podmínku - spočívající v doložení dokladu (certifikátu) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 nebo certifikátu

rovnocenného, ačkoliv tento požadavek odpovídá charakterem kritériu technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. e) citovaného zákona a jedná se tak o podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) citovaného zákona.

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ruší** zadávací řízení na veřejnou zakázku „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269.

III.

Zadavateli – město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0224/2017/VZ ve věci návrhu navrhovatele – Nehlsen Třinec, s.r.o., IČO 25355996, se sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec - Staré město – ze dne 12. 6. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“ zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 21. 12. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec – ukládá

uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Město Třinec, IČO 00297313, se sídlem Jablunkovská 160, 739 61 Třinec (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“), dne 21. 12. 2016 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užší řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 22. 12. 2016 pod ev. č. Z2016-007269 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem plnění veřejné zakázky je podle čl. 3. „PŘEDMĚT ZAKÁZKY“ zadávací dokumentace *„(…) zajištění údržby a oprav komunikací ve vlastnictví města Třince v souladu s ust. § 5 – 10 vyhlášky č. 104/1997 Sb., kterou se provádí zákon č. 13/1997 Sb., o pozemních*

komunikacích, ve znění pozdějších předpisů a v rozsahu přílohy č. 1 zadávací dokumentace - Soupis činností běžné a souvislé údržby komunikací a oprav.“.

3. Zadavatel stanovil v bodu II.2.1) „Celková předpokládaná hodnota“ oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 120 000 000,- Kč bez DPH.

4. V čl. 6. „OBCHODNÍ PODMÍNKY“ zadávací dokumentace, bodu 6.1 „Návrh smlouvy“ v rámci požadavků na obsah nabídky zadavatel mj. uvedl: *„Dále musí uchazeč doložit formu a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobně popsat kontrolu dodržování bezpečnostních předpisů, přičemž rovněž musí do nabídky doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001, jenž je zaveden a používán v organizaci uchazeče nebo certifikátu rovnocenného vydaného v členském státě Evropské unie, certifikát musí být vydán akreditovanou osobou.“*.

5. Jak vyplývá z dokladu o doručení námitek, jenž tvoří přílohu návrhu, zadavatel obdržel dne 21. 2. 2017 od navrhovatele – Nehlsen Třinec, s.r.o., IČO 25355996, se sídlem Jablunkovská 392, 739 61 Třinec (dále jen „navrhovatel“) – námitky z téhož dne proti zadávacím podmínkám. Rozhodnutí o námitkách ze dne 3. 3. 2017, kterým zadavatel námitky navrhovatele odmítl, bylo navrhovateli doručeno téhož dne.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 13. 3. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0101/2017/VZ-13395/2017/533/TKr ze dne 25. 4. 2017 (dále jen „rozhodnutí sp. zn. S0101/2017“) ve výroku I. konstatoval, že zadavatel postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu se zákonem a ve výroku II. uložil nápravné opatření dle § 263 odst. 5 zákona spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 3. 3. 2017 o námitkách navrhovatele. Rozhodnutí sp. zn. S0101/2017 nabylo právní moci dne 25. 5. 2017.

7. S ohledem na závěry rozhodnutí Úřadu vydaného pod sp. zn. S0101/2017 zadavatel nově rozhodl o námitkách navrhovatele s totožným obsahem, jako byly námitky ze dne 21. 2. 2017 a dne 31. 5. 2017 vydal nové rozhodnutí o námitkách (dále jen „nové rozhodnutí o námitkách“), jímž námitky navrhovatele odmítl. Nové rozhodnutí o námitkách bylo navrhovateli doručeno dne 31. 5. 2017.

8. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval ani nové rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 12. 6. 2017 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu.

II. OBSAH NÁVRHU

9. Navrhovatel v úvodu návrhu rekapituluje průběh zadávacího řízení včetně správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. S0101/2017. Navrhovatel dále uvádí, že se zadavatel nově vyjádřil k námitce, kterou navrhovatel brojil proti požadavku zadavatele na doložení dokladu o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 (dále rovněž jen „certifikát OHSAS 18001“), a to tak, že námitku odmítl.

10. Navrhovatel dále v čl. VI. „Porušení zákona“ návrhu argumentuje skutečnostmi, na základě kterých dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem. Předně navrhovatel konstatuje, že obchodní a jiné smluvní podmínky, stejně jako jiné ostatní podmínky účasti v zadávacím řízení, nesmějí postrádat souvislost s předmětem dané veřejné zakázky a musejí být ve vztahu k předmětu plnění přiměřené. Dále navrhovatel uvádí, že zjevně excesivně přísné obchodní podmínky mohou odradit některé potenciální dodavatele od účasti v zadávacím řízení, přičemž se domnívá, že právě v důsledku existence požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 k tomu v případě předmětné veřejné zakázky skutečně došlo. Podle navrhovatele není požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 odůvodněn oprávněnými požadavky zadavatele a vede ke stanovení nepřiměřených obchodních podmínek a nepřípustnému omezení hospodářské soutěže formou skryté diskriminace. Navrhovatel uvádí, že z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 78/2010 ze dne 30. 9. 2011 dle navrhovatele vyplývá, že požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 nemůže být obsažen v rámci obchodních podmínek.

11. Navrhovatel uvádí, že požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 omezuje okruh potenciálních uchazečů, a je tak v rozporu se zásadou zákazu diskriminace a rovného zacházení. Zadavatelem specifikovaný požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 dle navrhovatele ovlivňuje výběr nejvhodnější nabídky. Na podporu svého tvrzení navrhovatel uvádí, že pro zadavatele provádí více než 20 let činnosti, které jsou předmětem předmětné veřejné zakázky a ze strany zadavatele nikdy nebyl vznesen požadavek na odbornou kvalifikaci dle certifikátu OHSAS 18001. Navrhovatel rovněž uvádí, že údržbu komunikací ve vlastnictví města Třince bylo možno minimálně od roku 1997 provádět i bez vlastnictví certifikátu OHSAS 18001 a navrhovateli tedy není znám důvod tohoto požadavku. Navíc obligatorní požadavky na bezpečnost a ochranu zdraví při práci jsou dle navrhovatele stanoveny v § 101 a násl. zákona č. 262/2006 Sb., zákoník práce, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákoník práce“). Navrhovatel dodává, že tyto zákonné požadavky řádně plní a dodržuje, neboť pravidelně provádí vnitřní audit bezpečnosti práce a provádí pravidelná školení všech zaměstnanců, a to ve spolupráci se společností VIKRA služby s.r.o., IČO 27803325, se sídlem Střítež 37, 739 59 Střítež, jejímž předmětem podnikání je poskytování služeb v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. S ohledem na výše uvedené je navrhovatel názoru, že tak má zajištěnu bezpečnost a ochranu zdraví při práci a je tak názoru, že *„(…) nastavení úrovně požadavku použitím nejvyšší normy, v tomto případě certifikátu OHSAS 18001 je vzhledem k faktu, že uvedená norma je normou nejvyššího řádu, je neoprávněné a evidentně se zde otevírá prostor pro potenciální (a v případě této veřejné zakázky pro skutečnou) diskriminaci dodavatelů.“.*

12. V návaznosti na zadavatelem uvedené zdůvodnění požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001, jež spočívá mj. v dodržování povinností vyplývajících ze zákona č. 309/2006 Sb., o zajištění dalších podmínek bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, ve znění pozdějších předpisů, navrhovatel namítá, že citovaný zákon byl vždy dodržován i samotným navrhovatelem, který certifikát OHSAS 18001 nevlastní. K uvedenému navrhovatel dodává, že na dodržování zákonných povinností je dohlíženo ze strany státních orgánů, přičemž porušení těchto povinností je citelně sankciováno. Navrhovatel uvádí, že si je vědom např. své povinnosti dodávat příslušným orgánům požadované dokumenty ve stanovených termínech či povinnosti zaslat na Oblastní inspektorát práce oznámení o zahájení prací,

avšak dodává, že povinnost zaslat předmětný dokument na Oblastní inspektorát práce nastává až tehdy, vyskytuje-li se na pracovišti (stavbě) více jak 20 zaměstnanců, přičemž dodává, že *„(…) tolik zaměstnanců v rámci letní údržby komunikací u zadavatele na konkrétním úkolu během 1 pracovního dne, nikdy nepracovalo.“*. Navrhovatel tedy konstatuje, že zadavatel argumentuje zákonnými povinnosti, které jsou povinny dodržovat na území České republiky veškeré subjekty, avšak vlastnictví certifikátu OHSAS 18001 nemá vliv ani prokazatelnou přímou vazbu na kvalitu plnění veřejné zakázky a zákonných povinností je nezbavuje.

13. Navrhovatel dále poukazuje na nové rozhodnutí o námitkách, ve kterém zadavatel uvádí, že požadavek na vlastnictví certifikátu OHSAS 18001 je zcela běžný standard v aplikační praxi, přičemž namítá, že zadavatel ani neuvádí, z čeho tak dovozuje. K tvrzení zadavatele, že *„Stěžovatel si je velmi dobře vědom (…), že se ze strany zadavatele jedná o oprávněný požadavek a sám Stěžovatel si již dotčenou certifikaci vyřizuje“*, navrhovatel uvádí, že zadavatel nemůže svůj požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 zahrnutý v zadávací dokumentaci legitimizovat ani tvrzením, že pokud si navrhovatel v současné době vyřizuje příslušnou certifikaci, zřejmě uznává, že se ze strany zadavatele jedná o požadavek oprávněný. Navrhovatel dodává, že si certifikát OHSAS 18001 v současné době vyřizuje „preventivně“ pro případ, že se podobný požadavek vyskytne u případného poptávajícího v budoucnu.

14. Navrhovatel reaguje rovněž na tvrzení zadavatele, že předmětný certifikát je zcela běžný u stavebních firem a rovněž u obdobných dodavatelů jako je navrhovatel. Navrhovatel uvádí, že takové tvrzení zadavatel nijak nepodkládá. Podle navrhovatele nemá vlastnictví certifikátu OHSAS 18001 vliv ani prokazatelnou přímou vazbu na kvalitu plnění veřejné zakázky navrhovatelem *„(…) když navrhovatel, který tento certifikát nevlastní, neobdržel od zadavatele v období trvání současné smlouvy o dílo ze dne 25.2.2000 jedinou výtku či reklamaci na kvalitu jím poskytovaných služeb při údržbě komunikací města Třince ani na kvalitu poskytovaného plnění a po celou dobu poskytování těchto služeb ze strany navrhovatele, nedošlo k jedinému úrazu či újmě na zdraví u vlastních zaměstnanců či třetích osob, které se pohybují na území města, byť je služba poskytována na veřejném prostranství.“.*

15. Navrhovatel rovněž poukazuje na dodavatele L.Greko s.r.o., IČO 47679352, se sídlem Konská 468, 739 61 Třinec (dále jen „L.Greko s.r.o.“), který také nevlastní certifikát OHSAS 18001 a přesto provádí údržbu komunikací ve vlastnictví města Třince na základě smlouvy ze dne 25. 2. 2000, a to bez stížností na kvalitu poskytovaných služeb a rovněž bez úrazu či újmy na zdraví u vlastních zaměstnanců či třetích osob, které se pohybují na území města Třince, byť je služba poskytována na veřejném prostranství.

16. Navrhovatel dále reaguje na tvrzení zadavatele, že *„(…) certifikát OHSAS 18001 požaduje mj. z důvodu, že u veřejné zakázky jde především o práce omezující dopravní obslužnost a infrastrukturu na území celého města, kdy je nezbytné mimo jiné nastavit správně a bezpečně výluky dopravy či nastavit řádně systém objížděk (…)“,* přičemž namítá, že certifikát OHSAS 18001 nemá s těmito činnostmi žádnou souvislost ani např. ve vztahu k manipulaci s těžkými stavebními díly či stavební technikou.

17. Navrhovatel doplňuje, že zadavatel mohl požadavek na certifikát OHSAS 18001 nahradit například stanovením odpovídajících smluvních podmínek a sankcí ve smlouvě s vybraným dodavatelem, přičemž navrhovatel opakovaně poukazuje na ust. § 101 zákoníku práce, kde jsou stanoveny požadavky na bezpečnost a ochranu zdraví při práci. Slovy zadavatele však nahrazení požadavku certifikace stanovením odpovídajících smluvních podmínek a sankcí ve smlouvě *„nic neřeší, protože zadavateli nezajistí, že budou dodržovány“*. Dle navrhovatele však nelze s jistotou ani tvrdit, že certifikát OHSAS 18001 zajistí dodržování předpisů BOZP ze strany dodavatele, přičemž dodává, že zadavateli doposud u jiných veřejných zakázek postačoval dosavadně nastavený systém kontroly a sankcí.

18. Na základě výše uvedeného se navrhovatel domnívá, že stanovením požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 postupoval zadavatel v rozporu se zákonem, zejména pak porušil zásadu zákazu diskriminace a požadavek na rovné zacházení ve vztahu k dodavatelům ve smyslu § 6 odst. 2 zákona, a dále porušil zásady transparentnosti a přiměřenosti podle § 6 odst. 1 zákona.

19. Navrhovatel rovněž uvádí čtyři veřejné zakázky zadávané zadavatelem v roce 2016, které byly realizovány výhradně na veřejných prostranstvích a v přímém kontaktu s občany města, avšak v rámci kterých zadavatel nepožadoval doložení certifikátu OHSAS 18001. Tento postup zadavatele, kdy certifikát OHSAS 18001 je požadován právě v rámci šetřené veřejné zakázky a u zmíněných veřejných zakázek s obdobným předmětem plnění nikoliv, považuje navrhovatel za netransparentní. Navrhovatel vyjadřuje přesvědčení, že předmětný požadavek zadavatele je účelový a svědčí dodavateli Strojírny a stavby Třinec, a.s.

20. Navrhovatel rovněž poukazuje na skutečnost, že zadavatel v přechodném období, než bude uzavřena smlouva v rámci šetřené veřejné zakázky, zadal přechodně údržbu komunikací ve vlastnictví města Třince v jednacím řízení bez uveřejnění a navrhovatel má pochybnosti o zákonnosti tohoto postupu. Závěrem navrhovatel žádá Úřad, aby zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku zrušil.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE K NÁVRHU

21. K návrhu navrhovatele se vyjádřil zadavatel ve svém stanovisku ze dne 26. 6. 2017, v němž reaguje na navrhovatelem opakované tvrzení, že požadavek zadavatele v rámci obchodních podmínek na doložení certifikátu OHSAS 18001 není odůvodněn oprávněnými požadavky zadavatele a vede ke stanovení nepřiměřených obchodních podmínek a nepřípustnému omezení hospodářské soutěže formou skryté diskriminace. K odkazu navrhovatele na rozsudek Nejvyššího správního soudu vydaný pod sp. zn. 5 Afs 78/2010 zadavatel uvádí, že se uvedený rozsudek netýká certifikátu OHSAS 18001, neboť jen odkazuje na jiný rozsudek Nejvyššího správního soudu vedený pod sp. zn. 7 Afs 27/2007, který se otázkou certifikátu OHSAS 18001 sice zabývá, avšak pouze v tom smyslu, zda měl být požadavek na doložení předmětného certifikátu uveden jako obchodní podmínka či jako opatření k zajištění jakosti. Uvedený rozsudek se tak nezabývá otázkou, zda je možné certifikát požadovat. Zadavatel rovněž upozorňuje na skutečnost, že se oba výše citované rozsudky vztahují k předchozí právní úpravě, tj. k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „původní zákon“), přičemž současná právní úprava a výklad zákona je odlišný.

22. V souvislosti s argumentem navrhovatele, že činnosti, které jsou předmětem veřejné zakázky, provádí pro zadavatele již více než 20 let a ze strany zadavatele nikdy nebyl vznesen požadavek na implementaci odborné kvalifikace dle certifikátu OHSAS 18001 či výtka absence plnění této normy, uvádí zadavatel, že by bylo s podivem, kdyby po 20 let nezměnil své požadavky na kvalitu plnění, pokud mu to relevantní trh umožňuje.

23. Ve svém vyjádření zadavatel dále uvádí, že doložení certifikátu OHSAS 18001 požaduje mimo jiné na základě § 37 odst. 1 písm. d) zákona, a to jako zvláštní podmínku plnění veřejné zakázky směřující k zajištění ochrany zdraví a bezpečnosti při práci, jež bude mít příznivý vliv na životní prostředí a sociální důsledky, aby nebylo ohrožováno zdraví a životní prostředí občanů. Argument, že zákon nestanoví požadavek na vlastnictví certifikátu OHSAS 18001, přičemž obligatorní požadavky na bezpečnost a ochranu zdraví při práci jsou stanoveny pouze v § 101 a násl. zákoníku práce, považuje zadavatel za irelevantní, neboť podmínky účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 zákona nevyžadují, aby byly stanoveny jinou právní úpravou.

24. V souvislosti s tvrzením navrhovatele, že navrhovatel pravidelně dle vnitřních směrnic provádí audit BOZP vyhledáváním a eliminací rizik tak, aby předešel potenciálním nebezpečím, a provádí pravidelná školení všech zaměstnanců s pomocí společnosti VIKRA služby s.r.o., zadavatel uvádí, že stanovený požadavek na doložení odbornosti předpokládá, že dodavatelé doloží buď certifikát OHSAS 18001 nebo certifikát rovnocenný. Pokud tedy navrhovatel uvádí, že pravidelně dle vnitřních směrnic provádí audit BOZP tak, aby se předešlo potenciálnímu nebezpečí, a zároveň provádí pravidelná školení všech zaměstnanců, má zadavatel za to, že by navrhovatel *„(…) asi měl disponovat rovnocenným certifikátem (stejně jako jeho mateřská společnost, která dotčenou certifikaci má) a měl možnost takový certifikát předložit, což neučinil.“*. Zadavatel dále dodává, že při zadávání veřejné zakázky nemůže brát v úvahu pouze zkušenost s jedním svým původním dodavatelem, ale je povinen nastavením kvalifikačních předpokladů a dalších požadavků v zadávací dokumentaci zajistit kvalitu plnění veřejné zakázky co nejlépe, k čemuž mimo jiné na základě § 37 odst. 1 písm. d) zákona využil podmínku na doložení certifikace podle OHSAS 18001, a to jako zvláštní podmínku plnění veřejné zakázky k zajištění ochrany zdraví a bezpečnosti při práci, kterou považuje za potvrzení zajištění plnění požadavků na bezpečnost a ochranu zdraví při práci. Zadavatel tedy opakovaně uvádí, že požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 je legitimní, oprávněný a zákonný, který je i mezi zadavateli běžným standardem v aplikační praxi.

25. Zadavatel dále reaguje na navrhovatelem napadené tvrzení zadavatele, že certifikace podle OHSAS 18001 je v současné době zcela běžná u větších stavebních firem, což je dokladováno ve veřejně přístupných zdrojích, přičemž doplňuje, že veřejně přístupnými zdroji měl na mysli především internet, kdy pouhým zběžným průzkumem lze zjistit, že téměř každá stavební společnost, která má v předmětu silniční stavby, disponuje certifikací podle OHSAS 18001. Příkladem zadavatel uvádí 6 internetových odkazů na stavební společnosti zabývající se realizací silničních staveb, a dále 7 internetových odkazů na dodavatele, kteří by mohli plnit veřejné zakázky a kteří rovněž disponují certifikátem OHSAS 18001.

26. K doplňující argumentaci navrhovatele ohledně druhého subjektu, který v současné době provádí údržbu komunikací ve vlastnictví města Třince, tj. společnost L.Greko s.r.o., která též nevlastní certifikát OHSAS 18001 a taktéž nikdy neobdržela od zadavatele jedinou výtku

či reklamaci, zadavatel opakovaně uvádí, že nemůže brát v úvahu pouze zkušenost s jedním či dvěma dodavateli, ale je povinen v rámci zadávacího řízení zajistit kvalitu plnění veřejné zakázky co nejlépe, k čemuž využil možnosti použití požadavku na doložení certifikace podle OHSAS 18001.

27. K argumentu navrhovatele, že vlastnictví certifikátu OHSAS 18001 není zárukou zajištění správné a bezpečné výluky dopravy, ani nezamezí nebezpečí vůči chodcům či nezaručí nastavení řádného systému objížděk, zadavatel uvádí, že navrhovatel tuto argumentaci vytrhl účelově z kontextu. K uvedenému zadavatel doplňuje, že vlastní-li dodavatel certifikaci OHSAS 18001, dává to zadavateli záruku, že tato osoba má řádně zavedený systém ochrany bezpečnosti a zdraví při práci, který uplatňuje při všech realizacích na co možná nejvyšší úrovni, i s ohledem na výše specifikované činnosti. Tento certifikát dle zadavatele potvrzuje plnění obligatorních požadavků dodavatelem vyplývajících ze zákoníku práce.

28. K možnosti nahrazení požadavku certifikace např. objektivním definováním požadavků na ochranu a bezpečnost zdraví při práci v rámci specifikace předmětu zakázky a stanovením odpovídajících smluvních podmínek a sankcí ve smlouvě s vybraným dodavatelem zadavatel uvádí, že povinnost dodržovat požadavky na bezpečnost a ochranu zdraví při práci je dána zákoníkem práce a uvedení těchto požadavků v obchodních podmínkách nic neřeší. Zadavatel dále dodává, že považuje certifikaci OHSAS 18001 za potvrzení o plnění obligatorních požadavků na bezpečnost a ochranu zdraví při práci, které jsou stanoveny zákoníkem práce, a rovněž za prostředek ke zvýšení jistoty na své straně, že zhotovitel bude osobou, která má řádně zavedený systém ochrany bezpečnosti a zdraví při práci, který uplatňuje při všech realizacích na co možná nejvyšší úrovni s ohledem na výše specifikované činnosti. Na základě informací ve veřejně přístupných zdrojích zadavatel pro úplnost uvádí konkrétní přínosy systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a uvádí, že tento systém certifikace má zaveden řada dodavatelů.

29. K názoru navrhovatele, že požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 je účelově nastaveným požadavkem v zájmu konkrétního dodavatele, kterým je společnost Strojírny a stavby Třinec, a.s., zadavatel uvádí, že tento dodavatel má dotčenou certifikaci mnoho let a dne 18. 12. 2016 došlo jen k jejímu prodloužení po období omezené platnosti.

30. Zadavatel se ve svém stanovisku rovněž vyjadřuje k navrhovatelem uvedeným veřejným zakázkám, u nichž zadavatel nepožadoval doložení dokladu OHSAS 18001, přičemž uvádí, že uvedená zadávací řízení, kde zadavatel nepožadoval dotčenou certifikaci, jsou veřejnými zakázkami jiného druhu, odlišné hodnoty a předmětu plnění. Předmětem žádné z navrhovatelem citovaných zakázek nejsou např. opravy komunikací, odstraňování závad ve sjízdnosti, opotřebení nebo poškození komunikací.

31. Ve svém stanovisku se zadavatel dále vyjádřil k otázce, čím se liší např. veřejná zakázka na letní údržbu komunikací či veřejná zakázka na zimní údržbu komunikací od předmětu dotčené veřejné zakázky „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince“, přičemž uvádí, že rozdíl je především v předmětu plnění, kdy dotčená veřejná zakázka je dle zadavatele rozsáhlejší a jednotlivé předměty plnění jsou náročnější na koordinaci prací, provoz na komunikacích a zajištění plnění obligatorních požadavků na bezpečnost a ochranu zdraví při práci stanovených v zákoníku práce. Zadavatel rovněž uvádí *„(…) obrovské nároky na zhotovitele stran bezpečnostních opatření vznikající u prací na mostech a obdobných*

konstrukcí (…). Zhotovitel má na starosti kontrolu a údržbu mostních konstrukcí, na které jsou vyžadovány zvýšené bezpečnostní a legislativní nároky (…)". Zadavatel dodává, že práce spojené s opravou a údržbou dopravních cest, chodníků i mostů jsou vždy velmi rizikové a ohrožují nejen zaměstnance dané společnosti, ale také státní občany, resp. veřejnost pohybující se na daném území.

32. Zadavatel se ve svém stanovisku vyjadřuje rovněž k druhé části návrhu týkající se veřejné zakázky „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince – mezidobí", přičemž má za to, že tato veřejná zakázka nikterak nesouvisí s porušením zákona ohledně požadavku zadavatele na doložení certifikátu OHSAS 18001. Zadavatel uvádí, že Rada města Třince na své 80. schůzi dne 25. 4. 2017 rozhodla o vypovězení smlouvy o dílo – MK dílčí okrsek 1 č. j. 2000/10/002. K uvedenému zadavatel doplňuje, že toto rozhodnutí Rada města učinila poté, co dne 20. 3. 2017 obdržela rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0101/2017/VZ-09658/2017/533/TKr ze dne 17. 3. 2017, kterým byl zamítnut návrh na nařízení předběžného opatření, jímž by měl být zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Údržba komunikací ve vlastnictví města Třince". Závěrem zadavatel opětovně zdůrazňuje, že požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 požaduje na základě § 37 odst. 1 písm. d) zákona, a to jako zvláštní podmínku plnění veřejné zakázky k zajištění ochrany zdraví a bezpečnosti při práci, jež bude mít příznivý vliv na životní prostředí a sociální důsledky, aby nebylo ohrožováno zdraví a životní prostředí občanů. Vzhledem k výše uvedeným skutečnostem se zadavatel domnívá, že by měl Úřad návrh navrhovatele zamítnout.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

33. Podle ust. § 249 zákona ve spojení s ust. § 44 správního řádu, bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 12. 6. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 12. 6. 2017.

34. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:

- zadavatel,
- navrhovatel.

35. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-18019/2017/533/TKr ze dne 15. 6. 2017.

36. Přípisem č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-19697/2017/533/TKr ze dne 30. 6. 2017 požádal Úřad Český institut pro akreditaci, o.p.s., IČO 25722972, se sídlem Olšanská 54/3, 130 00 Praha 3, o sdělení stanoviska k certifikátu OHSAS 18001.

37. Usnesením č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-20367/2017/533/TKr ze dne 11. 7. 2017 Úřad určil zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení.

38. Usnesením č. j. ÚOHS-S0224/2017/VZ-20285/2017/533/TKr ze dne 11. 7. 2017 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

39. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o veřejné zakázce a stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadání veřejné zakázky postup souladný se zákonem. Jako opatření k nápravě Úřad ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

40. Úřad v úvodu posoudil postavení zadavatele podle § 4 zákona. Podle § 4 odst. 1 písm. d) zákona je veřejným zadavatelem územní samosprávný celek nebo jeho příspěvková organizace.

41. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších předpisů, se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky, a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky. S ohledem na uvedené skutečnosti má Úřad za prokázané, že zadavatel, tj. město Třinec, coby územní samosprávný celek, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. d) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

42. Podle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku.

43. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům přímo či nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

44. Podle § 37 odst. 1 zákona může zadavatel podmínky účasti v zadávacím řízení stanovit jako

    a) podmínky kvalifikace,

    b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,

    c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo

    d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

45. Podle § 58 odst. 3 zákona po uplynutí lhůty pro podání žádostí o účast zadavatel posoudí kvalifikaci účastníků zadávacího řízení, vyloučí z účasti v zadávacím řízení účastníky zadávacího řízení, kteří neprokázali splnění kvalifikace, a nevyloučené účastníky zadávacího řízení vyzve k podání nabídek. Výzva k podání nabídek musí obsahovat náležitosti stanovené v příloze č. 6 k tomuto zákonu.

46. Podle § 79 odst. 1 písm. e) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat popis technického vybavení, popis opatření dodavatele k zajištění kvality nebo popis zařízení pro výzkum.

47. Podle § 80 odst. 1 zákona pokud zadavatel pro účely prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. e) požaduje splnění norem pro zajištění jakosti včetně norem týkajících se přístupnosti pro osoby se zdravotním postižením, odkáže na systémy zajišťování jakosti založené na příslušné řadě evropských norem, které jsou osvědčeny akreditovanými subjekty.

48. Podle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu se zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

49. V čl. 6 „OBCHODNÍ PODMÍNKY" zadávací dokumentace, bodu 6.1 „Návrh smlouvy" je uvedeno, že zadavatel jako součást zadávací dokumentace předkládá obchodní podmínky ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona. Dále je uvedeno, že uchazeč musí k návrhu smlouvy a v rámci nabídky „(…) *doložit formu a způsob dodržování bezpečnostních předpisů a podrobně popsat kontrolu dodržování bezpečnostních předpisů, přičemž rovněž musí do nabídky doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému OHSAS 18001, jenž je zaveden a používán v organizaci uchazeče nebo certifikátu rovnocenného vydaného v členském státě Evropské unie, certifikát musí být vydán akreditovanou osobou. V případě, že uchazeč nepředloží výše požadované dokumenty, může být zadavatelem vyloučen ze zadávacího řízení.".*

50. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 29. 3. 2017 vyplývá, že byly podány dvě nabídky (mj. nabídka navrhovatele).

51. V protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 16. 2. 2017 je uvedeno, že oba účastníci zadávacího řízení prokázali splnění veškerých požadavků kvalifikační dokumentace a zákona a budou v souladu s § 58 odst. 3 zákona vyzváni k podání nabídky.

52. Ve výzvách k podání nabídky do zadávacího řízení ze dne 17. 2. 2017 je uvedeno, že zadavatel na základě úspěšného splnění kvalifikace vyzývá účastníky zadávacího řízení k podání nabídky do zadávacího řízení.

53. Z dokumentu „Rozhodnutí/oznámení zadavatele o vyloučení uchazeče" ze dne 13. 4. 2017 vyplývá, že zadavatel rozhodl dle ust. § 48 odst. 2 písm. a) zákona o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Své rozhodnutí zadavatel zdůvodnil tím, že navrhovatel neprokázal splnění požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 a nesplnil tak zadávací podmínky stanovené zadavatelem.

Stanovisko Českého institutu pro akreditaci, o.p.s. k certifikátu podle ČSN OHSAS 18001

54. Úřad v rámci správního řízení požádal národní akreditační orgán, Český institut pro akreditaci, o.p.s., IČO 25677675, se sídlem Olšanská 54/3, 130 00 Praha 3 (dále jen „ČIA") o stanovisko týkající se povahy certifikátu OHSAS 18001, resp. zda *„(…) Lze certifikát pro systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci ČSN OHSAS 18001 podřadit do kategorie normy pro zajištění jakosti (kvality) v rámci systémů zajišťování jakosti založených na příslušné řadě evropských norem.".* Dopisem ze dne 7. 7. 2017 ČIA sdělil úřadu, že certifikaci podle ČSN OHSAS 18001 nedoporučuje zařazovat do kategorie certifikace podle norem pro zajištění jakosti (kvality). Ve vysvětlení ČIA dále uvedl, že *„(…) norma ČSN OHSAS 18001 neposkytuje standard pro určování shody s řízením kvality výroby nebo služeb, ale s řízením bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, jehož předmětem není řízení*

kvalitativních parametrů realizačního procesu v předmětu certifikace, ale rizika spojená s poškozením zdraví člověka, která z činností realizačního procesu vyplývají.(…) Cílem zavedeného systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci je odstranění nebo minimalizace rizik spojených s poškozením zdraví u osob, které v organizaci působí. Certifikátem organizace dokládá, že zavedla systém, který odstraňuje nebo minimalizuje rizika poškození zdraví související s její činností.“.

Právní posouzení

55. Úřad uvádí, že v rámci šetřené veřejné zakázky, která je zadávána v užším řízení, zadavatel v rámci obchodních podmínek specifikovaných v čl. 6.1 zadávací dokumentace stanovuje požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jiného rovnocenného dokladu. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že brojí právě proti výše uvedenému požadavku konkretizovanému v bodě 1 čl. 6 „OBCHODNÍ PODMÍNKY“ zadávací dokumentace. Zadavatel požadoval v rámci obchodních podmínek do nabídky k návrhu smlouvy doložit doklad (certifikát) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci dle OHSAS 18001, nebo jiný rovnocenný doklad (viz odstavec 49 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel ve svém návrhu mj. uvádí, že uvedený požadavek nemůže být zařazen mezi obchodními podmínkami a nad rámec toho považuje daný požadavek za rozporný se zákonem, zejm. pak zásadami přiměřenosti a zákazu diskriminace. Úřad se tedy ve vztahu k předmětné podmínce účasti v zadávacím řízení bude nejprve zabývat samotným charakterem rozporované podmínky a jejím umístěním v rámci podmínek účasti v zadávacím řízení.

56. Úřad v obecné rovině k postupu zadavatele v zadávacím řízení uvádí, že tento je povinen postupovat v souladu se základními zásadami zadávacího řízení uvedenými v § 6 odst. 1 a 2 zákona. Tyto zásady se pak prolínají do ostatních ustanovení zákona, neboť na nich samotný zákon stojí. V rámci stanovení zadávacích podmínek dle § 36 odst. 1 zákona jsou základní zásady vyjádřeny dikcí tohoto ustanovení a stejný dopad mají základní zásady i do stanovení podmínek účasti vyjádřených v § 37 zákona. Nejprve je vhodné ve vztahu ke zde posuzované věci uvést, co se rozumí zadávacími podmínkami, kdy podle § 28 odst. 1 zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené podmínky průběhu zadávacího řízení, podmínky účasti v zadávacím řízení, pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení, pravidla pro hodnocení nabídek a v neposlední řadě další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.

57. Mezi zadávací podmínky jak jsou vymezeny v § 28 odst. 1 písm. a) zákona patří mimo jiného, jak bylo uvedeno v předchozím odstavci odůvodnění tohoto rozhodnutí, podmínky účasti v zadávacím řízení. Podmínky účasti v zadávacím řízení jsou pak vymezeny ustanovením § 37 zákona. Dle § 37 odst. 1 zákona, jsou podmínky účasti v zadávacím řízení vymezeny do čtyř okruhů. Jedná se o podmínky kvalifikace, technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku, obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky a zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

58. Jestliže Úřad výše uvedl, že zadávací řízení má být ve všech svých částech (fázích) ovládáno základními zásadami, uvedené pak rozhodně platí i pro samotné stanovení podmínek účasti v zadávacím řízení. Úřad uvádí, že v rámci stanovení podmínek účasti v zadávacím řízení je významné rovněž správné zařazení té které podmínky do vymezeného okruhu podmínek účasti (což § 37 odst. 1 zákona nepochybně předvídá), neboť případné (chybné) nesprávné zařazení např. kvalifikační podmínky do obchodních podmínek může mít dopady do zadávacího řízení stran narušení základních zásad zadávacího řízení a dopady na postup zadavatele v zadávacím řízení v rámci jednotlivých fází zadávacího řízení (což bude Úřadem vyloženo dále). Uvedenou problematikou se zabýval např. Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 5 Afs 78/2010 - 186 ze dne 30. 9. 2011 (ve kterém uplatnil závěry ze svého rozsudku č. j. 7 Afs 27/2007 - 707 ze dne 30. 8. 2007), kde předestřel: *„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.“.* Úřad uvádí, že uvedený rozsudek se vztahuje k postupu zadavatele dle původního zákona, resp. rozsudek sp. zn. 7 Afs 27/2007 se dokonce vztahuje k zákonu č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, avšak tato skutečnost na posouzení obdobné věci vedené dle zákona ničeho nemění, a to z následujících důvodů. Systemizace těchto právních úprav shodně rozlišují samostatně podmínky kvalifikace (srov. § 37 odst. 1 písm. a) zákona v návaznosti na § 73 a násl. zákona vs. § 50 násl. původního zákona) a samostatně obchodní nebo jiné smluvní podmínky (srov. § 36 odst. 1 písm. c) zákona vs. § 44 odst. 3 původního zákona). Jedná se tak tedy o jiné kategorie požadavků, v čemž se tyto právní úpravy shodují. Právě skutečnost, že všechny tyto právní normy obsahovaly, resp. obsahují různé druhy či okruhy podmínek, které zadavatel na uchazeče může klást, je v tomto případě nosným prvkem. Závěry Nejvyššího správního soudu tak lze podle Úřadu analogicky aplikovat na právě šetřený případ, neboť princip kategorizace podmínek kladených na uchazeče zůstal zjevně zachován. Stejně tak význam zásady transparentnosti zůstal nezměněn, tudíž úkony zadavatele musí být vždy čitelné a jasné, aby nevznikaly pochybnosti o postupu zadavatele v zadávacím řízení. V případech řešených v rozsudcích, oproti zde projednávané věci, byly veřejné zakázky zadávané v otevřeném řízení a soud opakovaně konstatoval a vyzdvihl nutnost řádného zařazení požadavku do správné kategorie a jeho následnou nemožnost „přenesení“ do správné kategorie. O to více uvedené platí ve vztahu k veřejné zakázce, která je zadávána v užším řízení (ke specifikům užšího řízení viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí), jako je tomu v tomto správním řízení posuzovaném případě.

59. Jak vyplývá z již uvedeného, zadavatel v rámci předmětného zadávacího řízení jako jednu z obchodních podmínek, tedy podmínek účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona, stanovil požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001. Mezi zadavatelem a navrhovatelem je mimo jiného sporu o to, zda byl zadavatel oprávněn daný požadavek stanovit jako obchodní nebo jinou smluvní podmínku ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona.

60. Ve vztahu k podmínkám účasti dle § 37 odst. 1 písm. c) zákona je nutno uvést, že se jedná o takové podmínky, které mají být obsahem smlouvy na plnění předmětu veřejné zakázky a musí mít vztah k předmětu veřejné zakázky, kdy se jedná např. o platební podmínky, dobu plnění veřejné zakázky apod. V zásadě se jedná o vymezení budoucího smluvního vztahu mezi zadavatelem a vybraným dodavatelem, kdy je určeno, za jakých smluvních podmínek

bude plnění probíhat. Uvedené však nemůže být zaměňováno s ověřením způsobilosti a schopnosti realizovat předmět veřejné zakázky, k tomu slouží jiné instituty v rámci „zakázkového“ práva.

61. V šetřeném případě rovněž nelze přehlédnout, že v průběhu správního řízení zadavatel „překvalifikoval“ případné zařazení podmínky v podobě požadavku na certifikát OHSAS 18001, když ve svém vyjádření mj. uvedl, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 *„(…) požaduje mimo jiné na základě § 37 odst. 1 písm. d) zákona, jako zvláštní podmínku plnění veřejné zakázky k zajištění ochrany zdraví a bezpečnosti při práci, které budou mít příznivý vliv na životní prostředí a sociální důsledky, aby nebylo ohrožováno zdraví a životní prostředí občanů.“.* K tomu Úřad uvádí, že zvláštními podmínkami plnění veřejné zakázky dle § 37 odst. 1 písm. d) zákona jsou takové podmínky, které akcentují aspekty sociální, hospodářské, environmentální, zaměstnanosti nebo aspekty inovací. Může se jednat například o dodržení postupů, které jsou šetrné k životnímu prostředí při výrobě určitého zboží, které bude předmětem veřejné zakázky, nebo o podmínku vyjadřující podporu odborné praktické přípravy učňů při plnění veřejné zakázky. Za takovou zvláštní podmínku lze považovat například i povinnost dodavatele zaměstnat určitý počet nezaměstnaných osob z regionu pro účely plnění veřejné zakázky.[1] Úřad však akcentuje, že v zadávacích podmínkách zadavatel předmětnou podmínku uvedl v rámci obchodních podmínek, a nikoliv, jak tvrdí zadavatel ve svém vyjádření, v rámci podmínek zvláštních ve smyslu § 37 odst. 1 písm. d) zákona. Nicméně ani případné zařazení požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 do podmínek účasti v zadávacím řízení dle § 37 odst. 1 písm. d) zákona by ničeho na závěrech Úřadu neměnilo.

62. Z právě uvedeného je pak zjevné, že zadavatel považuje požadavek na certifikát OHSAS 18001 buď za podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. c) zákona, čemuž odpovídá znění zadávací dokumentace, či za podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. d) zákona, čemuž odpovídá argumentace zadavatele předestřená v průběhu správního řízení. Z výše uvedeného v odůvodnění tohoto rozhodnutí ve vztahu k obchodním a zvláštním podmínkám účasti je pak zjevné, že tyto nekorespondují s tím, co se dokladuje prostřednictvím certifikátu OHSAS 18001. Co se týká normy OHSAS 18001 (je součástí správního spisu), v kapitole „Předmět normy“ je uvedeno, že *„Tato norma pro posuzování bezpečnosti práce a ochrany zdraví při práci (OHSAS) specifikuje požadavky na systém managementu BOZP tak, aby organizace mohly řídit svá rizika v oblasti BOZP a zlepšovat svou výkonnost v této oblasti. Norma neuvádí specifická kritéria výkonnosti v oblasti BOZP, ani neposkytuje podrobné specifikace pro navrhování systému managementu pro tuto oblast.“.* Dále je uvedeno, že tuto normu může používat jakákoliv organizace, která má zájem vytvořit systém managementu BOZP za účelem odstranění nebo minimalizace rizik u pracovníků a dalších zainteresovaných stran, které mohou být vystaveny nebezpečím v oblasti BOZP souvisejících s jejími činnostmi, a rovněž, že norma nemá environmentální dopady. Norma OHSAS tedy specifikuje požadavky na systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, které mají organizaci (dodavateli) umožnit přípravu a zavedení politiky a cílů, které budou brát v úvahu požadavky právních předpisů a informace o rizicích v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Jedná se tedy o normu pokrývající oblast managementu bezpečnosti

[1] Komentář k ustanovení § 37 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek. In: ASPI [právní informační systém]. Nakladatelství Wolters Kluwer [cit. 24. 7. 2017].

a ochrany zdraví při práci a je určena k tomu, aby organizaci (dodavateli) poskytla prvky systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, který je možno sjednotit s dalšími požadavky managementu a jedná se o normu, jež může dané organizaci (dodavateli) pomoci dosáhnout cíle v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, příp. i ekonomických cílů. Úřad dále uvádí, že např. z internetových stránek www.cqs.cz certifikačního orgánu CQS z. s., IČO 69346305, se sídlem Prosecká 412/74, 190 00 Praha, který mj. může vystavit certifikát OHSAS 18001, vyplývá, resp. je uvedeno, že *„Hlavním smyslem aplikace normy je vést organizace k tomu, aby navrhly a zavedly opatření, která všude, kde je to možné, nebezpečí odstraní, omezí, nebo zaměstnance od něj izolují.“*. S ohledem na shora popsané Úřad uvádí, že norma OHSAS 18001 je určena pro jakoukoliv organizaci (dodavatele) a jejím smyslem je zlepšování výkonnosti a řízení rizik v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Ze stanoviska ČIA ze dne 7. 7. 2017, které Úřad na základě předešlé žádosti obdržel pak vyplývá, že certifikát OHSAS 18001 souvisí s *„(…) řízením bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, jehož předmětem není řízení kvalitativních parametrů realizačního procesu v předmětu certifikace, ale rizika spojená s poškozením zdraví člověka, která z činností realizačního procesu vyplývají.(…) Cílem zavedeného systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci je odstranění nebo minimalizace rizik spojených s poškozením zdraví u osob, které v organizaci působí. Certifikátem organizace dokládá, že zavedla systém, který odstraňuje nebo minimalizuje rizika poškození zdraví související s její činností.“.* Z uvedeného tedy plyne, pokud zadavatel po dodavatelích požaduje předložení certifikátu OHSAS 18001, jedná se o ověření vlastností dodavatele spočívajících ve způsobilosti zajišťování bezpečnosti a ochrany zdraví při práci. Požadavek na certifikát OHSAS 18001 tedy svou povahou zjevně nespadá mezi obchodní nebo jiné smluvní podmínky ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona (které se týkají např. platebních podmínek, termínů plnění, smluvních sankcí aj.), stejně tak nespadá mezi zvláštní podmínky účasti (viz předchozí odstavec odůvodnění tohoto rozhodnutí). V případě požadavku na certifikát OHSAS 18001 se totiž jedná o podmínku kvalifikace dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona, neboť jde o požadavek zadavatele na způsobilost dodavatele, bez jejíhož splnění není dle stanovených zadávacích podmínek schopen veřejnou zakázku kvalifikovaně realizovat. Tomuto závěru Úřadu ostatně přisvědčuje (a Úřad to nepřehlédl), že i v rámci uvedeného požadavku je zadavatelem v zadávací dokumentaci doslova uvedeno, že dodavatel musí *„(…) doložit doklad (certifikát) o* ***odborné kvalifikaci*** *dodavatele dle systému OHSAS 18001(…).“.*

63. Úřad uvádí, že podle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Co se týká samotné kvalifikace, účelem stanovení požadavků na prokázání kvalifikace (tzv. kvalifikační podmínky, což je jeden z okruhů podmínek účasti v zadávacím řízení, jak Úřad uvedl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který k tomu má určitou způsobilost, tj. bude k jejímu plnění mít potřebné předpoklady, čímž je minimalizováno riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění veřejné zakázky. Zadavatel má prostřednictvím kvalifikace možnost ověřit si na základě vlastností vážících se k osobě dodavatele, zda je tento dodavatel schopen realizovat předmět veřejné zakázky. Zadavatel tedy získává určitou míru jistoty, že s dodavatelem, který požadovanou kvalifikaci splnil, může uzavřít smlouvu na plnění předmětu veřejné zakázky bez větších pochybností o způsobilosti takového

dodavatele splnit své závazky. Kvalifikace dále zahrnuje požadavky na základní a profesní způsobilost a dále kritéria ekonomické a technické kvalifikace. Obecně požadavky na předložení specifických certifikátů vázajících se k osobě určitého dodavatele je nutno vnímat jako případnou podmínku, kterou zadavatel stanovuje požadavky na způsobilost dodavatele k plnění veřejné zakázky, typicky se může jednat o kritérium technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. e) zákona. Podle právě uvedeného ustanovení zákona může zadavatel k prokázání technické kvalifikace požadovat popis technického vybavení, popis opatření dodavatele k zajištění kvality nebo popis zařízení pro výzkum. Pro úplnost lze doplnit, že možnost požadovat popis opatření používaných k zajištění kvality je třeba vykládat mimo jiného v kontextu § 80 zákona. Za tato opatření je tak možné považovat i zavedení norem v oblasti řízení kvality (jejichž zavedení je pak dokladováno certifikáty) majících význam pro kvalitu plnění. Nelze však přehlédnout skutečnost, že možnosti zadavatele ve stanovování požadavků na kritérium technické kvalifikace, tedy i co do požadavku na specifické certifikáty nejsou bezmezné, neboť zadavatel je při stanovování těchto svých požadavků vázán zákonem a tedy i základními zásadami.

64. Úřad tedy k zařazení předmětného požadavku uvádí, že se v daném případě zjevně a nepochybně jedná o kvalifikační podmínku účasti v zadávacím řízení (což je patrné i z její formulace samotným zadavatelem v zadávací dokumentaci, viz odstavec 62 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a nikoliv o podmínku obchodní nebo smluvní, jak vyplývá ze zadávací dokumentace, či o podmínku zvláštní ve vztahu k plnění veřejné zakázky dle § 37 odst. 1 písm. d) zákona, jak naopak (a v rozporu se systemizací zadávací dokumentace) nově uvádí ve svém vyjádření zadavatel.

65. Ve vztahu k právě uvedenému (že požadavek na certifikát OHSAS 18001 nelze zařadit a právně hodnotit jako obchodní podmínku) nelze ani přehlédnout dosavadní rozhodovací praxi, kdy již v minulosti bylo soudem jednoznačně stanoveno, že v případě požadavku na certifikát OHSAS 18001 se jedná o podmínku kvalifikace. Na této skutečnosti ani ničeho nemůže změnit, že se jednalo o rozhodnutí ve vztahu k předchozí právní úpravě, neboť smysl kvalifikace a obchodních podmínek (resp. jejich rozdílnost) zůstal zachován. K uvedené problematice se vyjádřil Nejvyšší správní soud ve shora citovaném rozsudku sp. zn. 7 Afs 27/2007, když uvedl, že *„(…) se ztotožňuje se správním orgánem I. stupně v tom, že požadavek na předložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu nelze stanovit jako jednu z obchodních podmínek. Postup zadavatele, který chybně zařadil tento požadavek mezi obchodní podmínky, není však možné dodatečně legitimizovat tím, že jej orgán dohledu přeřadí pod jiné zákonem vymezené kritérium, v daném případě pod kritérium technické způsobilosti týkající se opatření k zabezpečení jakosti. Správní orgán I. stupně tedy pochybil, když se při posouzení této otázky neomezil na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Jakékoliv další úvahy o opodstatněnosti tohoto požadavku byly nadbytečné. Z těchto důvodů nedoložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu by nemohlo vést k vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení.“*.

66. Úřad pro úplnost ve zde projednávané věci konstatuje, že zadavatel ani nemůže stanovit požadavek na kvalifikaci mimo rámec rozsahu požadavků na kvalifikaci vyjádřených v zákoně, neboť takový postup zákon nepředvídá (s odkazem na okruhy podmínek účasti v zadávacím řízení dle § 37 odst. 1 zákona). Jak již bylo uvedeno výše, citovaný rozsudek, ve kterém rovněž byla řešena otázka správné kategorizace certifikátu OHSAS 18001 se vztahuje

k předchozí právní úpravě, nicméně nová právní úprava ve smyslu zákona na vlastnostech (a vypovídací hodnotě) certifikátu OHSAS 18001 ničeho nemění a Úřad akcentuje, že se v případě požadavku na certifikát OHSAS 18001 i nadále jedná o požadavek na ověření vlastnosti dodavatele a jeho způsobilosti kvalifikovaně plnit předmět veřejné zakázky, nikoliv o obchodní nebo jinou smluvní podmínku. V oblasti zadávání veřejných zakázek požadavek na vlastnictví certifikátu OHSAS 18001 evidentně sleduje to, že dodavatel má mít systém managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, jehož cílem je minimalizace rizik spojených s poškozením zdraví osob, které u takového dodavatele působí. Je tedy nepochybné, že daný certifikát se vztahuje primárně k osobě dodavatele. Uvedenému ostatně odpovídá i znění § 79 zákona, který se vztahuje k technické kvalifikaci, kde je uvedeno, že *„Kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností (…)“.* Z uvedeného je pak nutno setrvávat na tom, že v případě požadavku na certifikát OHSAS 18001 je zadavatel, pokud sezná, že tento požadavek je přiměřený, povinen tuto podmínku uvést v požadavcích na kvalifikaci, neboť se jedná o kritérium technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. e) zákona, kdy požadavky na prokázání kvalifikace je zadavatel rovněž povinen stanovit v souladu se zákonem, zejm. pak i základními zásadami zadávacího řízení, jimiž je ovládáno.

67. S ohledem na výše uvedené je zjevné, že zadavatel požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 nesprávně subsumoval pod podmínku účasti v zadávacím řízení ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona, stejně tak příp. na věci ničeho nemění dodatečná argumentace zadavatele, že se jedná o požadavek dle § 37 odst. 1 písm. d) zákona, neboť je zjevné, že se v případě certifikátu OHSAS 18001 jedná o kritérium technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. e) zákona. Úřad opětovně odkazuje na shora uvedenou judikaturu Nejvyššího správního soudu, kde soud akcentoval správné zařazení požadavků kladené na uchazeče v rámci zadávacích podmínek, neboť tato skutečnost přímo determinuje postup zadavatele v zadávacím řízení. Soud v tam řešeném případě rovněž vytkl Úřadu, že pochybil, když předmětný požadavek (na doložení certifikátu OHSAS 18001 v rámci obchodních podmínek) přesunul pod jiné zákonné kritérium a neomezil se na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Výslovně kasační soud uvedl *„Správní orgán I. stupně tedy pochybil, když se při posouzení této otázky neomezil na konstatování nesprávného postupu zadavatele. Jakékoliv další úvahy o opodstatněnosti tohoto požadavku byly nadbytečné. Z těchto důvodů nedoložení certifikátu OHSAS 18001 nebo jeho ekvivalentu by nemohlo vést k vyloučení stěžovatelů ze zadávacího řízení.“*. Vedení dalších úvah o opodstatněnosti tohoto požadavku pak soud z uvedeného důvodu považoval tedy nadbytečné. Úřad při respektu k uvedenému závěru Nejvyššího správního soudu tu akcentuje, že jen mechanicky nepřevzal tyto výstupy a považoval za správné v této konkrétní věci vymezené specifickým druhem zadávacího řízení vyložit, jaké dopady, zejména do sféry dodržení základních zásad, právě na zadávací řízení má nesprávné zařazení předmětného požadavku na kvalifikaci do obchodních nebo jiných smluvních podmínek. S ohledem na závěry Nejvyššího správního soudu však již neposuzuje (resp. bylo by to dle judikatury kasačního soudu nadbytečné, a proto tak nečinil) opodstatněnost tohoto požadavku.

68. Úřad tedy v šetřeném případě shledal (a s ohledem na shora popsané skutečnosti považuje za prokázané), že zadavatel v rámci podmínek účasti v zadávacím řízení nesprávně zařadil

požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 mezi obchodní podmínky nebo jiné smluvní podmínky dle § 37 odst. 1 písm. c) zákona, neboť se jedná o podmínku kvalifikace dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona. Jak je patrné z konstrukce § 37 odst. 1 zákona, zákonodárce rozlišuje jednotlivé podmínky účasti v zadávacím řízení dle jejich charakteru do jednotlivých okruhů. Správné zařazení jednotlivých požadavků zadavatele do vymezených okruhů je pak zcela klíčové, neboť přímo ovlivňuje postup zadavatele v zadávacím řízení, který je mu jednotlivými ustanoveními zákona formálně předepsán. Zejména za situace, kdy je veřejná zakázka zadávána v užším řízení, jako je tomu v šetřeném případě, je zcela klíčové, aby jednotlivé podmínky účasti v zadávacím řízení byly zařazeny tak, jak zákon stanovuje, neboť jejich nesprávné zařazení má zásadní (negativní) dopad na průběh a transparentnost daného zadávacího řízení. Správné zařazení té které podmínky účasti v zadávacím řízení v rámci zadávacích podmínek má tedy svůj význam, mj. i ten, aby zadavatel hodnotil (posuzoval) splnění jednotlivých podmínek v tom okamžiku, kdy má v rámci svého postupu daného zákonem hodnocení (posuzování) splnění příslušné sorty podmínek účasti v zadávacím řízení provést. Jak již Úřad uvedl, nesprávné zařazení některé podmínky účasti v zadávacím řízení napříč okruhy pak může vyvolávat v rámci postupu zadavatele v zadávacím řízení situace, které zákon vůbec nepředjímá, a které mohou zásadně narušit transparentnost zadávacího řízení.

69. Ve vztahu k užšímu řízení, ve kterém je šetřená veřejná zakázka zadávána, považuje Úřad za vhodné uvést následující. Užší řízení jakožto druh zadávacího řízení, je vymezeno v § 58 zákona. Z citovaného ustanovení je zřejmé, že nedošlo ke změně oproti předchozí právní úpravě (srov. § 28 původního zákona), neboť i nadále se užší řízení skládá ze dvou relativně samostatných a na sebe navazujících fází. Stěžejní v první fázi užšího řízení jsou pak požadavky zadavatele na splnění kvalifikace, jimiž zadavatel definuje své požadavky na dodavatele kvalifikovaného (způsobilého) pro plnění veřejné zakázky. Právě tyto požadavky jsou okruhem kvalifikačních podmínek dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona. Účastníci pak v první fázi vyjadřují svou vůli účastnit se zadávacího řízení prostřednictvím tzv. žádosti o účast a prokazují ve lhůtě definované zadavatelem splnění kvalifikace, tedy svou způsobilost a schopnost kvalifikovaně plnit veřejnou zakázku (v rozsahu zákonem a zadavatelem stanoveném). První fáze užšího řízení tedy slouží k selekci účastníků zadávacího řízení na ty, jenž kvalifikaci splňují, a na ty, kteří nikoliv. Tato prvotní fáze končí, zjednodušeně řečeno, ve chvíli, kdy má zadavatel postaveno najisto, kteří z účastníků zcela splnili stanovené podmínky kvalifikace, jinými slovy uvedeno, jsou způsobilými k plnění veřejné zakázky dle předem stanovených požadavků zadavatele. Ve druhé (navazující) fázi vyzývá zadavatel účastníky zadávacího řízení, kteří prokázali splnění kvalifikace, k podání nabídky, jak vyplývá z ustanovení § 58 odst. 3 zákona. Odesláním písemné výzvy k podání nabídek tedy dochází k „zahájení“ druhé fáze užšího řízení. V této druhé fázi kvalifikovaní dodavatelé podají zadavateli nabídky, které jsou z jeho strany následně podrobeny posouzení a hodnocení. Jak vyplývá z již uvedeného, podmínkou účasti v druhé fázi užšího řízení je, že se jedná o kvalifikovaného dodavatele, tedy nemohou být podávány nabídky dodavateli, kteří neprošli přes první fázi a neprokázali svou způsobilost (kvalifikaci) k plnění veřejné zakázky. Při aplikaci právě uvedených principů užšího řízení na zde šetřenou veřejnou zakázku je zjevné, že nesprávně zařazený požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001 (Úřadem zde v návaznosti na judikaturu kasačního soudu není hodnoceno, zda by se v rámci kritéria technické kvalifikace jednalo o požadavek oprávněný) má konkrétně dopad

na to, v jaké fázi zadávacího řízení bude otázka splnění tohoto požadavku posuzována, tzn. zda po podání žádostí o účast nebo až po podání nabídek kvalifikovanými dodavateli, tedy těmi, kteří prokázali kvalifikaci dle požadavků zadavatele.

70. Je zřejmé, že v šetřeném případě došlo v důsledku nesprávného zařazení požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 (který je podmínkou kvalifikační) mimo kvalifikační dokumentaci (ve které tento požadavek absentuje, jak vyplývá z jejího obsahu) de facto k situaci, kdy zadavatel v okamžiku, kdy posuzoval splnění kvalifikace, ve skutečnosti neposuzoval veškeré požadavky jím na kvalifikaci kladené. Bylo tomu tak proto, že přesunul nezákonně šetřenou kvalifikační podmínku do obchodních podmínek. Zadavatel však přesto učinil závěr o tom, že účastníci kvalifikaci splňují (jak vyplývá z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 16. 2. 2017) a následně zadavatel účastníky zadávacího řízení vyzval k podání nabídky (viz odstavce 51 a 52 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tedy předmětný požadavek na kvalifikaci v rámci zadávacích podmínek umístil mimo kvalifikační dokumentaci a neposuzoval jeho splnění v první fázi užšího řízení, kde byl povinen takto učinit, ale posuzoval jej ve fázi následné, ve které se má však již za to, že v ní figurují účastníci zadávacího řízení, kteří již byli ve fázi předchozí zadavatelem označeni jako kvalifikovaní. Úřad konstatuje, že takový postup ustanovení § 58 odst. 3 zákona vůbec nepředjímá, neboť dle citovaného ustanovení zákona zadavatel vyzve k podání nabídky pouze ty účastníky zadávacího řízení, kteří prokázali splnění kvalifikace. Situaci, která vznikla v šetřeném případě, nelze v žádném případě relativizovat závěrem, že by zadavatel hodnocení splnění této kvalifikační podmínky hodnotil pouze později. Připuštěním takovéhoto závěru by byl popřen transparentní proces postupu zadavatele v zadávacím řízení jasně vymezený zákonem, což je neakceptovatelné. Tu není ostatně ani rozdílu oproti závěrům Nejvyššího správního soudu, který jednoznačně konstatoval, že je důležité správné zařazení požadavků do jednotlivých zákonem stanovených částí, jelikož toto zařazení determinuje následný postup při vyhodnocování splnění jednotlivých požadavků. Stejně tak Nejvyšší správní soud zdůraznil, že není možné jednotlivé požadavky dodatečně přeřazovat do jiné (příp. i správné) kategorie. Uvedené závěry Nejvyššího správního soudu svědčí o tom, že pokud nejsou požadavky na dodavatele správně zařazeny, má tento postup zadavatele dopad na zásadu transparentnosti, která je tímto narušena.

71. Zásada transparentnosti je jednou ze čtyř základních zásad, kterými se řídí zadávací řízení. Účelem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je totiž rovněž podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení účastníků. Porušením této zásady je pak jakékoliv jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací podmínky jsou stanoveny v rozporu se zákonem, neboť zadavatel klade podmínky účasti bez ohledu na to, v jaké fázi užšího řízení má být jejich splnění prokazováno, jako je tomu v šetřeném případě. Zadavatel je povinen zpracovat zadávací podmínky dostatečně kvalitně s přihlédnutím ke všem okolnostem daného zadávacího řízení, stejně tak je povinen, jak vyplývá z výše uvedeného, správně, tzn. v souladu se zákonem, jednotlivé požadavky subsumovat do relevantních kategorií, poněvadž to má v rámci užšího řízení jasný, shora popsaný, dopad na další kroky v zadávacím řízení; je to zadavatel, kdo odpovídá za správnost

a úplnost zadávacích podmínek. Zadávací podmínky tedy nemohou být zpracovány v rozporu se zásadou transparentnosti, popř. zpracovány takovým způsobem, který dále vyvolává pochybnosti o následné (ne)transparentnosti postupu zadavatele v navazujícím procesu celého zadávacího řízení. Právě i s ohledem na druh zvoleného zadávacího řízení - užšího řízení - nesprávné zařazení podmínky účasti vyvolává velmi negativní dopad na proces zadávání takové veřejné zakázky. Jestliže se užší řízení skládá ze dvou de facto samostatných fází, nelze připustit postup zadavatele, aby tento ve druhé navazující fázi, když již má podané nabídky dodavateli, kteří v rámci první fáze prokázali kvalifikaci, a tedy zadavatel konstatoval, že se jedná o kvalifikované (způsobilé) dodavatele, dodatečně u těchto účastníků posuzoval splnění podmínek technické kvalifikace v podobě certifikátu OHSAS 18001. Pakliže zadavatel hodlal takovýto kvalifikační předpoklad posuzovat, měl tak učinit v rámci požadavků na prokázání technické kvalifikace a posuzovat jej v první fázi užšího řízení, tedy po podání žádostí o účast a následně k podání nabídky vyzvat jen ty účastníky, kteří splnění rozsahu požadavků zadavatele na kvalifikaci prokázali.

72. Dle rozhodovací praxe jak Úřadu, tak i soudů, je požadavek transparentnosti považován za nesplněný v případě, že jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Užší řízení jako druh zadávacího řízení s ohledem na jeho specifika, mezi která patří výše uváděná dvoufázovost (v podrobnostech viz odstavec 69 odůvodnění tohoto rozhodnutí), jež v zadávacích podmínkách obsahuje nezákonně stanovený požadavek v obchodních nebo jiných smluvních podmínkách, ač mělo jít (tu ponechává Úřad stranou, zda opodstatněný či nikoli) o požadavek na kvalifikaci, vede k pochybnostem kroků zadavatele. Právě uvedeným se Úřad rozhodně nevyjadřuje k tomu, jaké důvody zadavatele k nesprávnému zařazení vedly, pouze na tom obecně, nikoliv ve vztahu k uvedenému zadavateli, demonstruje, např. jaké pochybnosti o regulérnosti postupu zadavatele může nesprávné zařazení požadavku vyvolávat a proč je nezbytné tomuto řádným zařazením požadavku na prokázání kvalifikace předcházet. Uvedené právě svědčí o tom, že zásada transparentnosti byla v daném případě narušena, neboť zadavatel měl tento požadavek vázat k první fázi užšího řízení, když by od počátku zadávacího řízení transparentně požadoval takový požadavek na prokázání technické kvalifikace dodavatele. Požadavek měl tak uvést v rámci kvalifikační dokumentace a ne v obchodních podmínkách ve fázi, kdy jsou podávány nabídky vztahující se již k nabízenému plnění. Tímto postupem reálně posuzoval splnění kvalifikace v rozporu se zákonem později (a v zásadě opětovně poté, co již kvalifikovanost dodavatelů posoudil), neboť transparentně v zadávacích podmínkách nevyjevil, jaké všechny požadavky na prokázání kritéria technické kvalifikace má. Poté dle zákona uzavírá „kvalifikační fázi“, jedná se subjekty dle jeho závěru kvalifikovanými, avšak následně reálně posuzoval splnění kritéria technické kvalifikace v této věci znovu, což je v rozporu se zásadou transparentnosti, jak výše uvedeno. Z rozhodovací praxe lze dále např. odkázat na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 dle kterého lze za netransparentní považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení, což potvrzuje i výše uvedenou argumentaci Úřadu a předchozí citované závěry ve vztahu k zásadě transparentnosti a tedy, že nesprávné zařazení požadavku má dopad na transparentnost zadávacího řízení. Ve vztahu k právě uvedenému, že nesprávné zařazení předmětného požadavku má dopad

na (ne)transparentnost a nepřehlednost postupu zadavatele lze např. poukázat i na možnost brojit proti postupu zadavatele námitkami. Proti podmínkám kvalifikace má dodavatel v případě užšího řízení brojit ve lhůtě pro podání žádostí o účast ve smyslu § 242 odst. 3 zákona, což je opět v daném případě popřeno chybným postupem zadavatele. Stejně tak případná obrana účastníka zadávacího řízení proti vyloučení, pakliže je požadavek na certifikát OHSAS 18001 nesprávně zařazen do obchodních nebo jiných smluvních podmínek je koneckonců nepřehledná a zmatečná, neboť de facto brojí proti vyloučení z důvodu nesplnění požadavku na technickou kvalifikaci, ačkoliv již jednou byl zadavatelem shledán jakožto dodavatel kvalifikovaný.

73. Pro úplnost, ve vztahu k tomuto konkrétnímu případu, lze doplnit, že ve lhůtě pro podání nabídek byly zadavateli doručeny dvě nabídky, přičemž z Rozhodnutí/oznámení zadavatele o vyloučení uchazeče ze dne 13. 4. 2017 vyplývá, že zadavatel rozhodl dle ust. § 48 odst. 2 písm. a) zákona o vyloučení dodavatele (navrhovatele) z další účasti v zadávacím řízení, neboť tento v předložené nabídce neprokázal splnění požadavku na doložení certifikátu OHSAS 18001 a nesplnil tak zadávací podmínky stanovené zadavatelem. Lze uzavřít, že pokud zákon upravuje určitý požadavek jako požadavek na kvalifikaci, zadavatel je povinen zařazení tohoto požadavku a s tím související postup respektovat, neboť za této situace zadavatel v předmětném zadávacím řízení vyzval k podání nabídky dodavatele, který ani příp. dle zadavatelem stanoveného požadavku kvalifikovaným nebyl, ač k němu zadavatel v první, výše popsané, fázi zadávacího řízení jako k dodavateli kvalifikovanému přistupoval, poté však, jak vyplývá z rozhodnutí zadavatele, zadavatel navrhovateli reálně vytýká jeho nekvalifikovanost v tom, že nesplnil požadavek na doložení certifikátu OHSAS 18001.

74. V souladu s vyřčenými závěry Nejvyššího správního soudu v rozsudku sp. zn. 7 Afs 27/2007 nelze jinak než uzavřít, že rovněž v šetřeném případě zadavatel nesprávně zařadil kvalifikační podmínku mezi podmínky obchodní, což mělo zjevný dopad na postup zadavatele v zadávacím řízení, a tedy i jeho transparentnost při zadávání předmětné veřejné zakázky, jak Úřad shora podrobně popsal. Zjednodušeně řečeno, zadavatel nesprávně, resp. v rozporu se zákonem koncipoval zadávací podmínky a tato skutečnost je sama o sobě bez naplnění dalších důvodů zákonem nepřípustná (jak vyplývá z § 263 odst. 3 zákona). Z uvedeného důvodu, jak uvedl Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn. 7 Afs 27/2007, je nutné, považovat za nadbytečné dále posuzovat samotnou oprávněnost požadavku zadavatele na předložení certifikátu OHSAS 18001. V něm totiž uvedl, že se má Úřad pouze omezit na konstatování, zda je dotčená podmínka účasti správně zařazena. Vzhledem k právě uvedenému a učiněnému závěru Úřadu je tedy i nadbytečné vypořádávat příp. další argumentaci účastníků správního řízení o oprávněnosti tohoto požadavku na certifikát OHSAS 18001 v této konkrétní věci, tzn. v této konkrétní veřejné zakázce s předmětným plněním.

75. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel postupoval při zadávání veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když do podmínek účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona vymezených v bodě 6. 1. „Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace zahrnul požadavek - obchodní podmínku - spočívající v doložení dokladu (certifikátu) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 nebo certifikátu rovnocenného, ačkoliv tento požadavek odpovídá

charakterem kritériu technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. e) zákona a jedná se tak o podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona. Z uvedeného důvodu rozhodl Úřad tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení nápravného opatření

76. Podle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

77. V případě, že jsou zadávací podmínky stanoveny v rozporu se zákonem, není v dané situaci možné k dosažení nápravy protiprávního stavu uložit jiné nápravné opatření, než nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

78. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel postupoval při zadávání předmětné veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona, když do podmínek účasti ve smyslu § 37 odst. 1 písm. c) zákona vymezených v bodě 6. 1. „Návrh smlouvy“ zadávací dokumentace zahrnul požadavek - obchodní podmínku - spočívající v doložení dokladu (certifikátu) o odborné kvalifikaci dodavatele dle systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001 nebo certifikátu rovnocenného, ačkoliv tento požadavek odpovídá charakterem kritériu technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. e) zákona a jedná se tak o podmínku účasti dle § 37 odst. 1 písm. a) zákona.

79. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínky dle § 263 odst. 3 zákona, je Úřad povinen rozhodnout o uložení nápravného opatření. Vzhledem k tomu, že nabídky do zadávacího řízení již byly podány, nelze uložit jiné nápravné opatření než zrušení zadávacího řízení. S ohledem na výše uvedené tak rozhodl Úřad o uložení nápravného opatření tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

80. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.

81. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.

82. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K uložení úhrady nákladů řízení

83. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000,- Kč.

84. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

85. 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 2017000224.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží
1. Město Třinec, Jablunkovská 160, 739 61 Třinec
2. Nehlsen Třinec, s.r.o., Jablunkovská 392, 739 61 Třinec - Staré město

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