



UOHSX009HNR4

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0066/2017/VZ-11673/2017/542/PKn

Brno 5. dubna 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 10. 2. 2017 na návrh ze dne 8. 2. 2017, jehož účastníky jsou

- zadavatel:
 - Fresenius Medical Care - DS, s.r.o., IČO 45790949, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 23. 2. 2007 Mgr. Pavlem Pravdou, advokátem, ev. č. ČAK 09659, bnt attorneys-at-law s.r.o., advokátní kancelář, IČO 27117723, se sídlem Na příkopě 859/22, Nové Město, 110 00 Praha 1, a
 - město Vysoké Mýto, IČO 00279773, se sídlem B. Smetany 92, 566 01 Vysoké Mýto, jakožto účastníci sdružení dle § 2 odst. 10 citovaného zákona, kteří uzavřeli dne 11. 5. 2016 smlouvu o spolupráci za účelem společného postupu při výběru nejvhodnějšího dodavatele,
- navrhovatel – AZ SANACE a.s., IČO 25033514, se sídlem Pražská 53/37, 400 01 Ústí nad Labem, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 1. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele ve veřejné zakázce „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2016 pod ev. č. 643009,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Fresenius Medical Care - DS, s.r.o., IČO 45790949, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6 a město Vysoké Mýto, IČO 00279773, se sídlem B. Smetany 92, 566 01 Vysoké Mýto, jakožto účastníci sdružení dle § 2 odst. 10 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kteří uzavřeli dne 11. 5. 2016 smlouvu o spolupráci za účelem společného postupu při výběru nejvhodnějšího dodavatele – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2016 pod ev. č. 643009, postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 6 odst. 1 citovaného zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace, stanovil zadávací podmínku: „*Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne*“, přičemž stavební povolení, které dle bodu 3.1 návrhu smlouvy o dílo mělo být v kopii přílohou č. 1 návrhu smlouvy o dílo, zadavatel uchazečům o veřejnou zakázku neposkytl a skutečnosti vyplývající ze stavebního povolení tak uchazeči nemohli v jejich nabídkách zohlednit, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako opatření k nápravě postupu uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení** na veřejnou zakázku „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2016 pod ev. č. 643009.

III.

Podle § 119 odst. 2 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 odst. 1 vyhlášky č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, se zadavateli – Fresenius Medical Care - DS, s.r.o., IČO 45790949, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6 a město Vysoké Mýto, IČO 00279773, se sídlem B. Smetany 92, 566 01 Vysoké Mýto, jakožto účastníci sdružení dle § 2 odst. 10 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, kteří uzavřeli dne 11. 5. 2016 smlouvu o spolupráci za účelem společného postupu při výběru nejvhodnějšího dodavatele – **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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), obdržel dne 10. 2. 2017 návrh navrhovatele – AZ SANACE a.s., IČO 25033514, se sídlem Pražská 53/37, 400 01 Ústí nad Labem, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 1. 2017 JUDr. Vilémem Podešvou, LLM, advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“) – na zahájení řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Fresenius Medical Care - DS, s.r.o., IČO 45790949, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 23. 2. 2007 Mgr. Pavlem Pravdou, advokátem, ev. č. ČAK 09659, bnt attorneys-at-law s.r.o., advokátní kancelář, IČO 27117723, se sídlem Na příkopě 859/22, Nové Město, 110 00 Praha 1 a město Vysoké Mýto, IČO 00279773, se sídlem B. Smetany 92, 566 01 Vysoké Mýto, jakožto účastníci sdružení dle § 2 odst. 10 zákona, kteří uzavřeli dne 11. 5. 2016 smlouvu o spolupráci za účelem společného postupu při výběru nejvhodnějšího dodavatele (dále jen „zadavatel“) – při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2016 pod ev. č. 643009 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Dne 17. 2. 2017 zadavatel doručil Úřadu dokumentaci o veřejné zakázce, z níž Úřad zjistil následující skutečnosti.

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

3. Z bodu 3.1. zadávací dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že předmětem plnění veřejné zakázky je generální rekonstrukce části 3. nadzemního podlaží budovy Vysokomýtské nemocnice p.o. a souvisejících prostor za účelem umístění dialyzačního střediska s kapacitou 10-ti dialyzačních křesel a jednoho lůžka izolace. Nedílnou součástí generální rekonstrukce je také zajištění snadného přístupu do dialyzačního střediska.
4. Podle bodu 4.1. zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota předmětné veřejné zakázky 19 000 000,- Kč bez DPH.
5. V části 6.2.2. bodu 6.2. „Profesní kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace o veřejné zakázce uvedl zadavatel následující:

„Dokladem o oprávnění k podnikání se pro účely této veřejné zakázky rozumí doklad prokazující následující živnostenská oprávnění:

- (i) *projektová činnost ve výstavbě;*
- (ii) *provádění staveb, jejich změn a odstraňování;*
- (iii) *výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení; a*
- (iv) *nakládání s odpady (vyjma nebezpečných).*

6. V bodu 10.1. zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „...*Obchodní podmínky jsou vymezeny ve formě a struktuře smlouvy o dílo, která tvoří jako příloha číslo 1 nedílnou součástí zadávací dokumentace.*“
7. V bodu 16.1. zadávací dokumentace zadavatel stanovil jako základní hodnotící kritérium pro zadání veřejné zakázky nejnižší nabídkovou cenu.
8. V bodu 3.1 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace, je uvedeno: „*Předmětem díla je provedení díla dle této smlouvy, a to provedení stavby označené jako „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“, která je řešena projektovou dokumentací „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“, zakázkové číslo: DPS-03-2016, zpracovanou společností MEDICOPROJEKT, s.r.o., se sídlem Brno, Kroftova 45, PSČ 61600, IČO: 60703016, v červenci 2016. Stavební povolení k předmětné stavbě č.j.: ze dne vydané stavebním úřadem ve Vysokém Mýtě v kopii je přílohou č. 1 této smlouvy.*“
9. Dále zadavatel v bodu 3.2 návrhu smlouvy o dílo stanovil, že „*Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne*“.
10. Dne 23. 1. 2017 podal navrhovatel námítky proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky, které byly doručeny zadavateli téhož dne. Zadavatel nedatovaným rozhodnutím, které navrhovatel obdržel dne 2. 2. 2017, námítkám navrhovatele ze dne 23. 1. 2017 nevyhověl.
11. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel neztotožnil s věcným obsahem rozhodnutí o vyřízení námitek, podal dne 10. 2. 2017 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 10. 2. 2017.

II. OBSAH NÁVRHU

12. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám, které jsou dle navrhovatele v rozporu s ustanoveními zákona. Navrhovatel nejprve uvedl, že zadavatel zahájil zadávací řízení bez stavebního povolení, ačkoliv byl povinen zajistit vydání stavebního povolení před zahájením veřejné zakázky. Dle navrhovatele může toto povolení představovat podstatnou změnu předmětu plnění, a to ve smyslu rozšíření či zúžení povinností budoucího zhotovitele, jelikož zadavatel v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo stanovil následující obchodní podmínku: „*Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne*“, přičemž stavební povolení zadavatel uchazečům o veřejnou zakázku neposkytl. Skutečnosti vyplývající ze stavebního povolení tak nemohly být v úplnosti zapracovány do zadávací dokumentace, čímž zadavatel v rozporu s § 44 odst. 1 zákona nevymezil zadávací podmínky a předmět plnění v podrobnostech nezbytných pro přípravu nabídky.
13. Navrhovatel dále vyjádřil nesouhlas s tvrzením zadavatele v rozhodnutí o vyřízení námitek, že zadávací dokumentace obsahovala všechny náležitosti dle § 44 odst. 3 a 4 zákona. Dle § 44 odst. 4 písm. a) zákona musí zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce kromě náležitostí uvedených v odstavci 3 obsahovat příslušnou dokumentaci v rozsahu stanoveném prováděcím právním předpisem. Tím je vyhláška č. 230/2012 Sb., kterou se stanoví podrobnosti vymezení předmětu veřejné zakázky na stavební práce a rozsah soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr (dále jen „vyhláška o podrobnostech

vymezení předmětu veřejné zakázky“). Dále dle ustanovení § 1 odst. 3 vyhlášky o podrobnostech vymezení předmětu veřejné zakázky je pro všechny stavby příslušnou dokumentací projektová dokumentace pro provádění stavby. Projektová dokumentace pro provádění stavby je definována v příloze č. 6 vyhlášky č. 499/2006 Sb., o dokumentaci staveb (dále jen „vyhláška o dokumentaci staveb“), podle které se „*Vychází ze schválené projektové dokumentace pro ohlášení stavby nebo pro vydání stavebního povolení,...*“. Dokumentace pro provádění stavby musí vycházet z projektové dokumentace, která už byla schválena, přičemž v případě předmětné veřejné zakázky je formou schválení stavebního povolení. Dle názoru navrhovatele tak zadávací řízení pro provedení stavby není možno zahájit bez vydaného stavebního povolení, neboť toto je nezbytné pro vymezení předmětu plnění dle § 44 odst. 1 zákona.

14. Zadavatel dle navrhovatele také nevymezil práva a povinnosti stran v rámci poskytování bezplatného záručního servisu, když v bodu 13.2 návrhu smlouvy o dílo stanovil, že „*Zhotovitelem bude objednateli poskytován bezplatný záruční servis a odstranění vad na objednatelém reklamované vady díla po celou záruční dobu dle této smlouvy.*“ Tato součást plnění se jako položka navíc nepromítla do soupisu prací. Uchazečům tak dle navrhovatele bylo znemožněno ji řádně nacenit v rámci nabídky. Navrhovatel konstatoval, že obsah záručního servisu není definován žádným právním předpisem a jeho rozsah se tak u každého dodavatele může lišit.
15. Navrhovatel dále uvedl, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách argumentoval tím, že „*bezplatným záručním servisem*“ měl na mysli „...*následnou možnost požadovat odstranění případných vad díla...*“, nikoliv „*průběžný*“ servis díla po jeho zhotovení. Navrhovatel v této souvislosti připomněl, že v bodu 13.2 návrhu smlouvy o dílo zadavatel požadoval, aby byl poskytován „*bezplatný záruční servis*“ a „*odstranění vad na objednatelém reklamované vady díla.*“ Dle názoru navrhovatele jsou obě činnosti oddělené spojkou „*a*“. Jedná se tedy o dva samostatné požadavky zadavatele. Jestliže by „*bezplatný záruční servis*“ představoval pouze „*odstraňování vad*“, tak by spojka „*a*“ oddělovala dvě totožné činnosti a šlo by tak dle navrhovatele o bezdůvodné zdvojení jednoho požadavku. Na základě výše uvedeného považuje navrhovatel svůj výklad bezplatného záručního servisu jako průběžnou činnost, která však není zadavatelem blíže vymezena, za logičtější. Zadávací podmínky jsou tak dle navrhovatele v rozporu s § 44 odst. 1 zákona, neboť jsou formulovány nejednoznačně a umožňují dvojí výklad.
16. Z návrhu rovněž vyplývá, že dle navrhovatele zadavatel v rozporu s § 44 odst. 1 zákona svou odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek nepřípustně přenesl na uchazeče o veřejnou zakázku, neboť požadoval realizaci prací a úkonů, které v zadávací dokumentaci požadovány nejsou, ale uchazeč o nich „*věděl, nebo podle svých odborných znalostí vědět měl a/nebo mohl, že jsou k řádnému a kvalitnímu provedení díla dané povahy třeba*“. Dle navrhovatele zadavatel nevymezil předmět plnění tak, aby nemohla vzniknout pochybnost o jeho podobě a mezích a zadávací podmínky tudíž nejsou v souladu s § 44 odst. 1 zákona. Navrhovatel se rovněž neztotožnil s argumentací zadavatele v rozhodnutí o námitkách, kdy zadavatel poukázal na skutečnost, že se jedná o obvyklou smluvní klauzuli. Dle navrhovatele smluvní klauzule neobsahuje žádné ohraničení prací, které musí být vykonány.
17. Zadávací podmínky jsou dle navrhovatele taktéž v rozporu s § 56 odst. 5 písm. c) zákona, neboť zadavatel nevymezil minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu v rámci

seznamů techniků tak, aby odpovídal druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. Zadavatel v bodu 6.4.3 části (i) zadávací dokumentaci požadoval, aby uchazeči prostřednictvím seznamu techniků doložili, že se na plnění zakázky bude podílet na pozici „vedoucí projektu“ autorizovaný inženýr nebo technik v oboru pozemní stavby s minimálně 5 letou praxí při řízení projektů. Navrhovatel takový požadavek považuje za nepřiměřený, neboť dle jeho názoru postačuje praxe v délce tří let a dále zadavatel nepřipouští obecnou praxi v oboru, nýbrž pouze v řízení projektů. S argumentem zadavatele, že praxe v délce 5 let odůvodňuje charakter rekonstrukce probíhající v nemocnici za plného provozu, se navrhovatel neztotožnil. Délka praxe totiž dle navrhovatele nemusí vůbec zaručit, že má stavbyvedoucí zkušenost zrovna s takovým způsobem organizace prací.

18. Navrhovatel dále uvedl, že smluvní pokuty stanovené v návrhu smlouvy o dílo považuje za hrubě excesivní a nepřiměřené. Navrhovatel konstatoval, že dle formulace zadavatele je možné sankcionovat jakékoliv porušení smlouvy bez bližšího určení a rovněž denní sazba ve výši 0,2 % spolu s jednorázovou pokutou ve výši 1 % je ve svém součtu excesivní a nezákonná, neboť obvyklá výše denní sazby smluvní pokuty v případě prodlení je dle soudní praxe do 0,5 %. Toto má podle názoru navrhovatele vliv na okruh potenciálních dodavatelů, neboť nastavení zadávacích podmínek odrazuje od podání nabídky. Navrhovatel má tedy za to, že jsou zadávací podmínky nastaveny nesprávně ve smyslu § 44 odst. 1 věta druhá zákona, a to pro rozpor s jinými právními předpisy, konkrétně občanským zákoníkem.
19. Pochybnost zadavatele o způsobilosti navrhovatele podat námitky je dle navrhovatele nedůvodná a irelevantní. Navrhovatel považuje za sporné, zda je živnostenské oprávnění „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ nezbytné pro realizaci předmětu plnění. Navíc navrhovatel mohl podat nabídku ve sdružení s jiným subjektem, který takovým živnostenským oprávněním disponuje, případně s tímto subjektem jako subdodavatelem, neboť zadavatel neomezil možnost subdodavatelského plnění k této části předmětu veřejné zakázky.
20. Navrhovatel na základě výše uvedeného požaduje, aby Úřad návrhu vyhověl a zadávací řízení zrušil. Součástí návrhu je rovněž návrh na vydání předběžného opatření, kterým Úřad zakáže zadavateli uzavřít smlouvu s vybraným uchazečem.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

21. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 10. 2. 2017 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.
22. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
23. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-05466/2017/542/ODv ze dne 13. 2. 2017, ve kterém mimo jiné uvedl, že v souladu s § 114 odst. 11 zákona mohou účastníci řízení v zákonem stanovené lhůtě navrhnout důkazy, uvádět skutečnosti a činit jiné návrhy.

24. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-05518/2017/542/ODv ze dne 13. 2. 2017 určil zadavateli lhůtu k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.

Vyjádření zadavatele k návrhu

25. Dne 17. 2. 2017 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne, v němž zadavatel na úvod uvedl, že po přezkoumání námitek došel k závěru, že navrhovatel není oprávněnou osobou k podání námitek, neboť v zadávacím řízení nepodal nabídku a ani jinak neprokázal, že je dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání veřejné zakázky. V této souvislosti zadavatel poukázal na skutečnost, že dle zápisu v živnostenském rejstříku navrhovatel nedisponuje živnostenským oprávněním „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“. Zadavatel rovněž konstatoval, že se navrhovatel s tímto nedostatkem žádným způsobem v námitkách nevypořádal. Argument navrhovatele, že absence živnostenského oprávnění je pro posouzení námitek irelevantní, neboť navrhovatel mohl podat nabídku ve sdružení či jako subdodavatel, zadavatel odmítl. Zadavatel má za to, že by námitkám nebylo možné vyhovět i v případě, že by tyto neodmítl. Z námitek totiž nevylývá, že by zadavatel postupoval v rozporu se zákonem.
26. K absenci stavebního povolení v zadávací dokumentaci se zadavatel vyjádřil v tom smyslu, že zákon ani prováděcí předpisy neukládají zadavateli povinnost, aby k zadávací dokumentaci přiložil rovněž stavební povolení. Dle zadavatele byly k zadávací dokumentaci přiloženy všechny dokumenty v souladu s § 44 odst. 3 a 4 zákona a zadávací dokumentace tak byla zpracována „do podrobností, které specifikují předmět veřejné zakázky v rozsahu nezbytném pro zpracování nabídky“.
27. Zadavatel dále nesouhlasil s výkladem navrhovatele, jenž se týkal přílohy č. 6 vyhlášky o dokumentaci staveb. Dle názoru zadavatele je vyhláška o dokumentaci staveb prováděcím právním předpisem k zákonu č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“). Vyhláška o dokumentaci staveb rovněž není zmíněna ani ve vyhlášce o podrobnostech vymezení předmětu veřejné zakázky. Zadavatel dále uvedl, že odkaz na přílohu č. 6 vyhlášky o dokumentaci staveb je uveden v § 134 stavebního zákona, které se věnuje kontrolní prohlídce (společně s § 133 stavebního zákona). Ustanovení přílohy č. 6 vyhlášky o dokumentaci staveb, podle kterého se „Vychází ze schválené projektové dokumentace pro ohlášení stavby nebo pro vydání stavebního povolení,...“ musí být dle zadavatele vykládáno rovněž v souladu s § 133 a násl. stavebního zákona. Zadavatel má za to, že příloha č. 6 vyhlášky o dokumentaci staveb nezakládá zadavatelům povinnost přikládat k zadávací dokumentaci stavební povolení.
28. Co se týče nevymezení práv a povinností stran v rámci záručního servisu, zadavatel uvedl, že bod 13.2 návrhu smlouvy o dílo je součástí článku XIII. „Záruka za jakost“, který obsahuje komplexní úpravu práv a povinností smluvních stran ze „záruky za jakost“. Bod 13.2 návrhu smlouvy o dílo proto dle zadavatele definuje práva a povinnosti budoucích smluvních stran související se zárukou za jakost a nikoliv „průběžným“ servisem díla po jeho zhotovení, jak mylně dovozuje navrhovatel. Dle zadavatele rovněž není třeba, aby byla záruka za jakost vymezena v soupisu prací, neboť její hodnota se zvlášť nevyčísľuje, ale tvoří součást nákladů

na zhotovení díla. Zadavatel nesouhlasí ani s tvrzením navrhovatele, že předmětný bod návrhu smlouvy o dílo umožňuje dvojí výklad.

29. K přenášení odpovědnosti za správnost zadávacích podmínek na uchazeče zadavatel uvedl, že ujednání v návrhu smlouvy o dílo, kdy součástí díla jsou také činnosti, práce a dodávky, o kterých zhotovitel věděl nebo podle svých odborných znalostí vědět měl a/nebo mohl, že jsou potřeba k řádnému a kvalitnímu provedení díla, je obvyklou součástí smluv o dílo, jejichž předmětem jsou stavební práce. Zadavatel má za to, že po něm nelze požadovat, aby dílo předem nadefinoval do všech detailů a rovněž aby taková ujednání v návrhu smlouvy o dílo neuvedl, neboť by se vystavil riziku, že některé práce nebudou provedeny.
30. Zadavatel k otázce vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu konstatoval, že jeho požadavek na vedoucího projektu je oprávněný. Odůvodnil ho tím, že se jedná o rekonstrukci nemocničních prostor při zachování provozu a nedostatečná zkušenost stavbyvedoucího by dle jeho názoru mohla ohrozit chod zdravotnického zařízení a tudíž i život a zdraví pacientů. Zadavatel rovněž uvedl, že zkušenost s výkonem pozice vedoucího projektu požaduje pouze v jednom případě a bez ohledu na to, kdy byla zkušenost získána.
31. Ke smluvním pokutám zadavatel uvedl, že jejich nastavení v návrhu smlouvy o dílo je v souladu s právní úpravou a aktuální rozhodovací praxí. Zadavatel odkázal na rozhodnutí Nejvyššího soudu sp. zn. 33 Cdo 1682/2007 ze dne 25. 11. 2009, které považuje smluvní pokutu do výše 0,5 % denně za přiměřenou. Výši smluvní pokuty je dle uvedeného rozhodnutí nutno v každém jednotlivém případě posuzovat také z pohledu zajištěných povinností. Dle zadavatele smluvní pokuta v případě prodlení s předáním a převzetím díla ve výši 0,2 % denně spolu s jednorázovou pokutou ve výši 1 % upravuje včasné dokončení rekonstrukce zdravotnického zařízení. Preventivní funkce smluvní pokuty je v takovém případě důležitá, neboť zajišťuje včasné ukončení stavebních prací v zařízení, které je určeno k ochraně zdraví a životů lidí. Zadavatel rovněž uvedl, že dle rozhodovací praxe je horní hranice úrokové sazby smluvní pokuty posuzována z dlouhodobého hlediska. Denní sazba činí 0,2 % a jednorázové navýšení o 1 % tak nezakládá dlouhodobé zatížení zhotovitele.
32. Zadavatel tedy závěrem navrhl, aby Úřad řízení dle § 117a zákona zastavil a současně nevyhověl návrhu na vydání předběžného opatření.

Další průběh správního řízení

33. Dne 27. 2. 2017 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-07259/2017/542/PKn, v němž stanovil navrhovateli lhůtu k provedení úkonu, a to předložením listiny, ze které bude zřejmé, že navrhovatel pro realizaci veřejné zakázky disponuje živnostenským oprávněním „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ ve smyslu bodu 6.2.2. části 6.2. „Profesní kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace o předmětné veřejné zakázce dle požadavků zadavatele, a to např. ve formě čestného prohlášení potenciálního subdodavatele či člena sdružení.

Vyjádření navrhovatele ze dne 3. 3. 2017

34. Dne 3. 3. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, ve kterém navrhovatel reagoval na vyjádření zadavatele ze dne 17. 2. 2017 a zároveň na výzvu Úřadu doložil čestné prohlášení potenciálního subdodavatele - společnosti SOFO Group a.s., IČO 27243389, se sídlem Litevská 1174/8, Vršovice, 100 00 Praha 10 (dále jen „SOFO Group a.s.“).

35. Navrhovatel na úvod uvedl, že v plném rozsahu odkazuje na argumentaci uvedenou v námitkách proti zadávacím podmínkám a v samotném návrhu. K absenci stavebního povolení navrhovatel uvedl, že zadavatel rozporuje aplikovatelnost vyhlášky o dokumentaci staveb v návaznosti na vyhlášku o podrobnostech vymezení předmětu veřejné zakázky. Navrhovatel má za to, že pokud vyhláška o podrobnostech vymezení předmětu veřejné zakázky odkazuje na dokumentaci pro provedení stavby a jediným předpisem, který upravuje projektovou dokumentaci pro provedení stavby je vyhláška o dokumentaci staveb, pak dle navrhovatele není možné tento pojem vykládat jinak než v souladu s touto prováděcí vyhláškou ke stavebnímu zákonu, když tato vyhláška stanovuje obsah a rozsah veškerých dokumentací týkající se staveb, se kterými pracuje stavební zákon. Navrhovatel je názoru, že v opačném případě by se stalo ustanovení § 1 odst. 3 vyhlášky o podrobnostech vymezení předmětu veřejné zakázky obsolentní.
36. Navrhovatel dále nesouhlasil s tvrzením zadavatele, že schválenou projektovou dokumentací je dokumentace, která byla schválena v předchozí fázi stavebního řízení a je pouze předmětem kontroly a/nebo změny ve smyslu § 133 a násl. stavebního zákona. Dle navrhovatele § 133 odst. 3 stavebního zákona počítá s tím, že kontrolní prohlídka probíhá na podkladě ověřené projektové dokumentace, případně dokumentace zpracované do úrovně dokumentace pro provedení stavby, přičemž z toho lze dovodit, že stavební zákon počítá s existencí dokumentace pro provádění stavby bez ohledu na to, zda jde pouze o kontrolu nebo změnu. Dle navrhovatele pak musí platit, že *„dokumentace o provádění stavby je tím dokumentem, který definuje předmět veřejné zakázky v okamžiku, kdy již bylo vydáno stavební povolení, jelikož předchozí stupeň projektové dokumentace v daném případě tvoří dokumentace pro vydání stavebního povolení. Pokud by stačila pouze tato dokumentace či některá z předchozích stupňů dokumentace, byl by odkaz na dokumentaci pro provádění stavby zcela nadbytečný.“*
37. Co se týče bezplatného záručního servisu, navrhovatel zopakoval, že zadavatel v zadávací dokumentaci vůbec nevymezil práva a povinnosti stran v rámci jeho poskytování, na základě čehož jsou zadávací podmínky v rozporu s § 44 odst. 1 zákona. Navrhovatel konstatoval, že pokud nejsou zadávací podmínky stanoveny jasně (jako v daném případě), nelze tuto skutečnost dávat k tíži dodavatelům, neboť za jasnost a srozumitelnost zadávacích podmínek je zodpovědný výhradně zadavatel.
38. K argumentu zadavatele, že po něm nelze požadovat, aby v návrhu smlouvy o dílo neuvedl ujednání, podle kterého jsou součástí díla také činnosti, práce a dodávky, o kterých zhotovitel věděl nebo podle svých odborných znalostí vědět měl a/nebo mohl, že jsou potřeba k řádnému a kvalitnímu provedení díla, neboť by se vystavil riziku, že některé práce nebudou provedeny (i když není pochyb, že tvoří nedílnou součást prací, které byly výslovně zmíněny v projektové dokumentaci), uvedl navrhovatel následující. Dle navrhovatele je otázkou, proč práce, u kterých nelze mít pochyb, že tvoří nedílnou součást prací uvedených v projektové dokumentaci, neuvedl v projektové dokumentaci už samotný zadavatel, když je jasné, že takové práce musí být provedeny z povahy věci. Navrhovatel má za to, že tímto tvrzením zadavatel prohlubuje pochybnosti o tom, že zadávací podmínky byly stanoveny v souladu s § 44 odst. 1 a 4 zákona.
39. K otázce vymezení minimální úrovně technického kvalifikačního předpokladu navrhovatel opětovně konstatoval, že je takový požadavek zadavatele nepřiměřený a tudíž v rozporu

s § 56 odst. 3 písm. b) zákona. Navrhovatel rovněž znovu odmítl argument zadavatele, že delší praxe odůvodňuje charakter rekonstrukce probíhající za plného provozu a navíc nemocnice. Dle navrhovatele totiž délka praxe nemusí zaručit, že má stavbyvedoucí zkušenost zrovna s takovým způsobem organizace prací. Tu zaručuje požadavek na zkušenost s řízením obdobně organizované rekonstrukce nemocnice. Navrhovatel konstatoval, že zadavatel nevyvrátil názor navrhovatele ohledně nepřiměřenosti technického kvalifikačního předpokladu.

40. Navrhovatel se k nastavení smluvních pokut vyjádřil v tom smyslu, že smluvní pokutu ve výši 0,2 % denně nepovažuje za nepřiměřenou, nicméně kombinace s jednorázovou pokutou ve výši 1 % z ceny za provedení díla v případě prodloužení už způsobuje, že takový požadavek je hrubě excesivní a nezákonný. Navrhovatel rovněž upozornil na neurčitost ustanovení o smluvní pokutě.
41. K aktivní legitimaci navrhovatele pro podání námitek a následně návrhu, kterou zadavatel ve svém vyjádření zpochybňoval, se navrhovatel vyjádřil tak, že pochybnost zadavatele je dle jeho názoru nedůvodná a irelevantní. Navrhovatel konstatoval, že v samotných námitkách výslovně uvedl, v čem spatřuje újmu na svých právech (stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem). V případě, kdy se navrhovatel neúčastnil zadávacího řízení, je podmínka domnělého porušení zákona ze strany zadavatele, v jehož důsledku hrozí nebo vznikla dodavateli újma na jeho právech splněna tehdy, pokud tento podal námitky proti postupu zadavatele. Dle navrhovatele k otázce naplnění předpokladu hrozící nebo vzniklé újmy postačí, aby byla prokázána aspoň ve smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. To se dle navrhovatele v tomto případě stalo. Navrhovatel dále uvedl, že zájem na získání určité veřejné zakázky záleží na subjektivní úvaze dodavatele. Zákon nepožaduje, aby dodavatel svůj zájem prokázal tím, že v zadávacím řízení podá nabídku nebo žádost o dodatečné informace. Navrhovatel rovněž konstatoval, že ustanovení § 110 odst. 1 zákona váže možnost podat námitky i na osoby, které mají zájem na získání veřejné zakázky bez ohledu na to, zda takový zájem mají samy nebo společně s jinými osobami (např. ve formě podání společné nabídky či subdodavately). Navrhovatel uvedl, že před koncem lhůty pro podání nabídek měl k dispozici subjekt, který je držitelem zadavatelem požadovaného živnostenského oprávnění „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“. Jako důkaz na podporu svých tvrzení zadavatel přiložil čestné prohlášení SOFO Group a.s. a výpis z obchodního a živnostenského rejstříku ze dne 1. 3. 2017.
42. Navrhovatel se závěrem vyjádřil k platnosti rozhodnutí o námitkách. Dle názoru navrhovatele toto rozhodnutí trpí zásadní procesní chybou, neboť nebylo podepsáno zadavatelem, ale osobou odlišnou od zadavatele (§ 151 odst. 1 zákona). Navrhovatel konstatoval, že samotné rozhodnutí o námitkách podepsal Mgr. David Fechtner, na základě substituční plné moci udělené zadavatelem Mgr. Pavlu Pravdovi. Pokud rozhodnutí o nevyhovění námitkám podepsala neoprávněná osoba ve smyslu § 151 odst. 2 zákona, je takové rozhodnutí neplatné ze zákona. Dle navrhovatele se tak zadavatel dopustil i správního deliktu dle § 120 odst. 1 písm. g) zákona.
43. Na základě výše uvedeného navrhovatel nadále požaduje, aby Úřad návrhu vyhověl a zrušil zadávací řízení.

Další průběh správního řízení

44. Dne 7. 3. 2017 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-08220/2017/542/PKn, kterým nařídil na návrh navrhovatele ze dne 8. 2. 2017 předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, neboť po předběžném posouzení předložené dokumentace o veřejné zakázce získal pochybnosti o souladu úkonů učiněných zadavatelem v zadávacím řízení se zákonem.
45. Úřad dne 13. 3. 2017 vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-08859/2017/542/PKn, v němž stanovil účastníkům řízení lhůtu, v níž byli oprávněni vyjádřit se k podkladům rozhodnutí. Zadavatel ani navrhovatel se ve stanovené lhůtě k podkladům pro vydání rozhodnutí nevyjádřili.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

46. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech. Po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření předložených účastníky řízení a na základě vlastního zjištění konstatuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace, stanovil zadávací podmínku: *„Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne“*, přičemž stavební povolení, které dle bodu 3.1 návrhu smlouvy o dílo mělo být v kopii přílohou č. 1 návrhu smlouvy o dílo, zadavatel uchazečům o veřejnou zakázku neposkytl a skutečnosti vyplývající ze stavebního povolení tak uchazeči nemohli v jejich nabídkách zohlednit, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

K právnímu postavení zadavatele

47. S ohledem na povahu zadavatele – sdružení společnosti Fresenius Medical Care - DS, s.r.o., IČO 45790949, se sídlem Evropská 423/178, 160 00 Praha 6 (dále jen „Fresenius Medical Care - DS, s.r.o.“) a města Vysoké Mýto, IČO 00279773, se sídlem B. Smetany 92, 566 01 Vysoké Mýto (dále jen „město Vysoké Mýto“) – se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda zadavatel naplňuje definici zadavatele podle zákona, přičemž k zodpovězení této otázky je nutno vycházet z ustanovení § 2 zákona.
48. Podle § 2 odst. 1 zákona se za zadavatele veřejné zakázky pro účely tohoto zákona považuje veřejný, dotovaný a sektorový zadavatel.
49. Podle § 2 odst. 2 zákona veřejným zadavatelem je
- a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,
 - d) jiná právnická osoba, pokud

1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a

2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

50. Podle čl. 99 ústavního zákona č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky, ve znění pozdějších ústavních zákonů (dále jen „Ústava“), se Česká republika člení na obce, které jsou základními územními samosprávnými celky a kraje, které jsou vyššími územními samosprávnými celky. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel, tj. město Vysoké Mýto, je v postavení obce, jedná se o územní samosprávný celek ve smyslu čl. 99 Ústavy. Úřad uzavírá, že město Vysoké Mýto je veřejným zadavatelem ve smyslu § 2 odst. 2 písm. c) zákona.
51. Podle § 2 odst. 10 zákona se za zadavatele považuje rovněž jakékoliv sdružení nebo jiné spojení zadavatele podle odstavce 2, 3 nebo 6 s fyzickou nebo právnickou osobou, která není zadavatelem za účelem zadání veřejné zakázky. Ustanovení § 2 odst. 9 věty třetí zákona se použije obdobně.
52. Z čl. 1. „Úvodní ustanovení a účel Smlouvy“ bodu 1.5. Smlouvy o spolupráci ze dne 11. 5. 2016 uzavřené mezi Fresenius Medical Care - DS, s.r.o. a městem Vysoké Mýto (dále jen „Smlouva o spolupráci“) vyplývá, že tato Smlouva o spolupráci byla uzavřena za účelem stanovení podmínek spolupráce při výběru nejvhodnějšího dodavatele veřejné zakázky, a to spojením smluvních stran v souladu s § 2 odst. 10 zákona ve spojení s § 2 odst. 9 zákona.
53. V čl. 3 „Společná a závěrečná ustanovení“ bodu 3.3. Smlouvy o spolupráci je uvedeno: *„Tato smlouva je uzavírána podle ust. § 2 odst. 10 ve spojení s ust. § 2 odst. 9 ZVZ, vztahy Smlouvou neupravené se řídí zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „OZ“) v souladu s ust. § 1746 odst. 2 občanského zákoníku. Úprava ust. § 2716 a násl. OZ (smlouva o společnosti) se na Smlouvu neuplatní a Smluvní strany je výslovně vylučují.“*
54. Vzhledem k tomu, že je v šetřeném případě město Vysoké Mýto veřejným zadavatelem dle § 2 odst. 2 písm. c) zákona (viz bod 51. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž uzavřelo se společností Fresenius Medical Care - DS, s.r.o. Smlouvu o spolupráci dle § 2 odst. 10 zákona, použije se na sdružení zadavatelů ustanovení § 2 odst. 9 věty třetí zákona obdobně. To stanoví, že pokud je účastníkem sdružení zadavatelů veřejný či dotovaný zadavatel, vztahují se na sdružení zadavatelů ustanovení tohoto zákona platná pro veřejného zadavatele; tím není dotčeno ustanovení § 2 odst. 7 zákona.
55. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad uzavírá, že zadavatel, tj. Fresenius Medical Care - DS, s.r.o. a město Vysoké Mýto je sdružením zadavatelů v smyslu § 2 odst. 10 zákona, na které se dle § 2 odst. 9 věty třetí zákona vztahují ustanovení zákona platná pro veřejného zadavatele.

Relevantní ustanovení zákona

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

57. Podle § 17 písm. l) zákona se pro účely zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré požadavky zadavatele uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
58. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
59. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

K aktivní legitimaci navrhovatele pro podání návrhu

60. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 17. 2. 2017 zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele pro podání námitek a následně návrhu, neboť navrhovatel dle zadavatele nedisponuje všemi zadavatelem požadovanými živnostenskými oprávněními, konkrétně živnostenským oprávněním „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a zároveň nepodal v zadávacím řízení nabídku. Dle zadavatele tak navrhovatel neprokázal, že je „oprávněným dodavatelem“ ve smyslu § 110 odst. 1 zákona. Ve vztahu k aktivní legitimaci navrhovatele Úřad uvádí následující.
61. Podle § 110 odst. 1 zákona může při zadávání nadlimitních a podlimitních veřejných zakázek či v soutěži o návrh kterýkoliv dodavatel, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech (dále jen „stěžovatel“), zadavateli podat zdůvodněné námítky.
62. Podle § 110 odst. 7 věty šesté zákona je podání námitek řádně a včas podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele ve stejné věci.
63. Podle § 113 zákona se řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
64. Podle § 114 odst. 1 písm. a) zákona lze podat návrh proti všem úkonům zadavatele, které vylučují nebo by mohly vyloučit zásady stanovené v § 6 zákona a v jejichž důsledku hrozí nebo vznikla újma na právech navrhovatele, a to zejména proti zadávacím podmínkám.
65. S ohledem na uvedená ustanovení zákona lze navrhovatele (tj. osobu, které svědčí aktivní legitimace k podání návrhu) definovat jako dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Toto vymezení navrhovatele je v zákoně jediné a dopadá tak jak na návrhy podávané proti jednotlivým úkonům zadavatele v průběhu zadávacího řízení (§ 114 odst. 1 zákona), tak na návrhy podávané po uzavření smlouvy a směřující k uložení zákazu plnění smlouvy (§ 114 odst. 2 zákona).
66. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání návrhu je tedy dána za kumulativního splnění následujících předpokladů:
 - a. jedná se o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a

- b. kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
67. Pro úplnost považuje Úřad za nutné dodat, že tyto požadavky vyplývají též z relevantních ustanovení právních předpisů Evropské unie. Zejména se jedná o čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665/EHS, o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce (ve znění směrnice 2007/66/ES ze dne 11. prosince 2007, kterou se mění směrnice Rady 89/665/EHS a 92/13/EHS, pokud jde o zvýšení účinnosti přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek), který stanoví, že členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné podle prováděcích pravidel, která mohou stanovit členské státy, každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí škoda hrozí.
68. Uvedené ustanovení komunitární směrnice bylo rovněž předmětem výkladu Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“). Z rozsudku SDEU C-410/01 ze dne 19. 6. 2003 ve věci Fritsch, Chiari & Partner, Ziviltechniker GmbH a další proti Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag) vyplývá, že jednotlivé členské státy sice mají možnost stanovit konkrétní pravidla pro řízení, v nichž je přezkoumáván postup zadavatele, vždy se však musí pohybovat v rámci směrnice 89/665/EHS. SDEU konstatoval, že pojem zájem na získání veřejné zakázky nesmí být vykládán způsobem, který by omezil účinnost dané směrnice. V rozsudku SDEU ze dne 24. 6. 2004, Komise v. Rakousko, C-212/02, Recueil, s. I-0000, bod 24 bylo konstatováno: *„Co se týče osob, kterým je přezkumné řízení dostupné, stačí konstatovat, že podle čl. 1 odst. 3 směrnice 89/665 členské státy zajistí, aby přezkumné řízení bylo dostupné alespoň každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky a které v důsledku domnělého protiprávního jednání vznikla škoda nebo jí hrozí újma.“*
69. Z uvedeného je zřejmé, že závěr o tom, že navrhovatel byl dodavatelem, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky a kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech, je - jak uvedeno výše - předpokladem aktivní věcné legitimace navrhovatele k podání návrhu, přičemž podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele dle § 114 odst. 1 zákona, konkrétně proti postupu zadavatele při stanovení zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky, je rovněž ve stejné věci podání námitek řádně a včas.
70. Důkazní břemeno, pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky nebo vzniku újmy na svých právech, nese navrhovatel. Toto důkazní břemeno ohledně aktivní věcné legitimace navrhovatele vychází z tzv. břemena tvrzení, jehož rozsah je určen § 114 odst. 1 zákona, tj. okruhem skutečností, které v konkrétním případě musí být tvrzeny. Důkazním břemenem se rozumí procesní odpovědnost účastníka řízení (rozuměno procesní odpovědnost navrhovatele) za to, zda v řízení byla či nebyla prokázána jeho tvrzení a že z tohoto důvodu muselo být v posuzovaném případě rozhodnuto o jeho účastenství v řízení v jeho prospěch či neprospěch. Navrhovatel tedy má povinnost tvrdit, z jakých zákonem relevantních důvodů je na něj nutné nahlížet jako na účastníka řízení (břemeno tvrzení), ale též povinnost toto své tvrzení doložit, tj. břemeno důkazní. Je to totiž právě navrhovatel, kdo má osvědčit skutečnosti uvedené v citovaném ustanovení, a to nejen prostřednictvím tvrzení určitých skutečností, nýbrž i prokázáním správnosti těchto svých tvrzení.

71. Prvou podmínkou účastenství navrhovatele v řízení je skutečnost, že jde o dodavatele, který má nebo měl zájem na získání určité veřejné zakázky. Tato podmínka plyne z ustanovení § 110 odst. 1 zákona. Na tomto místě je vhodné zdůraznit, že např. v rozsudku SDEU ve věci C-570/08, Symvoulio Apochetefseon Lefkosias v. Anatheoritiki Archi Prosforon, žádost o rozhodnutí o předběžné otázce podaná Anotato Dikastirio tis Kypriakis Dimokratias (Kypr) bylo zdůrazněno, že článek 1 odst. 3 směrnice 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů formulací, podle níž přezkumné řízení musí být dostupné „[přínejmenším] každé osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky“, definuje okruh osob, které musí mít na základě této směrnice právo podat návrh na přezkum.
72. Z výše uvedeného i přes absenci konkrétní legislativní definice pojmu „zájem na získání určité veřejné zakázky“ lze dovodit, že tento zájem má ten, kdo v daném zadávacím řízení podal nabídku. Ovšem za situace, kdy k porušení zákona ze strany zadavatele mělo dojít již při vymezení zadávacích podmínek, bude zkoumaný zájem zpravidla svědčit i tomu subjektu, jenž do zadávacího řízení nabídku nepodal, a to právě s odvoláním, že nezákonné zadávací podmínky podle jeho názoru vylučují možnost, že by mu mohla být veřejná zakázka zadána, ačkoliv by ji byl jinak schopen v praxi reálně plnit, a přitom tvrdil a argumentoval, v čem tuto újmu spatřuje.
73. V souladu se závěry odborné literatury (Raus, D. Nad možnostmi obrany proti postupu zadavatele při zadávání veřejných zakázek. Právní fórum 2008, č. 5) Úřad uvádí, že podmínka zájmu na získání určité veřejné zakázky ve smyslu § 110 odst. 1 zákona bude splněna tam, kde dodavatel alespoň potenciálně mohl příslušné plnění ve prospěch zadavatele objektivně realizovat.
74. Z výše uvedeného Úřad dovozuje, že zájem o získání určité veřejné zakázky nemá - obecně řečeno - takový dodavatel, který vůbec nebyl (není) takovou konkrétní veřejnou zakázku oprávněn z formálních důvodů plnit, tzn. například nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním povolením k plnění veřejné zakázky. Úřad má za to, že neexistuje-li nějaká formální podmínka veřejnoprávního charakteru objektivně znemožňující plnění veřejné zakázky, je pro posouzení naplnění podmínky zájmu o získání určité zakázky nezbytné ve všech ostatních případech dále zkoumat a posuzovat individuální situaci a podmínky, které jsou u navrhovatele, a to vše s ohledem na povahu plnění veřejné zakázky.
75. V šetřeném případě navrhovatel sice v rámci námitek a návrhu napadal stanovení zadávacích podmínek, avšak zadavatelem stanovený profesní kvalifikační předpoklad, a to živnostenské oprávnění „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ navrhovatel v rámci námitek žádným způsobem nerozporoval. Z toho je zřejmé, že pro realizaci veřejné zakázky musel být srozuměn s jeho prokázáním. Pouze v rámci návrhu nad rámec skutečností uvedených v námitkách navrhovatel konstatoval, že dle jeho názoru není živnostenské oprávnění „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ nezbytné k realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Rovněž uvedl, že absence předmětného živnostenského oprávnění je irelevantní, neboť navrhovatel mohl podat svou nabídku ve sdružení s jiným subjektem disponujícím tímto oprávněním, případně s takovým subjektem jako subdodavatelem.

76. Úřad na tomto místě konstatuje, že se pro účely posouzení aktivní věcné legitimace navrhovatele nelze spokojit pouze s obecným tvrzením navrhovatele, že by mohl podat nabídku v rámci sdružení s libovolným nespécifikovaným subjektem či by mohl uzavřít s libovolným subjektem disponujícím potřebným živnostenským oprávněním subdodavatelskou smlouvu. K takovému jednostrannému vyjádření Úřad s ohledem na znění § 110 odst. 1 zákona nemůže bez dalšího přihlídnout. Jak již bylo uvedeno v bodu 71. odůvodnění tohoto rozhodnutí, důkazní břemeno, pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky nebo vzniku újmy na svých právech, nese navrhovatel. Ten má povinnost rozhodné skutečnosti nejen tvrdit, ale také prokázat. V případě, že by stačilo pouhé jednostranné prohlášení navrhovatele, pozbylo by ustanovení § 110 odst. 1 zákona v případě podání námitek proti zadávacím podmínkám jakéhokoli významu. Nelze samozřejmě vyloučit, aby újma byla způsobena subjektu, který skutečně měl zájem realizovat veřejnou zakázku prostřednictvím subdodavatele, avšak v takovém případě je nezbytné, aby rozhodná skutečnost měla reálný základ a byla prokázána.
77. Šetřením Úřad zjistil, že z výpisu z obchodního rejstříku navrhovatele nevyplývá, že by navrhovatel disponoval živnostenským oprávněním „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ zadavatelem požadovaným pro realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Úřad proto dne 27. 2. 2017 vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-07259/2017/542/PKn, kterým navrhovateli určil, aby předložil listinu, ze které bude zřejmé, že navrhovatel pro realizaci veřejné zakázky disponuje živnostenským oprávněním „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ ve smyslu bodu 6.2.2. části 6.2. „Profesní kvalifikační předpoklady“ zadávací dokumentace o veřejné zakázce dle požadavků zadavatele, a to např. ve formě čestného prohlášení potenciálního subdodavatele či člena sdružení.
78. Dne 3. 3. 2017 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele z téhož dne, ke kterému navrhovatel přiložil listinu – čestné prohlášení SOFO Group a.s. ze dne 1. 3. 2017. V čestném prohlášení SOFO Group a.s. uvedla, že byla oslovena navrhovatelem ohledně možné spolupráce na veřejné zakázce v té části předmětu plnění, která vyžaduje živnostenské oprávnění „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a za tímto účelem byla připravena s navrhovatelem uzavřít subdodavatelskou smlouvu. Navrhovatel rovněž zaslal Úřadu výpisy z obchodního a živnostenského rejstříku ze dne 1. 3. 2017, ze kterých je zřejmé, že společnost SOFO Group a.s. je držitelem živnostenského oprávnění „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“. Na základě výše uvedeného lze uzavřít, že navrhovatel je subjektem, který měl, resp. má zájem na získání veřejné zakázky.
79. Další stěžejní podmínkou, která musí být při zkoumání aktivní věcné legitimace navrhovatele splněna kumulativně s předchozí, shora popsanou podmínkou, je, aby šlo o takového dodavatele, kterému v důsledku domnělého porušení zákona úkonem zadavatele hrozí nebo vznikla újma na jeho právech.
80. Předně Úřad konstatuje, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou v okamžiku podání návrhu není možné přesně

stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele. Povinnosti prokázat vznik újmy se obšírně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, v němž bylo uzavřeno, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“.

81. Navrhovatel již v námitkách a stejně tak v návrhu uvedl, že mu bylo podání nabídky v zadávacím řízení znemožněno, neboť v zadávacích podmínkách identifikoval podstatné rozpory s ustanoveními zákona, v důsledku čehož navrhovateli vznikla újma spočívající ve zmaření možnosti ucházet se o veřejnou zakázku a po jejím případném získání generovat zisk. Předpokladem oprávněného podání námitek proti postupu zadavatele je domnělé porušení zákona ze strany zadavatele, v jehož důsledku hrozí nebo již vznikla příslušnému dodavateli újma na jeho právech. V případě, kdy se obecně navrhovatel neúčastnil zadávacího řízení, je tato újma dána typicky tehdy, pokud navrhovatel podává námítky proti postupu, v jehož důsledku se nemohl zadávacího řízení účastnit. Tak se tomu stalo v šetřeném případě, kdy námítky směřovaly proti zadávacím podmínkám. Nelze tedy než uzavřít, že rovněž podmínka „existence možné újmy navrhovatele“ byla v daném případě splněna.
82. Z výše uvedených důvodů dospěl Úřad k závěru, že navrhovateli v šetřeném případě svědčí aktivní legitimize pro podání návrhu.

K výroku I. rozhodnutí

83. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Odpovědnost za její zpracování leží plně na zadavateli. Tento soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek společně tvoří nejvýznamnější dokument, na jehož základě uchazeči zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracován dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky. Zvláštní důraz je kladen právě na specifikaci předmětu veřejné zakázky, který v podaných nabídkách ovlivní také další aspekty, zejména výši nabídkové ceny. V tomto smyslu se vyjádřil rovněž Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010, když uvedl, že „*zadávací dokumentace je nejvýznamnějším dokumentem v rámci zadávacího řízení. Za jeho zpracování je plně odpovědný zadavatel a je povinen ho zpracovat dostatečně kvalitně a s patřičnou odborností tak, aby na jeho základě bylo možno podat odpovídající a především vzájemně porovnatelné nabídky.*“.
84. Význam kvality zpracování zadávací dokumentace lze z pohledu zadavatele spatřovat v tom, že dodavatelé na jejím základě podají vzájemně porovnatelné nabídky, které umožní zadavateli jejich hodnocení dle stanovených hodnotících kritérií. V této souvislosti Úřad pro úplnost odkazuje např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 33/2007 ze dne 20. 3. 2008, v němž uvedený soud judikoval, že „*Zadávací dokumentací se tedy rozumí souhrn všech konkrétních požadavků zadavatele na zpracování nabídky. Z těchto požadavků pak následně, nad rámec kritérií obsažených v oznámení zadávacího řízení, vyplynou i podrobná pravidla pro určení, která nabídka je pro zadavatele nejvýhodnější a která se tak stane nabídkou vítěznou. Základem zadávací dokumentace je tedy co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky, provedené natolik podrobným způsobem, který umožní samotné*

sestavení nabídky, její následné transparentní hodnocení zadavatelem a poté i následné objektivní přezkoumání toho, zda zadavatel hodnotil nabídky takovým způsobem, jakým měl.“

85. Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne rovněž z obecné zásady transparentnosti uvedené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona. Zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je totiž vedle zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace jednou ze základních zásad, která musí být zadavatelem bezvýhradně dodržována v celém průběhu zadávacího řízení. Otázkou zásady transparentnosti se již opakovaně zabývaly soudy i Úřad. Např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012 bylo konstatováno, že *„Úkolem 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 nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení.“*
86. Obdobný názor je patrný i z rozhodovací praxe Úřadu, kdy je kladen důraz na to, aby požadavky zadavatele byly v zadávací dokumentaci vymezeny především objektivně, tj. takovým způsobem, který bude vnímán a chápán všemi dotčenými subjekty, jak zadavatelem, tak dodavateli, stejným způsobem. Požadavky zadavatele musí být rovněž stanoveny jednoznačně, tj. nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Je tedy na místě konstatovat, že nepřesnosti v zadávací dokumentaci nemohou jít k tíži uchazeče, neboť stanovit zadávací podmínky a požadavky přesně a jednoznačně, je povinností zadavatele.
87. Úřad konstatuje, že zadavatel je povinen vymezit předmět veřejné zakázky prostřednictvím zadávacích podmínek, kterými se v souladu s ustanovením § 17 písm. l) zákona rozumí veškeré požadavky uvedené v oznámení či výzvě o zahájení zadávacího řízení, zadávací dokumentaci či jiných dokumentech obsahujících vymezení předmětu veřejné zakázky.
88. Vzhledem ke skutečnosti, že zadávací podmínky jsou klíčovým dokumentem, na základě něhož se dodavatelé účastní zadávacího řízení, je nezbytné, aby zadavatel věnoval jejich kvalitnímu zpracování náležitou pozornost. Zadávací podmínky (ve svém souhrnu) by tak měly obsahovat vymezení veškerých skutečností, které jsou pro dodavatele nezbytné k tomu, aby se mohl kvalifikovaně rozhodnout pro účast a následně se i účastnit zadávacího řízení.
89. Zadavatel má tedy povinnost nastavit takové zadávací podmínky, aby všichni potenciální dodavatelé měli jasnou představu o tom, jak připravit své nabídky a jak bude předmětné zadávací řízení probíhat. S výše uvedeným souvisí i skutečnost, že zadávací podmínky musí být určité a jednoznačné. Zadavatel by při jejich přípravě neměl připustit, aby si tyto podmínky mohli různí dodavatelé vykládat různě, případně aby vznikaly pochybnosti o výkladu určitého požadavku zadavatele.
90. Úřad uvádí, že zadavatel v bodu 3.1 návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace, stanovil: *„Předmětem díla je provedení díla dle této smlouvy, a to provedení*

stavby označené jako „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“, která je řešena projektovou dokumentací „Rekonstrukce dialyzačního střediska Vysoké Mýto“, zakázkové číslo: DPS-03-2016, zpracovanou společností MEDICOPROJEKT, s.r.o., se sídlem Brno, Kroftova 45, PSČ 61600, IČO: 60703016, v červenci 2016. Stavební povolení k předmětné stavbě č.j.: ze dne vydané stavebním úřadem ve Vysokém Mýtě v kopii je přílohou č. 1 této smlouvy.“.

91. Dále v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo zadavatel uvedl: „Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne“.
92. Úřad podotýká, že výše uvedené požadavky zadavatele jsou zadávacími podmínkami ve smyslu ustanovení § 17 písm. l) zákona, neboť se jedná o požadavky stanovené v příloze č. 1 zadávací dokumentace o veřejné zakázce, konkrétně tedy v návrhu smlouvy o dílo.
93. Úřad dále uvádí, že zadavatel k návrhu smlouvy o dílo nepřiložil v kopii stavební povolení, které mělo být dle bodu 3.1 návrhu smlouvy o dílo jeho přílohou č. 1., přičemž v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo zadavatel zároveň stanovil podmínku, aby dílo bylo provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené právě tímto stavebním povolením. Absence stavebního povolení, jakožto dokumentu obsahujícího charakteristiku plnění veřejné zakázky, je patrna rovněž z bodu 5.1. zadávací dokumentace, ve kterém je uvedeno, že „Stavební povolení není v době zahájení této veřejné zakázky k dispozici, zadavatel však vychází z předpokladu, že při podpisu smlouvy o dílo již příslušné stavební povolení k dispozici bude.“. Dále zadavatel v téže bodu zadávací dokumentace stanovil, že „Při realizaci předmětu plnění této veřejné zakázky budou respektovány podmínky dané příslušným stavebním povolením.“. V kontextu takto nastavených zadávacích podmínek obsah stavebního povolení bezesporu stanoví podstatné informace ve vztahu k samotnému předmětu plnění veřejné zakázky. Jeho absence tak implikuje nedostatek informací pro uchazeče, kteří pak stěží mohli zpracovat a podat konkrétní nabídku, jež má odpovídat skutečnému předmětu plnění, neboť uchazeči neměli k dispozici dokument, na základě něhož zadavatel provedení díla požadoval.
94. Úřad konstatuje, že bez znalosti obsahu stavebního povolení, které zadavatel uchazečům o veřejnou zakázku neposkytl, přestože výslovně stanovil podmínku, aby bylo dílo provedeno v rozsahu, způsobem a jakosti stanovené stavebním povolením, mohli uchazeči připravit své nabídky pouze v rozsahu informací, které měli k dispozici ve lhůtě pro podání nabídek, tzn. že si ve svém důsledku nemohli být jisti skutečností, zda takto definovaný předmět plnění veřejné zakázky, ke kterému v rámci své nabídky provedli cenovou kalkulaci, je ve své skutečnosti finální či zda v návaznosti na závazek řídit se při realizaci předmětu plnění veřejné zakázky podmínkami stanovenými příslušným stavebním povolením dojde k modifikaci předmětu plnění veřejné zakázky vymezeným zadavatelem ve lhůtě pro podání nabídek. Z výše uvedeného tedy vyplývá, že zadavatel budoucí podobu předmětu plnění veřejné zakázky závazně definoval jednak v rámci poskytnuté dokumentace, ale také prostřednictvím dokumentu (stavební povolení), jehož obsah nebyl uchazečům ve lhůtě pro podání nabídek k dispozici, přičemž tito si nemohli být jisti, jaké změny si neznámý dokument v rámci provedení díla případně vyžádá.

95. V návaznosti na výše uvedené nemůže ve vztahu k absenci stavebního povolení obstát argument zadavatele, že zadávací dokumentace k veřejné zakázce obsahuje dokumenty, údaje, požadavky a technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, tj. že obsahuje veškeré podklady, které zákon a příslušné prováděcí předpisy v případě veřejných zakázek na stavební práce označují jako nedílnou součást zadávací dokumentace, jelikož v daném případě není najisto postavena skutečnost, zda se jedná o finální podobu předmětu plnění veřejné zakázky. V dané situaci tak nebylo možné ze strany uchazečů predikovat, zda ve lhůtě pro podání nabídek na veřejnou zakázku bude rozsah, způsob a jakost provedení díla identický s předmětem plnění veřejné zakázky v době podpisu smlouvy o dílo, kdy již zadavatel předpokládá dispozici s dokumentem, na základě něhož požaduje provedení tohoto díla. Závazná podmínka zadavatele, aby bylo dílo provedeno v rozsahu, způsobem a jakosti stanovené stavebním povolením, tak umožňuje situaci, kdy si stavební povolení může vyžádat změny v předmětu plnění takového charakteru, které by mohly ovlivnit výslednou cenovou nabídku.
96. V návaznosti na výše uvedené Úřad konstatuje, že v šetřeném případě předmět veřejné zakázky tudíž nebyl vymezen dostatečně určitě ve všech podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, jak požaduje zákon, když zadavatel v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo stanovil podmínku, že *„Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne“*, přičemž provedení předmětu plnění vymezil mimo jiné právě odkazem na stavební povolení, které však v rozporu s bodem 3.1 návrhu smlouvy o dílo nebylo její přílohou a obsah tohoto dokumentu tak nebyl uchazečům o veřejnou zakázku znám. Jelikož zadavatel tuto podmínku výslovně v návrhu smlouvy o dílo stanovil, nicméně stavební povolení neposkytl, uchazeči o veřejnou zakázku tak neměli možnost posoudit obsah tohoto dokumentu, zvážit povinnosti, jež z něj vyplývají a jsou na ně kladeny a tomu následně přizpůsobit zpracování jejich nabídek. Dle názoru Úřadu uchazeči nemohli vycházet ze skutečného stavu, nýbrž nutně museli počítat s určitou mírou rizika a povinnosti pro ně plynoucí ze stavebního povolení mohli jen odhadovat, neboť zadavatel neposkytl uchazečům o veřejnou zakázku kompletní informace vymezující rozsah a způsob jejího plnění.
97. Úřad k šetřenému případu dodává, že zásada transparentnosti zadávání veřejných zakázek je jednou ze základních zásad, jež musí být zadavatelem dodržena v průběhu celého zadávacího řízení (viz bod 85. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad dále doplňuje, že velmi rozsáhle se zásadou transparentnosti zabýval Nejvyšší správní soud ve svém rozsudku ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010-159, který potvrzuje interpretaci Krajského soudu v rozsudku č. j. 62 Ca 31/2008-114 ze dne 19. 1. 2010 na požadavek transparentnosti tak, že tento není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Navíc je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem této zásady ze strany Soudního dvora Evropské unie, např. stanovisko generální advokátky Christine Stix-Hackl ze dne 12. 4. 2005 ve věci C-231/03 Coname, které shrnovalo tehdejší judikaturu Soudního dvora, kdy k problému uvádí, že *„transparentnost podle směrnice obsahuje více než pouhé aspekty spojené s publicitou konkrétních zadávacích řízení“*. Kromě toho princip transparentnosti představuje naopak vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení. K tomu patří rovněž například

přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení.

98. Úřad dále konstatuje, že skutečnost, že zadavatel nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, mohla mít podstatný vliv na výběr nejvhodnější nabídky, neboť pokud by uchazeči o veřejnou zakázku měli k dispozici stavební povolení, mohly se údaje v podaných nabídkách lišit. Současně také nelze vyloučit, že pokud by zadavatel v souladu se zásadou transparentnosti poskytl kompletní zadávací podmínky, mohl obdržet více nabídek na veřejnou zakázku, neboť neznalost obsahu stavebního povolení, na základě kterého mělo být dílo provedeno, mohla některé potenciální uchazeče od podání nabídky odradit.
99. Úřad na závěr shrnuje, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když v bodu 3.2 písm. c) návrhu smlouvy o dílo, který tvoří přílohu č. 1 zadávací dokumentace, stanovil zadávací podmínku: *„Dílo bude provedeno v rozsahu, způsobem a v jakosti stanovené: c) stavebním povolením vydaným Stavebním úřadem města Vysoké Mýto č.j.: ze dne“*, přičemž stavební povolení, které dle bodu 3.1 návrhu smlouvy o dílo mělo být v kopii přílohou č. 1 návrhu smlouvy o dílo, zadavatel uchazečům o veřejnou zakázku neposkytl a skutečnosti vyplývající ze stavebního povolení tak uchazeči nemohli v jejich nabídkách zohlednit, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, a proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.
100. Na tomto místě Úřad doplňuje, že jelikož bylo prokázáno, že zadavatel porušil postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona, tedy postup týkající se samotného vymezení rozsahu plnění, jež je předmětem veřejné zakázky, jeví se již jako bezpředmětné zkoumání dalších námitek uvedených v návrhu, a proto se jimi Úřad dále nezabýval. Jejich přezkoumání by totiž nemohlo mít vliv na výsledek správního řízení a rozhodnutí Úřadu v této věci. Uvedený závěr vyplývá z judikatury, např. z rozsudku Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 2/99-20 ze dne 24. 6. 1999 a rozsudku Krajského soudu v Brně, sp. zn. 62 Af 51/2010 ze dne 5. 1. 2011, z nichž lze dovodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li aspoň jeden oprávněný důvod.

V. K ULOŽENÍ NÁPRAVNÉHO OPATŘENÍ

101. Podle § 118 odst. 1 zákona nedodrží-li zadavatel postup stanovený pro zadání veřejné zakázky nebo pro soutěž o návrh, přičemž tento postup podstatně ovlivnil nebo mohl ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky nebo návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh, nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
102. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem a tento nezákonný postup uvedený ve výroku I. tohoto rozhodnutí mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, je Úřad povinen v souladu s § 118 odst. 1 zákona uložit nápravné opatření. Při rozhodování podle § 118 odst. 1 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy nezákonného stavu. Jelikož se v šetřeném případě zadavatel dopustil

porušení zákona již při stanovení zadávacích podmínek, resp. ve fázi před podáním nabídek, není možné uložit jiné nápravné opatření, které by nezákonný postup zadavatele mohlo zhojit, než nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

103. Pro úplnost Úřad uvádí, že podle § 84 odst. 7 zákona zadavatel odešle oznámení o zrušení zadávacího řízení k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek podle § 157 zákona do 3 dnů ode dne přijetí rozhodnutí; tato povinnost neplatí pouze pro jednacím řízení bez uveřejnění a řízení na základě rámcové smlouvy. Dále je zadavatel podle § 84 odst. 8 zákona povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu. V souladu s ustanovením § 84 odst. 9 zákona zruší-li zadávací řízení Úřad, užijí se odstavce 7 a 8 obdobně. Lhůty počínají běžet ode dne, kdy se zadavatel dozví o nabytí právní moci rozhodnutí Úřadu.

VI. K ULOŽENÍ ÚHRADY NÁKLADŮ ŘÍZENÍ

104. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách, stanoví v § 1 odst. 1, že paušální částku nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je zadavatel povinen uhradit v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000,- Kč.
105. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím bylo zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušeno, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
106. 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 2017000066.

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

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží:

1. JUDr. Vilém Podešva, LLM, advokát, Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha
2. Mgr. Pavel Pravda, advokát, Na příkopě 859/22, Nové Město, 110 00 Praha
3. Město Vysoké Mýto, B. Smetany 92, 566 01 Vysoké Mýto

Vypraveno dne:

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