



UOHSX0052AOD

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S131/2013/VZ-14458/2013/521/VSt

Brno 1. 8. 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 3. 2013, na návrh ze dne 5. 3. 2013, jehož účastníky jsou

- zadavatel – sdružení zadavatelů, jehož účastníky jsou:
 - ČR – Ministerstvo financí, IČO 00006917, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – Malá Strana,
 - Statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 8, 729 30 Ostrava,

kteří uzavřeli dne 22. 12. 2011 smlouvu o úpravě vzájemných práv a povinností a vztahů k třetím osobám, za něž jedná jako společný zmocněnec ve správním řízení ČR – Ministerstvo financí, IČO 00006917, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – Malá Strana,

- navrhovatel – Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov,

ve věci veřejné zakázky „Revitalizace území a sanace škod vzniklých důlní činností v oblasti terminálu Hranečnick“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno do Věstníku veřejných zakázek dne 29. 3. 2012 pod ev. č. 212626, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 5. 2012 a dne 3. 9. 2012 a uveřejněno v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 6. 2012 pod ev. č. 2012/S 110-182688, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 5. 9. 2012,

rozhodl takto:

I.

Návrh navrhovatele – Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov – ze dne 5. 3. 2013, se podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – sdružení zadavatelů, jehož účastníky jsou:
 - ČR – Ministerstvo financí, IČO 00006917, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – Malá Strana
 - Statutární město Ostrava, IČO 00845451, se sídlem Prokešovo náměstí 8, 729 30 Ostrava,kteří uzavřeli dne 22. 12. 2011 smlouvu o úpravě vzájemných práv a povinností a vztahů k třetím osobám, za něž jedná jako společný zmocněnec ve správním řízení ČR – Ministerstvo financí, IČO 00006917, se sídlem Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – Malá Strana (dále jen „zadavatel“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) do informačního systému o veřejných zakázkách dne 29. 3. 2013 pod ev. č. 212626, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 5. 2012 a dne 3. 9. 2012 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Revitalizace území a sanace škod vzniklých důlní činností v oblasti terminálu Hranečnick“ (dále jen „veřejná zakázka“), které bylo v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 12. 6. 2012 pod ev. č. 2012/S 110-182688, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 5. 9. 2012.
2. Předmětem veřejné zakázky jsou, podle bodu *III. Vymezení předmětu plnění veřejné zakázky* zadávací dokumentace, stavební práce na projektu „Revitalizace území a sanace škod vzniklých důlní činností v oblasti terminálu Hranečnick“, který byl doporučen k realizaci v rámci řešení revitalizace Moravskoslezského kraje, přičemž tato stavba bude realizována v rozsahu projektové dokumentace „Terminál Hranečnick“ zpracované v březnu 2010 společností Projekt 2010, s.r.o., IČO 48391531, se sídlem Ruská 43, 703 00 Ostrava – Vítkovice (dále jen „Projekt 2010, s.r.o.“). Předmětem veřejné zakázky jsou též související služby, uvedené ve výkazu výměr v rámci stavebního objektu SO 01 Příprava území. Zejména se jedná o atmogeochemický průzkum a odborný bezpečnostní dohled během provádění prací (monitoring výstupu důlních plynů).
3. Jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky zadavatel v oznámení o zakázce stanovil nejnižší nabídkovou cenu.
4. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami ze dne 16. 10. 2012 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 7 nabídek, přičemž jedna nabídka nevyhověla kontrole úplnosti podle § 71 odst. 8 zákona a byla ve smyslu ustanovení § 71 odst. 10 zákona vyřazena.

5. Z protokolů o posouzení kvalifikace ze dne 26. 10. 2012, ze dne 14. 11. 2012 a ze dne 10. 1. 2013 vyplývá, že po posouzení kvalifikace uchazečů byly hodnotící komisí z důvodu neprokázání splnění kvalifikace v zadavatelem požadovaném rozsahu vyřazeny tři nabídky uchazečů, mj. nabídka uchazeče – Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov (dále jen „navrhovatel“). Dne 22. 1. 2013 zadavatel rozhodl o vyloučení tohoto uchazeče z další účasti v zadávacím řízení. Oznámení rozhodnutí zadavatele o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení ze dne 28. 1. 2013 bylo navrhovateli doručeno 29. 1. 2013.
6. Dne 13. 2. 2013 obdržel zadavatel námitky navrhovatele proti postupu zadavatele. Těmto námitkám zadavatel ve svém rozhodnutí ze dne 21. 2. 2013 nevyhověl. Rozhodnutí o námitkách ze dne 21. 2. 2013 bylo navrhovateli doručeno dne 25. 2. 2013.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o nevyhovění námitkám za učiněné v souladu se zákonem, podal Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení k přezkoumání úkonu zadavatele (dále jen „návrh“). Uvedený návrh byl Úřadu doručen dne 7. 3. 2013. Téhož dne zadavatel obdržel stejnopis návrhu.

II. OBSAH NÁVRHU

8. V podaném návrhu navrhovatel napadá postup zadavatele v předmětném zadávacím řízení. Nezákonost v postupu zadavatele spatřuje navrhovatel:
 - a) v nastavení kvalifikačních předpokladů (technických i ekonomických), které svým rozsahem neodpovídají předmětu veřejné zakázky, konkrétně se jedná:
 - o požadavek na ekonomickou a finanční způsobilost stanovený v bodě 7.4 písm. c) *Ekonomické a finanční předpoklady podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona* zadávací dokumentace, který říká, že ekonomickou kvalifikaci splňuje dodavatel, který mimo jiné dosáhne obratu s ohledem na předmět veřejné zakázky tj. obratu z oblasti provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu (atmogeochemický průzkum) zjištěného podle zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů v součtu za poslední tři účetní období ve výši minimálně 2 mil. Kč bez DPH,
 - o požadavek na technickou způsobilost stanovený v bodě 7.5.2.1 *Technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 zákona* zadávací dokumentace, který říká, že dodavatel musí v nabídce doložit seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech a to minimálně 1 realizovanou službu poskytnutou v posledních 3 letech akreditovanou laboratoří zaměřenou na provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu (atmogeochemický průzkum) v souhrnném finančním objemu ve výši minimálně 1 mil. Kč bez DPH, a dále minimálně 2 realizované služby poskytnuté v posledních třech letech v oboru provádění odborného bezpečnostního dohledu při realizaci staveb z hlediska výstupu důlních plynů na povrch a realizace báňsko-technických opatření k řešení problematiky výstupu důlních plynů na povrch v souhrnném finančním objemu ve výši minimálně 0,3 mil. Kč bez DPH,
 - b) v nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie, ačkoliv z národního informačního systému (Věstníku veřejných zakázek) lze vyčíst, že

oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo do Úředního věstníku Evropské unie k uveřejnění zasláno.

9. V první části návrhu navrhovatel uvádí, že dne 29. 1. 2013 mu bylo doručeno rozhodnutí o jeho vyloučení z další účasti v zadávacím řízení, z něhož zjistil, že zadavatel při interpretaci zadávacích podmínek v části technických kvalifikačních předpokladů zvolil interpretaci, která ukázala, že nastavená kvalifikace neodpovídá předmětu veřejné zakázky a že nedůvodně omezuje hospodářskou soutěž, navíc díky této interpretaci byl navrhovatel ze zadávacího řízení vyloučen, čímž mu vznikla újma na jeho právech. Proto dne 11. 2. 2013 podal proti postupu zadavatele námitky, kterým zadavatel nevyhověl, s čímž navrhovatel nesouhlasí, a proto podal v zákonné lhůtě Úřadu návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
10. Navrhovatel v této části návrhu také vyjádřil názor, že postup zadavatele je v rozporu s ustanovením § 6, § 56, § 146 a § 147 zákona a v neposlední řadě také s čl. 36 odst. 5 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES.
11. Dále ve zmíněné části návrhu navrhovatel uvádí, že si je vědom skutečnosti, že některá dílčí pochybení ze strany zadavatele se týkala již zadávacích podmínek a v případě, že by Úřad dospěl k názoru, že v některé části byly námitky podány opožděně, žádá, aby k takovému částem návrhu Úřad přistoupil jako k podnětu podle § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád v platném znění, a postup zadavatele přezkoumal z úřední povinnosti. V této souvislosti navrhovatel také uvedl, že žádá o sdělení, zdali Úřad zahájil řízení nebo neshledal důvody k zahájení řízení z moci úřední.
12. Ve druhé části návrhu se navrhovatel vyjadřuje k oprávněnosti k podání návrhu, přičemž konstatuje, že je osobou oprávněnou k podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele, neboť:
 - a) splňuje kritéria osoby, která byla oprávněna podat námitky ve smyslu ustanovení § 110 odst. 1 zákona a v důsledku postupu zadavatele mu hrozí vznik újmy,
 - b) podal dne 11. 2. 2013 v souladu s § 110 zákona námitky, kterými napadal postup zadavatele v zadávacím řízení a které byly zadavateli doručeny dne 13. 2. 2013,
 - c) zadavatel podaným námitkám v rozhodnutí o námitkách, které bylo navrhovateli doručeno 25. 2. 2013, nevyhověl,
 - d) návrh na přezkoumání úkonů zadavatele podal ve lhůtě stanovené v § 114 odst. 4 zákona, tedy ve lhůtě 10 kalendářních dnů ode dne doručení rozhodnutí o námitkách
 - e) podle ustanovení § 115 odst. 1 složil na účet Úřadu kauci.
13. V souvislosti s tím, zda byly splněny kritéria osoby, která je oprávněna podat námitky ve smyslu ustanovení § 110 odst. 1 zákona, navrhovatel uvádí, že dané kritérium splňuje, neboť v důsledku postupu zadavatele mu hrozí vznik újmy tím, že vlivem nesprávného restriktivního výkladu zadávacích podmínek v části technické kvalifikace, respektive v důsledku nezákonně nastavené minimální úrovně kvalifikace v zadávacím řízení mu byla upřena možnost získání této veřejné zakázky. S ohledem na výše uvedené je tedy navrhovatel osobou oprávněnou k podání námitky ve smyslu § 110 odst. 1 zákona. Dále k tomu navrhovatel uvádí, že před rozhodnutím o vyloučení by podmínku vzniku újmy

navrhovatel nespĺňoval, a proto mu nemůže být vykládáno k tíži, že námítky podal až po svém vyloučení.

14. V třetí části návrhu nazvané jako *Relevantní skutečnosti* navrhovatel konstatuje, že požadavky na kvalifikaci neodpovídaly předmětu veřejné zakázky a uvádí, o které požadavky se konkrétně jedná (uvedeny v bodu 8 písm. a) tohoto rozhodnutí).
15. V souvislosti s povinností k uveřejňování oznámení o zahájení zadávacího řízení navrhovatel uvedl, že přestože oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění v Úředním věstníku Evropské unie, fakticky zveřejněno nebylo. Zadavatel se tuto chybu snažil napravit vydáním opravného formuláře, ve kterém prodloužil lhůtu pro podání nabídek a související termíny.
16. Ve čtvrté části návrhu se navrhovatel vyjadřuje k jednotlivým porušením zákona ze strany zadavatele (tj. k nepřiměřené technické kvalifikaci, k ekonomické kvalifikaci a k neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie).
17. K technické kvalifikaci navrhovatel uvádí, že tím, že zadavatel nepřipustil prokázání technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 2 zákona na rozdíl od ekonomické kvalifikace jinou variantou, která však také prokazovala způsobilost dodavatele k provádění činností, jež budou nezbytné pro provedení předmětné veřejné zakázky, zejména ve spojení s akreditovanou laboratoří, a neumožnil pro uchazeče příznivější interpretaci zadávacích podmínek, vyšlo najevo, že kvalifikační požadavky byly nastaveny v rozporu se zákonem. Dále navrhovatel v této souvislosti zmiňuje ustanovení § 50 odst. 3 a § 56 odst. 7 zákona, které zadavateli ukládá povinnost vymezit minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů tak, aby odpovídala druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
18. Navrhovatel v části návrhu týkající se nepřiměřené technické kvalifikace dále uvádí, že nastavená a zadavatelem interpretovaná kvalifikace představuje skrytou diskriminaci a cituje rozsudek Krajského soudu v Brně č.j. 62 Ca 12/2006, ve kterém je konstatováno:
(začátek citace): „Volba vhodných kritérií pro hodnocení kvalifikace a jejich důsledná aplikace je předpokladem řádného průběhu dalších fází zadávacího řízení, zejména posuzování a hodnocení nabídek, a tím rovněž zajištění hlavního účelu zadávání veřejných zakázek, kterým je efektivní vynakládání veřejných prostředků a zajištění účinné soutěže. Volba vhodných kritérií v tomto směru je přitom odvislá výlučně od rozhodnutí zadavatele. Na druhou stranu zvolenou strategií při vymezení kvalifikačních kritérií může zadavatel výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi vybírat. Z tohoto důvodu, byť je volba kritérií hodnocení kvalifikace primárně na rozhodnutí zadavatele, je třeba i z pohledu soudního přezkumu rozhodnutí žalovaného trvat na tom, aby zadavatel při stanovení minimální úrovně respektoval především zásadu nediskriminace.“
(konec citace)
19. Dále je v této části návrhu uvedeno, že ze srovnání počtu kvalifikovaných a počtu vyřazených uchazečů je zřejmé, že kvalifikační předpoklady byly zadavatelem stanoveny v rozporu se zásadou proporcionality.
20. V neposlední řadě navrhovatel vyslovil svůj názor, že na tento případ lze bezesbytku aplikovat závěry z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 21. 6. 2012 č.j. 62 Af 74/2010-61

a stejně tak závěry z potvrzujícího rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 12. 2012 č.j. Afs 66/2012-64, jež se týkají nepřiměřeného stanovení technických kvalifikačních předpokladů.

21. V souvislosti s nepřiměřenou technickou kvalifikací navrhovatel zdůrazňuje, že:
 - a) zvolené technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 zákona podstatně omezují hospodářskou soutěž,
 - b) společnost Green Gas DPB a.s. o zakázku taktéž usiluje a odmítla uchazeči referenci poskytnout,
 - c) kvalita provedení atmogeochemického průzkumu je zaručena akreditací,
 - d) nejedná se o zakázku na provádění atmogeochemického průzkumu, ale o zakázku na stavební práce, kde podíl atmogeochemického průzkumu je zanedbatelný,
 - e) vítěz zakázky jistě nebude mít problém získat subdodavatele na provedení průzkumu a zajištění dohledu.
22. Navrhovatel v této části návrhu také upozorňuje na skutečnost, že podle projektanta byla cena protimetanových opatření (do kterých spadá také provedení atmogeochemického průzkumu) v roce 2010 stanovena na 1,5 mil. Kč, přičemž protimetanová opatření v sobě zahrnují průzkum na prostupování důlních plynů na povrch, který v souladu s operačním postupem metody SOP provede jeden specialista a nepotřebuje žádné další odborné zkušenosti než akreditace, dále pak stavební úpravy díla a průběžný bezpečnostní dohled. I v případě, kdy by ceny v roce 2010 odpovídaly současným cenám stavebních prací, je navrhovatel toho názoru, že požadavek na minimálně 1 realizovanou službu poskytovanou akreditovanou laboratoří zaměřenou na provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu v souhrnném finančním objemu ve výši min. 1 mil. Kč bez DPH a minimálně 2 realizované služby spočívající v oboru provádění odborného bezpečnostního dohledu při realizaci staveb z hlediska výstupu důlních plynů na povrch v souhrnném finančním objemu ve výši min. 0,3 mil. Kč bez DPH, představuje nepřiměřený požadavek, který svým rozsahem neodpovídá předmětu veřejné zakázky, neboť není podle navrhovatele možné, aby na realizaci faktických protimetanových opatření připadala částka jen 200 tis. Kč, tedy částka 5x nižší, než částka na provedení průzkumu.
23. Dále navrhovatel uvádí, že to, jakým způsobem bude zadavatel kvalifikační předpoklady interpretovat, vyšlo najevo až z rozhodnutí o jeho vyloučení a až v tento okamžik se tedy ukázalo, že nepřiměřeně nastavená kvalifikace omezuje hospodářskou soutěž a je v rozporu se zákonem. Stejně tak až v okamžiku vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění technické kvalifikace vznikla navrhovateli ze strany zadavatele újma. Do té doby navrhovatel předpokládal, že stanovenou kvalifikaci (ač nepřiměřenou) splňuje. Podle tvrzení navrhovatele by zadavatel o námitkách podaných před vyloučením navrhovatele nerozhodl, neboť by navrhovatel neprokázal vzniknuvší újmu. Z výše zmíněných důvodů lze dospět k jedinému závěru, a to, že námitky navrhovatele byly v souladu s rozhodnutím Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 1. 2011 č.j. 2 Afs 67/2010 podány včas. Jiný výklad by podle tvrzení navrhovatele znamenal, že by nemohl podat námitky vůbec.
24. V části návrhu týkající se ekonomické kvalifikace navrhovatel vyjádřil svůj názor, že požadavek na obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky (viz bod 8

písm. a) odrážka první tohoto rozhodnutí) kromě toho, že je nepřiměřený a neodůvodněný, fakticky nepředstavuje prověření ekonomické stability dodavatele a jeho ekonomické schopnosti realizovat veřejnou zakázku, ale jedná se o překážku pro jinak způsobilé dodavatele, přičemž navrhovatel má za to, že tento jeho názor podpořil sám zadavatel svým vyjádřením v rozhodnutí o námitkách, kde uvedl:

(začátek citace): „Zadavatel tímto požadavkem pouze prověřuje ekonomickou stabilitu subjektu, který bude provádět atmogeochemický průzkum. ... Prověření ekonomické stability a ekonomické schopnosti dodavatele realizovat zakázku jako celek je zajištěno požadavkem na prokázání celkového obratu a obratu dosaženého dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky, a to v oblasti dopravních staveb.“ (konec citace)

25. Výše uvedeným vyjádřením podle názoru navrhovatele zadavatel potvrdil, že mu v tomto případě nejde o ekonomickou stabilitu uchazeče, ale fakticky se jedná o další skrytý požadavek na prokázání zkušeností dodavatelů s prováděním atmogeochemického průzkumu, tedy požadavek na technickou způsobilost.
26. K faktickému neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie (dále jen „Úřední věstník“) navrhovatel uvedl, že poté co zadavatel toto pochybení zjistil, snažil se jej napravit vydáním opravného formuláře, který byl zveřejněn v národním informačním systému (dále jen „Věstník veřejných zakázek“) dne 31. 5. 2012 pod ev. č. 7202021012626, tedy poslední den lhůty pro podání nabídek. V tomto formuláři zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek a upravil související termíny. Navrhovatel však takovéto nápravné opatření rozhodně nepovažuje za dostatečné a je toho názoru, že vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel v okamžiku, kdy zjistil, že nebyly splněny podmínky uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení, předmětné zadávací řízení nezrušil, došlo k jednoznačné diskriminaci zahraničních dodavatelů oproti vnitrostátním, neboť zahraniční dodavatelé měli na přípravu nabídky kratší dobu. To se projevilo mimo jiné i v nabídce navrhovatele, neboť zahraniční dodavatel neměl dostatek informací o zakázce, respektive o požadavcích zadavatele, a tak si nedokázal zajistit správné reference.
27. Dále navrhovatel uvádí, že skutečnost, že pro zachování rovnosti hospodářských subjektů v rámci jednotného unijního trhu je vedle oznámení jako takového relevantní i okamžik zveřejnění, je upravena i v klasické směrnici Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES (dále jen „směrnice“), která v čl. 36 odst. 5 výslovně říká, že mimo jiné oznámení a jejich obsah nesmějí být zveřejněny na vnitrostátní úrovni přede dnem jejich odeslání Komisi. Tudíž i kdyby zadavatel dodatečně oznámil na Evropské úrovni zahájení zadávacího řízení, rozhodně nedodržel pravidlo obsažené ve výše uvedeném článku směrnice.
28. V páté části návrhu navrhovatel závěrečně konstatuje, že zadavatel svým postupem porušil zákon, neboť nastavená kvalifikace svým rozsahem neodpovídá předmětu veřejné zakázky a omezuje velký počet potencionálních dodavatelů, a dále došlo k nenapravitelnému porušení zákona při zveřejňování, a proto navrhovatel navrhuje, aby Úřad prošetřil výše popsané okolnosti porušení zákona ze strany zadavatele a vydal příslušné rozhodnutí, v němž bude konstatováno spáchání správního deliktu, uloženo nápravné opatření v souladu s § 118 zákona (tedy zrušeno zadávací řízení) a zadavateli bude uložena adekvátní sankce za spáchaný správní delikt v souladu s § 120 zákona.

29. Současně v další části návrhu navrhovatel navrhuje, aby Úřad v souladu s § 117 zákona nařídil předběžným opatřením zadavateli pozastavit předmětné zadávací řízení, případně uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky.
30. V samotném závěru návrhu navrhovatel opětovně žádá, aby v případě, kdy Úřad dospěje k závěru, že v některé části byly podány námitky opožděně, a proto se nebude věcí zabývat v rámci řízení na návrh, Úřad k této části návrhu přistoupil jako k podnětu podle § 42 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, v platném znění, a aby Úřad postup zadavatele přezkoumal z úřední povinnosti. Dále navrhovatel v této souvislosti žádá o sdělení, zdali Úřad zahájil řízení nebo neshledal důvody k zahájení řízení z moci úřední.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE

31. Ve svém vyjádření ze dne 13. 3. 2013 zadavatel uvedl, že má za to, že námitky podané navrhovatelem ve věcech uvedených v návrhu byly podány opožděně a navrhovatel tedy není osobou oprávněnou k podání návrhu. Zadavatel dále konstatoval, že veškeré zadávací podmínky byly stanoveny plně v souladu s příslušnými ustanoveními zákona a stejně tak, že zadavatel v průběhu zadávacího řízení neučinil žádný úkon, který by bylo možné označit jako rozporný se zákonem.
32. V jednotlivých částech svého vyjádření se zadavatel blíže vyjádřil k oprávněnosti navrhovatele k podání návrhu a také k jednotlivým porušením zákona [nepřiměřené nastavení kvalifikačních předpokladů (technických i ekonomických) a nezveřejnění oznámení o zahájení řízení v Úředním věstníku Evropské unie], které mu jsou v návrhu navrhovatelem vytýkány.
33. Ve druhé části svého vyjádření zadavatel uvádí, že podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele je podle ustanovení § 110 odst. 7 zákona podání řádných a včasných námitek ve stejné věci a nikoli, jak se navrhovatel mylně domnívá, sama skutečnost, že byl ve smyslu § 110 odst. 1 zákona oprávněn podat námitky. Zadavatel má za to, že navrhovatel podmínku řádného a včasného podání námitek podle § 110 odst. 7 zákona nesplnil a tudíž jeho návrh musí být ve smyslu § 118 odst. 5 písm. c) zákona Úřadem zamítnut.
34. Zadavatel v této souvislosti mimo jiné poukazuje na skutečnost, že sám navrhovatel si je vědom, že není osobou oprávněnou k podání návrhu, když v první části svého návrhu uvádí:
(začátek citace): „*Jelikož si je navrhovatel vědom skutečnosti, že některá dílčí pochybení ze strany zadavatele se týkala již zadávacích podmínek, v případě, že by Úřad dospěl k závěru, že v některé části byly námitky podány opožděně, navrhovatel žádá, aby k takovýmto částem návrhu Úřad přistoupil jako k podnětu k zahájení řízení ex officio.*“ (konec citace)
Výše citované konstatování navrhovatele podle názoru zadavatele vypovídá o ryzí účelovosti podání návrhu navrhovatele a jeho jednání.
35. K otázce nepřiměřeně stanovených technických kvalifikačních předpokladů zadavatel uvedl, že se svou podstatou jednalo o námitky proti zadávacím podmínkám a navrhovatel tedy byl podle § 110 odst. 3 zákona povinen tyto námitky zadavateli doručit nejpozději 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, což však neučinil. Zadavatel rovněž zdůraznil, že požadavky na kvalifikaci (ekonomickou i technickou) byly od začátku stanoveny v souladu se

zákonem, přičemž se v průběhu zadávacího řízení nijak neměnily. Neměnil se ani jejich výklad a ani v rámci aplikace technických kvalifikačních předpokladů hodnotící komisí při posouzení prokázání splnění kvalifikace nedošlo k žádné jejich modifikaci. Dále zadavatel dodává, že dle jeho názoru byly požadavky na prokázání kvalifikace v zadávací dokumentaci stanoveny naprosto jasným a zřetelným způsobem, čemuž nasvědčuje také skutečnost, že zadavatel neobdržel žádnou žádost o dodatečné informace ve smyslu § 49 zákona vztahující se k vysvětlení požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů.

36. K tvrzení navrhovatele, že (začátek citace): „*skutečnost, že zadavatel bude v případě technické kvalifikace na rozdíl od ekonomické kvalifikace důsledně rozlišovat, v jakém „místě“ byly důlní plyny na přítomnost metanu měřeny, vyšla skutečně najevo až z rozhodnutí o vyloučení a až v tento okamžik se ukázalo, že tento požadavek nepřiměřeně omezuje hospodářskou soutěž a proto je v rozporu se zákonem.*“ (konec citace) zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že hodnotící komise se při posuzování splnění jednotlivých kvalifikačních předpokladů striktně držela vymezení požadavků zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů tak, jak byly uvedeny v bodu 7.5 zadávací dokumentace a postupovala ve vztahu ke všem účastníkům stejně. Z tohoto důvodu, zatímco v případě posuzování ekonomického kvalifikačního předpokladu podle bodu 7.4 písm. c) zadávací dokumentace [tj. požadavek na obrat dosažený dodavatelem v oblasti provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu (atmogeochemický průzkum) min. 2 mil. Kč bez DPH dosažený v posledních 3 účetních obdobích] navrhovatel předložil takové doklady, které prokazovaly splnění tohoto ekonomického kvalifikačního předpokladu, v rámci technických kvalifikačních předpokladů podle bodu 7.5.2.1 písm. a) zadávací dokumentace (tj. požadavek uvedený v bodu 15 písm. b) tohoto rozhodnutí) doklady splňující požadavky zadavatele (ač od stejného subdodavatele prostřednictvím kterého bylo prokazováno splnění ekonomických kvalifikačních předpokladů) navrhovatel nepředložil. Podle názoru zadavatele nelze mezi tyto dva doklady klást rovnítko a považovat je za doklady prokazující jednu skutečnost.
37. Tvrzení navrhovatele, že až neuznáním jeho kvalifikace vyšla najevo nepřiměřeně nastavená kvalifikace a vznikla tak navrhovateli újma, považuje zadavatel za ryze účelovou a sloužící výhradně k podpoře navrhovatelem vytvořené konstrukce o nemožnosti podat námitky dříve, než až po jeho vyloučení. Nadto zadavatel uvádí, že podle § 110 odst. 7 zákona umožňuje podání námitek nejenom situace, kdy uchazeči určitá újma vznikla, ale také situace, kdy uchazeči vznik újmy teprve hrozí. Vzhledem k faktu, že navrhovatel je subjektem s dlouholetou praxí, zadavatel konstatuje, že navrhovatel musel požadavky zadavatele na prokázání kvalifikace v oblasti atmogeochemického průzkumu interpretovat rozumně a správně a tudíž je dle zadavatele subjektem, který si případné nezákonnosti nastavení technických a ekonomických kvalifikačních předpokladů mohl a měl být vědom již v okamžiku, kdy se se zadávacími podmínkami seznámil, a nikoliv až v návaznosti na své vyloučení a tedy neúspěch v zadávacím řízení.
38. Dále se zadavatel vyjádřil k otázce nepřiměřenosti požadavku na prokázání splnění kvalifikace stanovené v bodu 7.5.2.1 písm. a) [tj. požadavek uvedený v bodu 8 písm. a) odrážka druhá tohoto rozhodnutí] a uvedl, že předpokládaná hodnota celé veřejné zakázky (tedy 178 923 649 Kč bez DPH), stejně jako předpokládaná hodnota v případě dílčí části vztahující se k provádění atmogeochemického průzkumu (tedy 1 516 880 Kč bez DPH) byla

stanovena na základě zpracované projektové dokumentace stavby „Terminál Hranečnick“, kterou zpracovala společnost Projekt 2010, s.r.o. v březnu 2010, a která tvoří přílohu č. 3 zadávací dokumentace. Z výše uvedeného zadavatel dovozuje, že výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky v části provádění atmogeochemického průzkumu musela být navrhovateli známa již ze zadávací dokumentace, kterou od zadavatele převzal dne 20. 6. 2012. Na základě této skutečnosti je zadavatel toho názoru, že nastavení kvalifikačních předpokladů bylo navrhovateli známo již ze zadávací dokumentace a nemohlo tak vyjít najevo až v průběhu zadávacího řízení, tudíž námitky v této věci nebyly podány řádně a včas.

39. Tvrzení navrhovatele, že stanovení minimální úrovně kvalifikačních předpokladů bylo provedeno v rozporu se zásadou proporcionality, považuje zadavatel za zcela nedůvodné a dodává, že z účasti v zadávacím řízení byli vyloučeni vedle navrhovatele další tři uchazeči, přičemž ani u jednoho z nich se nejednalo o vyloučení z totožného důvodu jako u navrhovatele.
40. Z obecného hlediska k požadavkům na prokázání splnění kvalifikace uchazečů v oblasti provádění atmogeochemického průzkumu zadavatel uvedl následující. Zadavatel vymezil minimální úroveň technických kvalifikačních předpokladů na provedení služeb v souladu s druhem, rozsahem a složitostí předmětu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 56 odst. 7 písm. c) zákona. Zadavatel takto nastavenými požadavky na kvalifikaci neznemožnil kvalifikovaným dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, což mimo jiné vyplývá i z počtu nabídek, u nichž bylo bezezbytku prokázáno splnění zadavatelem požadované kvalifikace, tak i ze skutečnosti, že zadavatel umožnil tuto část kvalifikace prokázat prostřednictvím subdodavatele. Současně zadavatel nepopírá, že nastavení předmětné technické kvalifikace chtěl zamezit účasti na soutěži dodavatelům, u kterých by neměl jistotu, že by byli z hlediska svých odborných schopností a zkušeností schopni bezproblémově a odborně atmogeochemický průzkum realizovat. To je ostatně dle zadavatele samou podstatou institutu kvalifikace a lze jen těžko zadavateli vyčítat, že měl zcela oprávněný zájem na účasti v této oblasti erudovaných a zkušených dodavatelů, neboť provedení atmogeochemického průzkumu, jeho vyhodnocení a stanovení nutných opatření přímo souvisí se zajištěním bezpečnosti na staveništi a v jeho širším okolí a tak tento požadavek nemůže být považován za nepřiměřený. Nutnost odborného provedení výše uvedeného průzkumu vychází především ze skutečnosti, že se předmětná stavba nachází na území charakterizovaném v mapě Českého báňského úřadu jako území s možným nahodilým výstupem důlních plynů na povrch a jako území ohrožené výstupy důlních plynů na povrch. Mimo to do prostoru stavby vede odvodňovací štola z plynujícího důlního díla Jan Maria, a tudíž lze reálně předpokládat prostup důlních plynů odvodňovací štolou i do prostoru staveniště.
41. Ke skutečnosti, že společnost Green Gas DPB, a.s., která o zakázku taktéž usiluje, odmítla navrhovateli poskytnout referenci, zadavatel uvádí, že nemůže zasahovat do soukromoprávních vztahů na straně dodavatelů a nemůže nést odpovědnost za uzavírání smluv mezi uchazeči a jejich případnými subdodavateli a případně být považován za odpovědného pokud se určitý dodavatel rozhodne nestát se subdodavatelem jiného dodavatele.
42. K části návrhu, ve které se navrhovatel věnuje nepřiměřeně nastavené ekonomické kvalifikaci (konkrétně požadavku na prokázání obratu dosaženého dodavatelem v oblasti provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu – atmogeochemický průzkum),

zadavatel konstatuje, že námitky navrhovatele týkající se této otázky byly podány opožděně a tudíž by Úřad měl návrh v této části ve smyslu § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítnout. Nad rámec výše uvedeného zadavatel uvedl, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky v části provádění protimetanových opatření činí 1 516 880 Kč bez DPH a vzhledem k tomu, že zadavatel požadoval, aby dodavatelé dosáhli v této oblasti obratu minimálně 2 mil. Kč bez DPH v součtu za všechna 3 předcházející účetní období, nemůže být tento požadavek považován za nepřiměřený a neodůvodněný, jak tvrdí navrhovatel. K tvrzení navrhovatele, že v daném případě nejde o ekonomickou stabilitu uchazeče, ale fakticky o další skrytý požadavek na prokázání zkušenosti dodavatelů s prováděním atmogeochemického průzkumu, tedy na technickou způsobilost, zadavatel argumentuje tím, že daný kvalifikační předpoklad nemůže být považován za předpoklad, který má sloužit k prokázání zkušenosti dodavatelů s prováděním atmogeochemického průzkumu, ale má sloužit k prokázání ekonomické stability a kapacity dodavatele realizovat tuto část zakázky, neboť k prokázání technické způsobilosti stanovil zadavatel své požadavky již v bodu 7.5.2.1 písm. a) zadávací dokumentace a neměl tedy důvod pro ověřování technické způsobilosti dodavatelů jinými způsoby.

43. V poslední části svého vyjádření se zadavatel zabývá otázkou nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku. Zadavatel konstatuje, že dne 20. 6. 2012 od něj navrhovatel převzal zadávací dokumentaci včetně dodatečné informace ze dne 29. 5. 2012, kterou zadavatel všem známým dodavatelům oznámil, že došlo ke změně zadávacích podmínek, a to z důvodu technického pochybení správce Věstníku veřejných zakázek, kdy po uveřejnění oznámení o zakázce ve Věstníku veřejných zakázek, nedošlo k požadovanému uveřejnění v Úředním věstníku. Z výše uvedeného je zřejmé, že se navrhovatel o domnělém porušení zákona musel dozvědět nejpozději dne 20. 6. 2012 a tedy v souladu s § 110 odst. 2 zákona uplynula navrhovateli lhůta k doručení námitek dne 5. 7. 2012, přičemž navrhovatel námitky podal až 13. 2. 2013. I v tomto případě byly tedy podle názoru zadavatele námitky podány opožděně a navrhovatel tak není osobu oprávněnou k podání návrhu.
44. Nad rámec výše uvedeného zadavatel uvedl, že i v případě, kdy by navrhovatelem podané námitky byly podány včas, rozhodně by je nebylo možné považovat za námitky podané řádně. A to z toho důvodu, že navrhovateli tímto domněle nezákonným postupem nevznikla a ani mu přímo nehrozí újma. Újma mohla vzniknout nebo hrozit pouze zahraničním dodavatelům, přičemž zadavatel dodává, že žádný z potencionálních zahraničních dodavatelů proti údajně diskriminačnímu postupu ze strany zadavatele nepodal žádné námitky.
45. Dále zadavatel upozorňuje na skutečnost, že i když ve srovnání s tuzemskými dodavateli byla zahraničním dodavatelům poskytnuta kratší lhůta pro podání nabídek, nemohlo v žádném případě dojít k údajné diskriminaci zahraničních dodavatelů, neboť zahraničním dodavatelům byla poskytnuta zákonem stanovená minimální lhůta pro podání nabídek.
46. K tvrzení navrhovatele, že se porušení zákona spočívající v nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku projevilo i v jeho nabídce, neboť zahraniční uchazeč neměl dostatek informací o zakázce, respektive o požadavcích zadavatele, a tak si nedokázal zajistit správné reference, zadavatel uvedl, že mu není zřejmé, co chtěl navrhovatel tímto svým vyjádřením prokázat, neboť zadávacího řízení se žádný zahraniční uchazeč neúčastnil.

Současně zadavatel dodává, že ani sám navrhovatel není zahraničním subjektem a tudíž ani v jeho případě nelze hovořit o diskriminaci.

47. Zadavatel ve svém vyjádření též uvedl, že dne 24. 5. 2012 obdržel od správce Věstníku veřejných zakázek (společnosti NESS Czech, s.r.o.) informace k nesouladu uveřejnění vyhlášení ve Věstníku veřejných zakázek a v Úředním věstníku Evropské unie. Ve zmíněném oznámení bylo uvedeno, že ke vzniklé situaci (která se netýkala pouze zadavatele) vydalo Ministerstvo pro místní rozvoj doporučující postup, který říkal, aby zadavatelé v případě nadlimitních veřejných zakázek, u kterých běžela lhůta pro podání nabídky, odeslali opravný formulář oznámení o zakázce, ve kterém prodlouží lhůtu pro podání nabídek o celou zákonnou lhůtu pro podání nabídek. Zadavatel se rozhodl postupovat podle výše uvedeného doporučení a dne 29. 5. 2012 odeslal opravný formulář oznámení o zakázce k uveřejnění, v němž prodloužil lhůtu pro podání nabídek do 26. 7. 2012. Zadavatel tedy změnil zadávací podmínky změnou údajů v uveřejnění oznámení o zakázce zcela v souladu s § 147 odst. 8 zákona a nikoli pouze prostřednictvím institutu dodatečných informací k zadávacím podmínkám, jak tvrdí navrhovatel. O provedené změně zadavatel informoval všechny jemu známé dodavatele prostřednictvím poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám ze dne 29. 5. 2012.
48. K domnělému porušení čl. 36 odst. 5 směrnice na základě navrhovatelem tvrzeného přímého účinku směrnice zadavatel uvedl následující. K přímé aplikovatelnosti směrnic se vyjádřil např. Krajský soud v Ústí nad Labem v rozhodnutí ze dne 19. 7. 2007, č. j. 15 Ca 184/2006. V tomto rozhodnutí mimo jiné stojí: (začátek citace) *„Podle relevantní judikatury Soudního dvora ES se jako základní podmínky bezprostřední aplikovatelnosti pravidel směrnice jeví tyto podmínky: uplynutí transpoziční lhůty, nenáležitá transpozice směrnice, dostatečná přesnost a bezpodmínečnost pravidla směrnice, aktivní legitimace osoby, jež se bezprostřední aplikovatelnosti dovolává, a skutečnost, že bezprostřední aplikací směrnice nedojde k uložení povinnosti jednotlivci.“* (konec citace). Z uvedené citace je zřejmé, že navrhovatel ve svém návrhu (a taktéž i námitkách) vynechal jednu z podmínek nezbytných pro to, aby se mohlo hovořit o přímém účinku dané směrnice, a sice podmínku nenáležité transpozice směrnice. Při srovnání ustanovení čl. 39 odst. 5 první věty směrnice, která zní: (začátek citace) *„Oznámení a jejich obsah nesmějí být zveřejněny na vnitrostátní úrovni přede dnem jejich odeslání Komisi.“* (konec citace) a ustanovení § 146 odst. 7 zákona, které zní: (začátek citace) *„Jde-li o nadlimitní veřejné zakázky, nesmí být vyhlášení uveřejněna v informačním systému nebo na profilu zadavatele dříve, než jsou odeslána k uveřejnění v Úředním věstníku.“* (konec citace) je zcela nepochybné, že v daném případě nelze hovořit o nedostatečné transpozici směrnice, a tudíž ani o přímém účinku jejího čl. 36 odst. 5.
49. V závěru svého vyjádření zadavatel uvedl, že s ohledem na vše výše uvedené má za to, že námitky podané navrhovatelem ve věcech uvedených v návrhu byly podány opožděně. Navrhovatel tedy není osobou oprávněnou k podání návrhu. Zadavatel má rovněž za to, že zadávací podmínky byly stanoveny plně v souladu se zákonem a stejně tak zadavatel v průběhu zadávacího řízení neučinil žádný úkon, který by bylo možné označit jako rozporný se zákonem.
50. Zadavatel žádá, aby Úřad návrh navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele zamítl.

IV. ŘÍZENÍ U ÚŘADU

51. Úřad obdržel návrh dne 7. 3. 2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
52. Účastníky správního řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
53. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-S131/2013/VZ-4786/2013/521/VTe ze dne 18. 3. 2013.
54. Úřad dále účastníkům řízení usnesením č. j. ÚOHS-S131/2013/VZ-4831/2013/521/VTe ze dne 18. 3. 2013 stanovil lhůtu, v níž mohli navrhovat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit své stanovisko, a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí. Úřad tímž usnesením stanovil zadavateli podle § 39 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“) lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení – a to nejpozději jeden den po provedení příslušného úkonu. Dále byla zadavateli stanovena lhůta podle § 39 odst. 1 správního řádu v návaznosti na § 35 odst. 1 správního řádu k provedení úkonu – určení společného zmocněnce pro účely usnadnění průběhu správního řízení, zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce podle § 17 písm. w) zákona a zaslání písemného sdělení zda byla navrhovateli v zadávacím řízení uvolněna jistota. Navrhovateli byla stanovena lhůta k provedení úkonu – doplnění návrhu o doklad o opětovném složení jistoty podle § 67 odst. 4 zákona a doplnění návrhu o doklad o složení kauce ve výši 1 260 156 Kč podle § 115 odst. 1 zákona.
55. Dne 26. 3. 2013 Úřad od ČR - Ministerstva financí obdržel vyjádření zadavatele k výše uvedenému usnesení, ve kterém zadavatel uvedl, že ČR - Ministerstvo financí a Statutární město Ostrava ke dni 22. 12. 2011 uzavřeli smlouvu o úpravě vzájemných práv a povinností a vztahů ke třetím osobám č.j. 05535-2011-452-S-108031, tzv. smlouvu o společném zadávání veřejné zakázky (dále jen „smlouva“), přičemž na základě této smlouvy vystupují (ČR - Ministerstvo financí a Statutární město Ostrava) ve smyslu § 2 odst. 8 zákona za jednoho zadavatele společně. Jménem obou zadavatelů, sdružených pro účely společného postupu směřujícího k zadání předmětné veřejné zakázky, na základě článku III. smlouvy, ve vztahu ke třetím osobám jedná a vystupuje ČR – Ministerstvo financí, přičemž tato skutečnost je také deklarována v článku 2 zadávací dokumentace č.j. MF-33702/2012/45-452-1 ze dne 29. 3. 2012, v platném znění. Co se týká uvolnění jistoty navrhovateli, zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že navrhovatel byl vyzván k převzetí originálu záruční listiny k bankovní záruce. Navrhovatel však na tuto výzvu nereagoval a tak původní doklad o poskytnutí jistoty formou bankovní záruky, předložený zadavateli v nabídce, zůstává i nadále součástí originálu nabídky navrhovatele.
56. Dne 27. 3. 2013 Úřad obdržel od navrhovatele vyjádření, ve kterém navrhovatel uvedl, že složil jistotu formou bankovní záruky, kterou má stále zadavatel. Přílohou tohoto vyjádření byl výpis z účtu, prostřednictvím kterého navrhovatel prokázal složení kauce.
57. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S131/2013/VZ-5794/2013/521/VTe ze dne 29. 3. 2013 Úřad zamítl návrh navrhovatele na vydání předběžného opatření, jímž měl být zadavateli uložen zákaz

uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, popřípadě uložena povinnost pozastavit toto zadávací řízení, neboť po předběžném posouzení případu dospěl k závěru, že důvody uvedené v návrhu nesvědčí o nutnosti vydat předběžné opatření.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

58. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel v šetřeném zadávacím řízení postupoval v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.
59. Návrh, který Úřad obdržel, směřuje proti postupu zadavatele, konkrétně při:
- nastavení kvalifikačních předpokladů (technických i ekonomických), které svým rozsahem neodpovídají předmětu veřejné zakázky,
 - nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie.
60. Podle ustanovení § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel (dále jen „stěžovatel“), který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech zadavateli podat zdůvodněné námitky.
61. Podle ustanovení § 110 odst. 2 zákona lze námitky podat proti všem úkonům zadavatele a stěžovatel je musí doručit zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví, nejpozději však do doby uzavření smlouvy.
62. Podle ustanovení § 110 odst. 3 zákona musí stěžovatel námitky proti zadávacím podmínkám doručit zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek.
63. Podle ustanovení § 110 odst. 7 věty šesté zákona je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.

K zákonnosti zadávacích podmínek – nepřiměřeně stanovené kvalifikační předpoklady

64. V části návrhu týkající se zákonnosti zadávacích podmínek navrhovatel namítal nepřiměřené nastavení kvalifikačních předpokladů (technických i ekonomických), které svým rozsahem neodpovídá předmětu veřejné zakázky, konkrétně se jednalo o:
- požadavek na ekonomickou a finanční způsobilost stanovený v bodě 7.4 písm. c) *Ekonomické a finanční předpoklady podle § 55 odst. 1 písm. c) zákona* zadávací dokumentace, který říká, že ekonomickou kvalifikaci splňuje dodavatel, který mimo jiné dosáhne obratu s ohledem na předmět veřejné zakázky tj. obratu z oblasti provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu (atmogeochemický průzkum) zjištěného podle zákona č. 563/1991 Sb., o účetnictví, ve znění pozdějších předpisů v součtu za poslední tři účetní období ve výši minimálně 2 mi. Kč bez DPH,
 - požadavek na technickou způsobilost stanovený v bodě 7.5.2.1 *Technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 2 zákona* zadávací dokumentace, který říká, že dodavatel musí v nabídce doložit seznam významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních 3 letech a to minimálně 1 realizovanou službu

poskytnutou v posledních 3 letech akreditovanou laboratoří zaměřenou na provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu (atmogeochemický průzkum) v souhrnném finančním objemu ve výši minimálně 1 mil. Kč bez DPH, a dále minimálně 2 realizované služby poskytnuté v posledních třech letech v oboru provádění odborného bezpečnostního dohledu při realizaci staveb z hlediska výstupu důlních plynů na povrch a realizace báňsko-technických opatření k řešení problematiky výstupu důlních plynů na povrch v souhrnném finančním objemu ve výši minimálně 0,3 mil. Kč bez DPH.

65. Z dokumentace o veřejné zakázce a z oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že lhůta pro podání nabídek, která byla zadavatelem z důvodu neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie prostřednictvím opravného formuláře oznámení o zahájení zadávacího řízení prodloužena, skončila dne 20. 9. 2012. Námitky proti zadávacím podmínkám tudíž bylo možné podat do 25. 9. 2012. Navrhovatel námitky doručil zadavateli dne 13. 2. 2013, tedy až po svém vyloučení z další účasti v zadávacím řízení a více než 4 měsíce po konci zákonné lhůty, ve které byl oprávněn námitky proti zadávacím podmínkám podat.
66. Z výše uvedeného je zřejmé, že námitky navrhovatele v části směřující proti zákonnosti zadávacích podmínek tedy proti nepřiměřeně stanoveným požadavkům na kvalifikaci nebyly podány ve lhůtě stanovené v § 110 odst. 3 zákona, tj. do 5 dnů od skončení lhůty pro podání námitek.
67. K tvrzení navrhovatele, že dříve nemohl podat námitky, neboť před rozhodnutím o vyloučení by nesplňoval podmínku vzniku újmy podle § 110 odst. 1 zákona, Úřad uvádí následující.
68. V ustanovení § 101 odst. 1 je jasně stanoveno, že námitky je oprávněn podat kterýkoliv dodavatel mající zájem na získání dané veřejné zakázky a jemuž v důsledku domnělého porušení zákona hrozí nebo již vznikla újma.
69. Nadto Úřad k vyjádření újmy uvádí, že při podání námitek postačí, aby byla újma prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil (nebo mu ztráta hrozí) minimálně teoretickou možnost získat veřejnou zakázku. Vyjádření újmy obecným způsobem např. nemožností získat veřejnou zakázku či hrozbou nezískání veřejné zakázky, je tedy pro podání námitek postačující. Pro úplnost Úřad dodává, že újma je pojem širší, který v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak také škodu, jejichž výši je v okamžiku podání námitek obtížné přesně stanovit, a to například z toho důvodu, že v počátečních stádiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být obtížné určit, zda by nabídka navrhovatele vůbec mohla být vybrána jako nabídka nejvýhodnější.
70. Z výše uvedeného jasně vyplývá, že tvrzení navrhovatele, že dříve nemohl z důvodu nevzniknutí újmy podat námitky, je tedy neopodstatněné a nepravdivé. Jestliže se navrhovatel domníval, že kvalifikační předpoklady jsou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nepřiměřené, je zřejmé, že byl rovněž toho názoru, že mu újma hrozila a mohl tedy podat námitky proti zadávacím podmínkám ve lhůtě stanovené v ustanovení § 101 odst. 3 zákona.

71. K tvrzení navrhovatele, že to, jakým způsobem bude zadavatel technické kvalifikační předpoklady interpretovat, vyšlo najevo až z rozhodnutí o jeho vyloučení, Úřad uvádí následující.
72. Technické kvalifikační předpoklady zadavatel jasně stanovil v bodu 7.5.2.1 písm. a) zadávací dokumentace (tj. požadavky uvedené v bodu 8 písm. a) odrážka druhá tohoto rozhodnutí).
73. Navrhovatel se tedy měl možnost s technickými kvalifikačními předpoklady seznámit předem při přípravě své nabídky. Z „Potvrzení o převzetí zadávací dokumentace k veřejné zakázce“ je zřejmé, že navrhovatel převzal dne 20. 6. 2012 od zadavatele zadávací dokumentaci k příslušné veřejné zakázce. Úřad má tedy za to, že navrhovatel se mohl se všemi zadávacími podmínkami seznámit hned po převzetí zadávací dokumentace (20. 6. 2012) nebo dále v průběhu přípravy nabídky, přičemž nejpozději se s obsahem zadávacích podmínek navrhovatel musel seznámit do 20. 9. 2012, kdy skončila lhůta pro podání nabídek.
74. Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 25. 1. 2011 č.j. 2 Afs 67/2010 uvádí:
(začátek citace) „Koncepce ustanovení zákona je založena na souslednosti jednotlivých kroků, a na různých prostředcích ochrany proti případným nezákonnostem v oblasti veřejných zakázek, které je třeba využít bezprostředně poté, co uchazeč některá pochybení zadavatele zjistí. Jde o to, že celý proces zadávání veřejné zakázky musí být nejen maximálně transparentní a férový, nýbrž také efektivní a zamezující zbytečným obstrukcím a opakovanému přezkumu stejných námitek, které mohly být daleko smysluplněji uplatněny dříve.“ (konec citace)
75. V obecné rovině Úřad k dané věci pro úplnost uvádí, že hodnotící komise musí zadávací podmínky vždy interpretovat tak, jak jsou stanoveny zadavatelem v zadávací dokumentaci. Není možné, aby se v průběhu posuzování a hodnocení nabídek od této interpretaci jakýmkoliv způsobem odchýlila nebo ji přímo jakkoliv změnila.
76. Na základě protokolů o posouzení kvalifikace ze dne 26. 10. 2012, dne 14. 11. 2012 a dne 10. 1. 2013 má Úřad za to, že hodnotící komise při posuzování kvalifikace v tomto konkrétním případě interpretovala kvalifikační požadavky takovým způsobem, jakým byly zadavatelem předem stanoveny v zadávací dokumentaci. Zadavatel v zadávacích podmínkách mimo jiné stanovil, že uchazeč v rámci technických kvalifikačních předpokladů musí prokázat skutečnosti uvedené v bodu 8 písm. a) odrážka druhá tohoto rozhodnutí. K prokázání těchto kvalifikačních předpokladů je uchazeč povinen předložit seznam významných služeb poskytnutých uchazečem v posledních 3 letech s uvedením jejich rozsahu a délky trvání, přičemž přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení vydané osobou, které byly služby poskytovány popřípadě čestné prohlášení dodavatele, pakliže není možné získat osvědčení od osoby, které byly služby poskytovány. Navrhovatel ve své nabídce a na základě písemné žádosti zadavatele o objasnění informací a doložení dokladů prokazujících splnění požadované kvalifikace v případě technických kvalifikačních předpokladů předložil doklady prokazující provádění měření plynodajnosti uhelné sloje v podzemí černouhelného dolu a měření půdního ovzduší. Dále se předložené reference týkaly především analýzy požárního nebezpečí v oblasti porubu černouhelného dolu prováděné prostřednictvím metody včasného zjišťování endogenních požárů a výsledků chromatografické analýzy. Zadavatel však v zadávací dokumentaci požadoval doložení provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu neboli tzv. atmogeochemický průzkum. Tuto službu však navrhovatel

v rámci své nabídky ani dodatečně poskytnutých dokladech nedoložil, a proto byl zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen. Tvrzení navrhovatele, že až z rozhodnutí o vyloučení se dozvěděl, že zadavatel nepřipustí prokázání technických kvalifikačních předpokladů jinou variantou a bude důsledně rozlišovat, kde a jak byly důlní plyny na přítomnost metanu měřeny, a až v tento moment se tedy projevila nepřiměřenost technických kvalifikačních předpokladů, Úřad považuje za ryze účelové. Hodnotící komise v rámci posouzení kvalifikace požadovala od navrhovatele doložení pouze těch dokladů, které byly zadavatelem stanoveny v zadávací dokumentaci. Zadavatel dopředu uvedl, že požaduje mimo jiné doložení provádění měření koncentrací metanu v půdním vzduchu neboli tzv. atmogeochemický průzkumu. Hodnotící komise tedy po navrhovateli požadovala doložení provádění tzv. atmogeochemického průzkumu. To však navrhovatel nepředložil a proto byl ze zadávacího řízení vyloučen. Na základě výše uvedených skutečností dospěl Úřad k závěru, že se v tomto případě nejedná o situaci, kdy by se nezákonnost zadávacích podmínek (konkrétně nepřiměřenost technických kvalifikačních předpokladů) projevila až při jejich interpretaci hodnotící komisí, jak se snaží tvrdit navrhovatel, neboť hodnotící komise technické kvalifikační předpoklady interpretovala způsobem, jakým byly od počátku zadávacího řízení stanoveny v zadávací dokumentaci.

77. Výše zmíněné tvrzení navrhovatele (že nezákonnost kvalifikačních předpokladů se projevila až při jejich interpretaci hodnotící komisí a následném vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení) tedy Úřad na základě výše uvedených skutečností považuje za zcela účelové, neboť technické kvalifikační předpoklady byly navrhovateli známy již v době podání jeho nabídky a jejich interpretace nebyla hodnotící komisí nijak měněna. Pokud navrhovatel měl pochybnost o jejich přiměřenosti, měl podat námítky a následně návrh k Úřadu v zákonem stanovené lhůtě.
78. Co se týká nepřiměřenosti ekonomických kvalifikačních předpokladů, Úřad konstatuje, že stejně jako technické kvalifikační předpoklady i ekonomické kvalifikační předpoklady byly zadavatelem stanoveny na začátku zadávacího řízení v zadávací dokumentaci, se kterou se navrhovatel v průběhu zpracování své nabídky musel seznámit. Navrhovatel v době přípravy své nabídky znal přesné znění ekonomických kvalifikačních předpokladů a tedy i konkrétní výše obrátů, které v jednotlivých oblastech činností zadavatel požadoval po uchazečích prokázat. Pokud se tedy navrhovatel domníval, že ekonomické kvalifikační předpoklady stanovené v bodu 7.4 písm. c) zadávací dokumentace (uvedeny v bodu 8 písm. a) odrážka první tohoto rozhodnutí) jsou nepřiměřené ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, měl podat v zákonné lhůtě námítky.
79. Nadto Úřad podotýká, že i sám navrhovatel v návrhu uvedl, že si je vědom skutečnosti, že některá dílčí pochybení ze strany zadavatele se týkala již zadávacích podmínek a žádal, aby Úřad v případě, že dospěje k závěru, že námítky navrhovatele byly podány opožděně, prošetřil skutečnosti uvedené v této části návrhu z úřední povinnosti. Výše uvedené svědčí o tom, že sám navrhovatel si je opožděnosti svých námitek v části týkající se nepřiměřeně stanovených kvalifikačních předpokladů vědom.

K části návrhu týkající se postupu zadavatele při uveřejňování oznámení o veřejné zakázce

80. V části návrhu týkající se povinnosti uveřejňování navrhovatel namítá, že zadavatel porušil zákon, když v situaci, kdy věděl o neuveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení

v Úředním věstníku Evropské unie, předmětné zadávací řízení nezrušil. Postup, kdy zadavatel vzniklou situaci řešil vydáním opravného formuláře a prodloužením lhůty pro podání nabídek a úpravou souvisejícím termínů, navrhovatel rozhodně nepovažuje za dostačující a je toho názoru, že tím došlo k jednoznačné diskriminaci zahraničních dodavatelů.

81. Z dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně z „*Potvrzení o převzetí zadávací dokumentace k veřejné zakázce*“ je zřejmé, že navrhovatel dne 20. 6. 2012 převzal společně se zadávací dokumentací také „*Poskytnutí dodatečných informací k zadávacím podmínkám – 2*“ ze dne 29. 5. 2012, ve kterém zadavatel uvádí, že z důvodu technického pochybení správce Věstníku veřejných zakázek v důsledku kterého došlo k nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie, přistoupil k vydání opravného formuláře a prodloužení lhůty pro podání nabídek a souvisejícím termínů. Námitky proti úkonu zadavatele tudíž bylo možné podat do 9. 7. 2012 (konec zákonné lhůty byl v pátek 5. 7. 2012, ale protože tento den je státním svátkem, skončila lhůta pro podání námitek následující pracovní den tj. v pondělí 9. 7. 2012). Navrhovatel námitky doručil zadavateli dne 13. 2. 2013, tedy až po svém vyloučení z další účasti v zadávacím řízení a více než půl roku po konci zákonné lhůty, ve které byl oprávněn námitky proti úkonu zadavatele podat.
82. Z výše uvedeného je zřejmé, že námitky navrhovatele v části směřující proti úkonu zadavatele tedy proti nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie nebyly podány ve lhůtě stanovené § 110 odst. 2 zákona, tj. do 15 dnů ode dne, kdy se o domnělém porušení zákona úkonem zadavatele dozví.
83. Nad rámec výše uvedeného považuje Úřad za vhodné upozornit na skutečnost, že pokud by se přiklonil k názoru navrhovatele, a sice že jediným možným řešením vzniklé situace (neuveřejnění Oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie, ačkoliv toto oznámení bylo uveřejněno na národní úrovni) by bylo (z důvodu diskriminace zahraničních dodavatelů oproti vnitrostátním) zrušení předmětného zadávacího řízení, prakticky by to znamenalo nemožnost realizovat v budoucnosti předmětné zadávací řízení, neboť tuzemští dodavatelé by již vždy měli oproti zahraničním dodavatelům výhodu toho, že oznámení předmětného zadávacího řízení bylo již jednou uveřejněno.
84. Na základě předložené dokumentace k veřejné zakázce Úřad dospěl k závěru, že ačkoliv součástí návrhu navrhovatele ze dne 5. 3. 2013 jsou skutečnosti týkající se pochybností o přiměřenosti a zákonnosti stanovených kvalifikačních předpokladů tj. skutečnosti směřující proti zadávacím podmínkám a skutečnosti týkající se pochybností o zákonnosti úkonu zadavatele nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie, nepodal navrhovatel v žádné z výše uvedených skutečností zadavateli řádné námitky ve smyslu zákona. Jelikož podání řádných a včasných námitek je podle § 110 odst. 7 věty šesté zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele v téže věci, je zřejmé, že navrhovatel nesplnil zákonnou podmínku (tj. podání řádných – včasných námitek), aby se stal ve vztahu k namítaným skutečnostem, týkajícím se přiměřenosti a zákonnosti kvalifikačních předpokladů a nezveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení v Úředním věstníku Evropské unie, osobou oprávněnou pro podání návrhu. Z uvedených důvodů Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí a návrh podle ustanovení § 118 odst. 5 písm. c) zákona zamítl.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, tř. Kpt. Jaroše 7, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad se podává s potřebným počtem stejnopisů tak, aby jeden stejnopis zůstal správnímu orgánu, a aby každému účastníku řízení mohl Úřad zaslat jeden stejnopis.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. ČR - Ministerstvo financí, Letenská 525/15, 118 10 Praha 1 – Malá Strana
2. Skanska a.s., Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 - Chodov

Vypraveno dne

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