



UOHSX00BHK8E

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č.j.:ÚOHS-R0119,0120/2018/VZ-34388/2018/322/DJa

22. listopadu 2018

V řízení o rozkladu ze dne 29. 6. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném vybraným uchazečem –

- **společnost „Sanace území Trojice“**, jež tvoří subjekty
  - EKOM CZ a.s., IČO 26462061, se sídlem Průmyslová 1472/11, 102 00 Praha 10,
  - RUMPOLD s.r.o., IČO 61459364, se sídlem Klimentská 1746/52, 110 00 Praha 1,
  - RUMPOLD UHB, s.r.o., IČO 60704756, se sídlem Předbranská 415, 688 01 Uherský Brod, a
  - Geo-sanace Group a.s., IČO 28214285, se sídlem Třebohostická 3363/6, 100 00 Praha 10,

které uzavřely dne 13. 12. 2016 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 12. 1. 2018 společností EKOM CZ a.s., IČO 26462061, se sídlem Průmyslová 1472/11, 102 00 Praha 10,

a současně o rozkladu ze dne 3. 7. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném zadavatelem –

- **DIAMO, státní podnik**, IČO 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0151/2018/VZ-18127/2018/531/Est ze dne 18. 6. 2018, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 23. 4. 2018 na návrh navrhovatele –

- **„Společnost HTCZ - TALPA – Sanace lokality Trojice“**, jež tvoří subjekty
  - HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5,a
  - TALPA - RPF, s.r.o., IČO 64615391, se sídlem Holvekova 645/36, 718 00 Ostrava - Kunčičky,

které uzavřely dne 26. 1. 2017 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 9. 7. 2014 Ing. Martinem Kovaříkem, členem Sdružení INDOC, IČO 14947757, se sídlem Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4,

ve věci veřejné zakázky s názvem **„Sanace kontaminovaného území Trojice“**, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2016 pod ev.č. 644941, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 10. 2016, dne 12. 12. 2016, dne 27. 12. 2016, dne 16. 1. 2017 a dne 29. 3. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 192-346362, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 210-381903, dne 13. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 240-437836, dne 24. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-458826, dne 18. 1. 2017 pod ev. č. 2017/S 012-018237 a dne 29. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 062-116732,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0151/2018/VZ-18127/2018/531/Est ze dne 18. 6. 2018

**potvrzuji**

a podané rozklady

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Dne 23. 4. 2018 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**“<sup>1</sup>) k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel návrh navrhovatele – „Společnost HTCZ - TALPA – Sanace lokality Trojice“, jež tvoří subjekty HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, a TALPA - RPF, s.r.o., IČO 64615391, se sídlem Holvekova 645/36, 718 00 Ostrava - Kunčičky, které uzavřely dne 26. 1. 2017 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 9. 7. 2014 Ing. Martinem Kovaříkem, členem Sdružení INDOC, IČO 14947757, se sídlem Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4 (dále jen „**navrhovatel**“) na zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – DIAMO, státní podnik, IČO 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných ve věci veřejné zakázky s názvem „Sanace kontaminovaného území Trojice“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 29. 9. 2016 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 9. 2016 pod ev. č. 644941, ve znění oprav uveřejněných dne 31. 10. 2016, dne 12. 12. 2016, dne 27. 12. 2016, dne 16. 1. 2017 a dne 29. 3. 2017, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 5. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 192-346362, ve znění oprav uveřejněných dne 29. 10. 2016 pod ev. č. 2016/S 210-381903, dne 13. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 240-437836, dne 24. 12. 2016 pod ev. č. 2016/S 249-458826, dne 18. 1. 2017 pod ev. č. 2017/S 012-018237 a dne 29. 3. 2017 pod ev. č. 2017/S 062-116732 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Navrhovatel v návrhu brojil proti rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16. 3. 2018. Navrhovatel nesouhlasí s postupem hodnotící komise při posuzování nabídkové ceny vybraného uchazeče – společnost „Sanace území Trojice“, jež tvoří subjekty EKOM CZ a.s., IČO 26462061, se sídlem Průmyslová 1472/11, 102 00 Praha 10, RUMPOLD s.r.o., IČO 61459364, se sídlem Klimentská 1746/52, 110 00 Praha 1, RUMPOLD UHB, s.r.o., IČO 60704756, se sídlem Předbranská 415, 688 01 Uherský Brod, a Geo-sanace Group a.s., IČO 28214285, se sídlem Třebohostická 3363/6, 100 00 Praha 10, které uzavřely dne 13. 12. 2016 smlouvu o společnosti za účelem podání společné nabídky, ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 12. 1. 2018 společností EKOM CZ a.s., IČO 26462061, se sídlem Průmyslová 1472/11, 102 00 Praha 10 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
3. Navrhovatel v návrhu uvedl, že mimořádně nízká nabídková cena vybraného uchazeče nasvědčuje tomu, že jeho nabídka neodpovídá všem zadávacím podmínkám veřejné zakázky, resp. že vybraný uchazeč neocení všechny položky výkazu výměr, popř. nákladově výrazně podcenil minimálně některé z nich, a současně tomu, že vybraný uchazeč plánuje při plnění veřejné zakázky ukládat odpad přímo v místě realizace či v její bezprostřední blízkosti, ačkoliv

---

<sup>1</sup> Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

v rámci prokazování kvalifikace dispozici s kapacitou na skládkách odpadů v Moravskoslezském kraji, kde bude šetřená veřejná zakázka plněna, neuváděl.

4. V další části návrhu navrhovatel zpochybňuje, zda je vybraný uchazeč schopen splnit předmět posuzované veřejné zakázky v souladu s požadavky zadavatele, konkrétně požadavkem stanoveným v čl. 7. „TECHNICKÉ KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY“, bodu 4), odst. 7.1., kvalifikační dokumentace, kdy vyjadřuje přesvědčení, že ačkoliv předmětný kvalifikační předpoklad vybraný uchazeč ve fázi posuzování kvalifikace formálně splnil, resp. prokázal dispozici zařízením ke konečnému uložení/odstranění odpadů, nemusí tato skutečnost nutně znamenat, že je skutečně schopen realizovat veřejnou zakázku způsobem, jenž stanovil zadavatel následně v zadávací dokumentaci, tedy až po samotném posouzení splnění technických kvalifikačních předpokladů, a to výhradně vlastními kapacitami, čili bez pomoci subdodavatele.
5. Navrhovatel v závěru svého návrhu Úřadu navrhuje vydání předběžného opatření spočívajícího v nařízení zakazu uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky zadavateli. Dále navrhovatel Úřadu navrhuje uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16. 3. 2018, jakož i veškerých navazujících úkonů zadavatele.

## II. Napadené rozhodnutí

6. Dne 18. 6. 2018 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0151/2018/VZ-18127/2018/531/Est (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 76 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tím, že posoudil požadavek uvedený zadavatelem v zadávacích podmínkách, a to konkrétně v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, bodě 9.3., zadávací dokumentace, že „*služby související s nakládáním s odpady projektované v rámci SO 03 Stavební úpravy kulturní památky - asanace opěrné zdi a SO 04 Sanační práce - odstranění kontaminace, nesmí být plněny prostřednictvím subdodavatele.*“ v nabídce vybraného uchazeče za splněný, ačkoliv z dokumentace o veřejné zakázce nevyplývá, že by měl mít zadavatel jednoznačně postaveno najisto, že tomu tak skutečně je, tj. že nabídka vybraného uchazeče splňuje zcela zadávací podmínky, včetně shora specifikovaného požadavku zadavatele, čímž se stal postup zadavatele netransparentním, přičemž uvedený postup zadavatele mohl podstatným způsobem ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.
8. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele uvedeného ve výroku I. napadeného rozhodnutí podle § 118 odst. 1 zákona, zrušil úkony zadavatele spojené s posouzením nabídky vybraného uchazeče z hlediska splnění požadavku uvedeného zadavatelem v zadávacích podmínkách, a to konkrétně v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, bodě 9.3., zadávací dokumentace, zdokumentované v „Protokolu o 3. jednání hodnotící komise“ vyhotoveném na základě jednání hodnotící komise konaném dne 5. 2. 2018, a současně ruší i všechny následující úkony učiněné zadavatelem v zadávacím řízení, a to včetně „Rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky“ ze dne 16. 3. 2018.

9. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
10. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve vypořádal s projednatelností návrhu a dospěl k dílčímu závěru, že s ohledem na specifické okolnosti v šetřeném případě, by bylo přílišným formalismem, kdyby bylo zastaveno správní řízení ve smyslu § 117a písm. d) zákona, neboť tím, že zadavatel vrátil originál bankovní záruky vystavitelovi – Československé obchodní bance, a. s., IČO 00001350, se sídlem Radlická 333/150, 150 57 Praha 5 (dále jen „**ČSOB a. s.**“), neměl navrhovatel vědomost o tom, že mu vznikla povinnost opětovně složit jistotu.
11. K výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že navrhovatel návrhem napadá nesplnění podmínek uvedených v zadávací dokumentaci ze strany vybraného uchazeče, nikoliv nesplnění podmínek kvalifikace uvedených zadavatelem v kvalifikační dokumentaci. Návrh navrhovatele tak nelze v této části považovat za opožděný, neboť o (ne)schopnosti plnit předmět veřejné zakázky bez přispění subdodavatele vybraným uchazečem se navrhovatel dozvěděl až právě po posouzení nabídky vybraného uchazeče z hlediska splnění požadavků zadavatele uvedených v zadávací dokumentaci.
12. Úřad dále konstatoval, že v popisu realizace veřejné zakázky, jenž ve své nabídce předložil vybraný uchazeč, nikde není uveden konkrétní způsob nakládání s odpady vzniklými při realizaci veřejné zakázky, resp. tento popis neobsahuje žádné relevantní informace o konkrétních zařízeních (skládkách), na něž bude vytěžený odpad odvážen, zpracován a ukládán. Zadavatel tak nemohl mít z nabídky vybraného uchazeče postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splňuje požadavek zadavatele vymezený v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, konkrétně v odst. 9.3., zadávací dokumentace, tedy že bude schopen nakládat s odpady vzniklými v rámci realizace stavebních objektů SO 03 a SO 04, a to včetně ukládání kontaminovaných (nebezpečných) odpadů na zařízení ke konečnému uložení/odstranění odpadů, tzn. že bude schopen při faktické realizaci veřejné zakázky předmětnému požadavku zadavatele dostát „sám za sebe“, čili bez jakékoliv participace subdodavatele, popř. subdodavatelů.

### **III. Rozklad vybraného uchazeče**

13. Dne 29. 6. 2018 podal vybraný uchazeč Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému uchazeči doručeno dne 18. 6. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
14. Vybraný uchazeč v rozkladu předně uvádí, že setrvává na své argumentaci, kterou poskytl v rámci správního řízení dne 6. 6. 2018 a považuje za neefektivní celou argumentaci opakovat v rámci podávaného rozkladu. Vybraný uchazeč se proto v rozkladu zaměřil pouze na dílčí body napadeného rozhodnutí, které považuje za nezákonné.
15. Vybraný uchazeč k problematice opětovného složení jistoty namítá, že Úřad měl povinnost zohlednit novou právní úpravu, která je pro zadavatele příznivější. Podle vybraného uchazeče zákonodárce v § 41 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**ZZVZ**“) připustil zaslání bankovní záruky nejen uchazeči, ale také přímo vystaviteli bankovní záruky. Jestliže navrhovatel podal návrh dne 23. 4. 2018, tedy v tento den dochází k aktivaci povinnosti obnovit platnost bankovní záruky, měl

dle vybraného uchazeče zaslat obnovenou bankovní záruku nejpozději dne 25. 4. 2018, tedy v den, kdy se navrhovatel dozvěděl o tom, že jeho bankovní záruka ze dne 9. 1. 2018 již není platná. (Bankovní záruka byla totiž zadavatelem vrácena ČSOB a.s., a to dne 18. 4. 2018). Pokud tak navrhovatel neučinil nebo učinil později než 25. 4. 2018 (tuto skutečnost dle vybraného uchazeče nelze ze správního spisu zjistit), nesplnil tak zákonem stanovenou povinnost a správní řízení mělo být dle názoru vybraného uchazeče zastaveno. Vybraný uchazeč je toho názoru, že Úřad se s tímto v napadeném rozhodnutí nevypořádal. Rovněž Úřad ve správním řízení neakcentoval návrh vybraného uchazeče na doplnění důkazů v předmětném správním řízení, konkrétně sdělení informace, kdy byla bankovní záruka ze strany navrhovatele opětovně složena.

16. Dále vybraný uchazeč k výroku I. napadeného rozhodnutí zopakoval v rozkladu své stanovisko uvedené ve vyjádření se k podkladům rozhodnutí a to, že návrh v části ohledně prokázání splnění technické kvalifikace vybraným uchazečem, byl podán opožděně. Vybraný uchazeč k tomu uvádí, že první fáze užšího řízení související s posouzením prokázání kvalifikace byla již ukončena a to protokolem o posouzení kvalifikace ze dne 26. 10. 2017 a následným zasláním výzvy k podání nabídky uchazečům, kteří prokázali splnění kvalifikace v požadovaném rozsahu. Vybraný uchazeč předpokládá, že navrhovatel převzal předmětnou výzvu kolem 3. 11. 2017, tudíž od toho okamžiku mohl námitkou napadnout neprokázání splnění kvalifikace. Vybraný uchazeč se neztotožňuje s názorem Úřadu, že návrh nesměřuje proti posouzení splnění kvalifikace ze strany vybraného uchazeče zadavatelem, a má za to, že návrh směřuje primárně proti neprokázání splnění technické kvalifikace.
17. Dále vybraný uchazeč v rozkladu uvádí kategorizaci vytěžených odpadů a k tomu v rozkladu uvedl i konkrétní příklad kategorizace a nakládání s odpady. Vybraný uchazeč uvádí, že na základě chemických analýz lze zatřídit materiál dle kategorie odpadů, a to buď jako odpad kategorie „N“ – nebezpečný, nebo kategorie „O“ ostatní. Teprve následně je možné zvolit technologii zpracování již tříděného kategorizovaného odpadu. Tedy dle vybraného uchazeče nelze hovořit o tom, že již dopředu je známa struktura a chemické složení materiálů – odpadů, tzn. jaké množství odpadů bude znečištěno podlimitně, a jaké množství odpadů bude znečištěno nadlimitně, a tím pádem, jaká bude zvolena technologie odstranění určitého typu odpadu. V této souvislosti vybraný uchazeč popsal v rozkladu metodu, resp. technologii odstranění nebezpečných vlastností odpadů pomocí Biodegradace. Tímto způsobem jsou upraveny odpady kategorie nebezpečné na odpady kategorie ostatní. Tuto technologii vybraný uchazeč doložil dispozicí skládkou odpadů Prakšická III., která má navíc dekontaminační plochu. Následně mohou být tyto odpady ukládány na skládce určené pro skladování odpadů kategorie „O“.
18. Vybraný uchazeč nesouhlasí s argumentací Úřadu v bodech 135. až 137. odůvodnění napadeného rozhodnutí ohledně využití mobilního zařízení ALLU PM 500 (dále jen „**mobilní zařízení**“). Uvádí, že toto mobilní zařízení zpracovává odpady tak, že výsledným produktem je odpad stabilizovaný, který nevykazuje na základě chemické analýzy „vodný výluh“ žádné nebezpečné vlastnosti a proto může být ukládán i na skládky kategorie SO-03, SO-04, tj. minimálně na skládku odpadů Prakšická III. Vybraný uchazeč je toho názoru, že k tomu, aby splnil zadávací podmínku, která má dle Úřadu provazbu na prokázání splnění technické kvalifikace dle § 56 odst. 2 písm. h) zákona, poskytl dostatek informací jednak ve své nabídce

(dle přílohy č. 7 zadávací dokumentace), jednak prostřednictvím zařízení na konečné uložení odpadu s požadovanou kapacitou 90 000 t/rok.

19. Vybraný uchazeč je toho názoru, že Úřad nedisponuje dostatečnou odbornou kapacitou na to, aby byl schopen posoudit, zda byl obsah nabídky vybraného uchazeče dostatečně přesný a v kontextu prokázání splnění technické kvalifikace vylučující nutnost využití k ukládání vzniklého odpadu subdodavatele. Dle názoru vybraného uchazeče Úřad zasahuje do myšlenkových pochodů hodnotící komise, k čemuž není oprávněn. K tomu vybraný uchazeč odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu a správních soudů.

#### **Závěr rozkladu vybraného uchazeče**

20. Vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil napadené rozhodnutí a správní řízení zastavil, případně aby předseda Úřadu rozhodl tak, že změní napadené rozhodnutí ve prospěch zadavatele a to tak, že postupoval v souladu se zákonem.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného uchazeče**

21. Dne 3. 7. 2018 Úřad vydal usnesení č. j. ÚOHS-S0151/2018/VZ-19677/2018/531/MHo, kterým stanovil zadavateli a navrhovateli lhůtu k provedení úkonu – podání vyjádření k rozkladu vybraného uchazeče. Dne 9. 7. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k rozkladu, ve kterém zadavatel vyjádřil souhlas se skutečnostmi uvedenými v rozkladu vybraného uchazeče.

#### **Vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného uchazeče**

22. Dne 9. 7. 2018 bylo Úřadu doručeno vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného uchazeče. Navrhovatel k námitce vybraného uchazeče, že součástí návrhu nebyl doklad o opětovném složení jistoty, uvádí, že neměl při podání návrhu k dispozici tu informaci, že zadavatel bankovní záruku vrátil bance, a tedy neměl důvod zajišťovat opětovné složení jistoty. Navrhovatel odmítá, že by měl Úřad v této souvislosti zohlednit novou právní úpravu, která je pro zadavatele příznivější. Navrhovatel se nedomnívá, že právní úprava ohledně vrácení jistoty upravená v ZZVZ, by umožňovala vracet jistotu jinému subjektu, než účastníkovi zadávacího řízení, který ji složil. Navrhovatel nesouhlasí s tvrzením vybraného uchazeče, že součástí spisu není doklad o tom, kdy byla bankovní záruka znovu předána zadavateli. Přílohou vyjádření navrhovatele ze dne 14. 5. 2018 byl doklad o opětovném složení jistoty, nikoli bankovní záruka samotná.
23. Navrhovatel se ohrazuje proti tvrzení vybraného uchazeče, že návrh byl podán opožděně. Navrhovatel v rámci návrhu totiž nezpochybňoval formální způsob, jakým vybraný uchazeč prokázal splnění kvalifikace, ale namítal, že na základě požadavků zadávací dokumentace se dodatečně ukázalo, že zařízení vybraného uchazeče nejsou pro plnění veřejné zakázky dostatečná.
24. Navrhovatel dále tvrdí, že skutečnost, že vybraný uchazeč neměl v době podání nabídky k dispozici dostatečnou kapacitu zařízení k odstraňování odpadů pro realizaci veřejné zakázky, potvrzuje i text rozkladu, konkrétně argumentace vybraného uchazeče ohledně provádění chemických analýz odpadů. Dle navrhovatele se nelze spoléhat na to, že následné chemické analýzy ukáží, že větší část odpadů bude spadat nikoli do kategorie nebezpečné, ale ostatní. Navrhovatel zdůrazňuje, že ani samotná úprava nebezpečného odpadu

neznamená automaticky jeho překvalifikování na odpad ostatní. Podstatné je, jaké požadavky stanovil zadavatel, a že tyto objektivně skutečně odpovídají možnému množství nebezpečného odpadu, jehož likvidace a uložení je součástí předmětu plnění veřejné zakázky. Nabídka každého uchazeče o veřejnou zakázku tedy musí být v souladu s těmito požadavky zadavatele. Dle navrhovatele není prostor pro to, aby až na základě schvalovacího procesu a realizace samotné veřejné zakázky došlo k upřesnění možných použití daných technologií a jejich možnému využití. Navrhovatel je tak toho názoru, že hodnotící komise neměla postaveno najisto, zda nabídka vybraného uchazeče splňuje zadávací podmínky.

25. Dále navrhovatel nesouhlasí s názorem vybraného uchazeče, že Úřad nedisponuje dostatečnou odbornou kapacitou na to, aby byl schopen posoudit, zda byl obsah nabídky vybraného uchazeče dostatečně přesný a v kontextu prokázání splnění technické kvalifikace vylučující nutnost využít k ukládání vzniklého odpadu subdodavatele.
26. Závěrem svého vyjádření navrhovatel uvádí, že napadené rozhodnutí považuje za zákonné a v celém jeho rozsahu za přezkoumatelné.

#### **IV. Rozklad zadavatele**

27. Dne 3. 7. 2018 podal zadavatel Úřadu rozklad z téhož dne proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 19. 6. 2018. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
28. Zadavatel nesouhlasí se závěry Úřadu ohledně splnění náležitostí návrhu navrhovatelem, v podobě doložení dokladu o opětovném složení jistoty, neboť je toho názoru, že Úřad vykládá ust. § 67 zákona nepřipustně rozšiřujícím způsobem, ve prospěch navrhovatele. Zadavatel má za to, že k faktickému zániku bankovní záruky dochází vrácením originálu bankovnímu ústavu dlužníka. Dle zadavatele je tedy irelevantní řešit, zda byl či nebyl o tom současně informován sám dlužník. Bankovní záruka v daném případě dle zadavatele zanikla dne 18. 4. 2018. Zadavatel uvádí, že nelze přenášet na jiný subjekt (např. zadavatele) odpovědnost za vadné předávání informací mezi dlužníkem (navrhovatelem) a výstavcem. Zadavatel také odmítá argumentaci Úřadu ohledně údajné netransparentnosti při vrácení jistoty. Zadavatel připouští, že i za předpokladu, že Úřad správně vykládal § 67 zákona a jistota by byla platná do 30. 4. 2018, Úřad se v napadeném rozhodnutí nijak nevypořádal s faktem, že navrhovatel složil opětovně jistotu až 11. 5. 2018, a doklad předložil Úřadu v rámci jeho vyjádření ze dne až 14. 5. 2018.
29. Dále zadavatel uvádí, že při posouzení zadávací podmínky zákazu plnění určité části předmětu veřejné zakázky subdodavatelem, se musí zadavatel plně spolehnout na údaje, uváděné uchazeči v nabídkách. Dle zadavatele pokud nabídka nic o subdodavatelích neuvádí, vede to k automatickému závěru, že uchazeč nehodlá dotčenou část veřejné zakázky plnit subdodavatelem. Skutečnost, že vybraný uchazeč v popisu plnění o subdodavatelích nic neuvádí, je jen dalším důkazem toho, že subdodavatele pro danou část veřejné zakázky použít nehodlá.
30. Zadavatel v rozkladu popisuje, jakou představu si učinil o průběhu plnění smlouvy vybraným uchazečem na základě jeho popisu plnění v nabídce. Skutečnost, že vybraný uchazeč měl v době prokazování kvalifikace schválen provoz mobilního zařízení pouze na území města Prahy a území Středočeského kraje, nepovažuje zadavatel za nesplnění kvalifikace, jelikož



získat povolení k provozování tohoto zařízení v Moravskoslezském kraji je pro vybraného uchazeče jednoduchou záležitostí.

#### **Závěr rozkladu zadavatele**

31. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu správní řízení zastavil, neboť součástí návrhu na zahájení přezkoumání úkonů zadavatele nebyla opětovně složená jistota, čímž došlo k naplnění podmínky dle § 117a písm. d) zákona anebo, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu s tím, že Úřad bude vázán právním názorem předsedy Úřadu, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem. Eventuálně, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil ve smyslu § 117a písm. f) zákona.

#### **Vyjádření navrhovatele k rozkladu**

32. Dne 9. 7. 2018 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-S0151/2018/VZ-19889/2018/531/MHo, kterým stanovil navrhovateli lhůtu k provedení úkonu – podání vyjádření se k rozkladu zadavatele. Dne 16. 7. 2018 navrhovatel podal své vyjádření k rozkladu zadavatele. Navrhovatel některé své argumenty již prezentoval ve svém prvním vyjádření, a to k rozkladu vybraného uchazeče proti napadenému rozhodnutí. K námitce zadavatele ohledně toho, že součástí návrhu nebyl doklad o opětovném složení jistoty, rozšířil svou argumentaci v tomto vyjádření o výklad § 67 odst. 1 a 2 zákona. Navrhovatel je toho názoru, že zadavatel při vrácení bankovní záruky nepostupoval v souladu s § 67 odst. 2 zákona, neboť ji neuvolnil přímo navrhovateli, ale bankovnímu ústavu, přičemž o svém postupu ani navrhovatele neinformoval.
33. Dále navrhovatel souhlasí s názorem zadavatele, že při posuzování nabídek uchazečů musí vycházet z jejich obsahu. Nesouhlasí však již s tím, že zadavatel se na údaje v nabídkách musí plně spoléhat a nemá jinou zákonnou možnost, jak uchazeči deklarované informace ověřit. Dle navrhovatele zadavateli nic nebránilo, aby vybraného uchazeče dle § 76 odst. 3 zákona vyzval k písemnému objasnění namítaných nejasností. Navrhovatel má za to, že skutečnost, že popis plnění veřejné zakázky zpracovaný vybraným uchazečem neobsahuje informaci o tom, že dispozice se zařízením s minimální disponibilní kapacitou v součtu min. 90 000 t/rok ve vztahu ke konečnému uložení/odstranění odpadů, nikoliv pouze k jejich přijetí do zařízení, je zajištěna prostřednictvím subdodavatele, ještě automaticky neznamená, že vybraný uchazeč s participací subdodavatele ve skutečnosti nepočítá. Zvláště s přihlédnutím k tomu, že zařízení uváděná v nabídce nejsou pro potřeby veřejné zakázky kapacitně dostatečné. Dále navrhovatel k využití mobilního zařízení považuje za nutné zdůraznit, že vybraný uchazeč neměl odpovídající povolení k provozu.

#### **V. Řízení o rozkladu**

34. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

35. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
36. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.
37. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a k zamítnutí rozkladu zadavatele a rozkladu vybraného uchazeče.

### **VI. K námitkám rozkladů**

38. S ohledem na podobnost uplatněných rozkladových námitek ze strany vybraného uchazeče a zadavatele, se níže vyjádřím k jednotlivým okruhům rozkladové argumentace obou výše uvedených účastníků správního řízení společně.

#### *K okruhu námitek týkajících se náležitosti návrhu v podobě opětovného složení jistoty*

39. Podle § 67 odst. 2 písm. b) zákona zadavatel uvolní jistotu uchazeči, jehož nabídka nebyla vybrána jako nejvhodnější a nebylo s ním možno uzavřít smlouvu podle § 82 odst. 4 zákona do 5 pracovních dnů po odeslání oznámení o výběru nejvhodnější nabídky podle § 81 odst. 3 zákona či jeho uveřejnění podle § 81 odst. 4 zákona.
40. Podle § 67 odst. 4 zákona podal-li uchazeč před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku námitky a zadavatel těmto námitkám vyhověl, je uchazeč povinen opětovně složit peněžní jistotu, která byla zadavatelem uvolněna, do 5 pracovních dnů od doručení rozhodnutí zadavatele podle § 111 odst. 1 zákona. Nesplní-li uchazeč tuto povinnost, bude zadavatelem ze zadávacího řízení vyloučen. Podal-li uchazeč návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, musí opětovně poskytnout jistotu, která byla zadavatelem uvolněna.
41. Navrhovatel poskytl zadavateli jistotu ve výši 15 000 000 Kč formou bankovní záruky č. PRAGGO0027055 vystavené ČSOB a. s., která byla datována ke dni 9. 1. 2018. Z originálu bankovní záruky navrhovatele je zřejmé, že platnost jistoty byla sjednána do 30. 4. 2018. Dne 3. 4. 2018 podal navrhovatel námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 13. 4. 2018 nevyhověl. Následně dne 23. 4. 2018 podal navrhovatel návrh na přezkoumání úkonů zadavatele, jehož součástí byla příloha, ve které mj. uvedl: „*Doklad o opětovném složení jistoty – nepřiložen, jistota ke dni podání návrhu zadavatelem nevrácena*“. Na tomto místě je potřeba také říct, že návrh navrhovatele byl podán v zákonné lhůtě 10 dnů od doručení písemného rozhodnutí zadavatele o nevyhovění námitkám. Úřad posuzoval řádnost a včasnost podaného návrhu ke dni jeho podání. Jelikož ke dni podání návrhu měl navrhovatel za to, že zadavatel jím poskytnutou jistotu neuvolnil, a tedy byl v domnění, že není povinen ji zadavateli opětovně poskytnout, činil ve vztahu k tomu i adekvátní kroky, a proto k návrhu nepřipojil doklad o opětovném složení jistoty.
42. Dne 18. 4. 2018 zadavatel vrátil originál bankovní záruky navrhovatele jejímu vystaviteli tj. ČSOB a.s., přičemž o této skutečnosti navrhovatele neinformoval. Ten byl informován

až dne 25. 4. 2018 ze strany ČSOB a.s., tedy dva dny po podání návrhu (o těchto skutečnostech není mezi účastníky sporu). Jak bylo Úřadem správně dovozeno a postaveno najisto, navrhovatel byl v den podání návrhu, tedy dne 23. 4. 2018, v dobré víře, že bankovní záruka zůstala složena u zadavatele a je stále platná.

43. V rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 As 94/2011-102 ze dne 22. 9. 2011, soud uvedl, že pod pojmem „dobrá víra“ je nutno „*chápat objektivně posuzované vědomí jedince o souladu jednání s právem. Jinými slovy, dobrá víra jako nezaviněná nevědomost chrání jedince, který se zřetelem ke všem okolnostem nevěděl a ani nemohl vědět, že určitý stav je v rozporu s právem.*“ (...) *Samotná nevědomost tedy nepředstavuje dobrou víru. K naplnění dobré víry je navíc potřeba objektivní nemožnost rozpoznat skutečný stav věci.*“ Taková nemožnost v posuzovaném případě nastala. Navrhovatel měl vědomost pouze o té skutečnosti, že bankovní záruku složil na účet zadavatele a její platnost přetrvává do dne 30. 4. 2018. S tímto vědomím pak podal dne 23. 4. 2018 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele.
44. Zákon v ust. § 67 odst. 2 výslovně stanovuje povinnost zadavatele uvolnit jistotu uchazeči, nikoliv třetím subjektům např. vystaviteli, a to právě z toho důvodu, aby uchazeči mohli adekvátním způsobem reagovat, a byli připraveni přiložit k případnému návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele doklad o opětovném složení jistoty. V případě, kdy navrhovatel nemá povědomí o tom, že již byla zadavatelem před podáním návrhu jistota vrácena, z logiky věci, navrhovatel ani nemůže k návrhu připojit doklad o opětovném složení jistoty.
45. Úřad jakožto správní orgán je podle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto Úřad šetřil práva navrhovatele nabytá v dobré víře (tedy právo na přezkoumání nezákonného postupu zadavatele ve správním řízení zahájeném na návrh, ke kterému nebyl přiložen doklad o opětovném složení jistoty a to v dobré víře, že tak nemuselo být učiněno). Zadavatel měl informovat navrhovatele o vrácení bankovní záruky, a pokud tak neučinil, Úřad předmětnou situaci nemůže řešit aplikací § 117a písm. d) zákona v podobě zastavení správního řízení, čímž by rezignoval na svou funkci a věc by nepřezkoumal, přestože jsou splněny podmínky pro projednání věci. Pokud by Úřad zastavil správní řízení dle § 117a písm. d) zákona, byl by takový postup považován za přepjatě formalistický a nespravedlivý.
46. Ústavní soud vyslovil ve svém nálezu ze dne 28. 8. 2005, sp. zn. IV. ÚS 281/04: „*je především na obecných soudech, aby interpretovaly zákonná hmotněprávní či procesněprávní ustanovení. Úloha Ústavního soudu při rozhodování o ústavních stížnostech podle čl. 87 odst. 1 písm. d) Ústavy České republiky se omezuje na ověření, zda důsledky takové interpretace jsou slučitelné s Listinou, Úmluvou či jinou součástí ústavního pořádku zaručující základní právo nebo svobodu. Je tomu tak obzvláště tehdy, jedná-li se o soudní výklad procesních pravidel a v jejich rámci zejména pak ustanovení o podmínkách řízení včetně podmínek týkajících se návrhu, způsobilosti být účastníkem řízení, procesní způsobilosti a dalších. Je jisté, že právo na soud, jehož jedním aspektem je právo na přístup k soudu, není absolutní a může podléhat implicitně připuštěným omezením. Účelem právní úpravy týkající se formalit a podmínek řízení, jež musejí být dodrženy při podání žaloby, je zajistit řádný chod*

*spravedlnosti a zejména respektování právní jistoty, která je jedním ze základních prvků výsadního postavení práva. Uplatněná omezení a výklad však nesmějí omezit přístup jednotlivce k soudům takovým způsobem nebo v takové míře, že by uvedené právo bylo zasažené v samé své podstatě. I když tedy právo podat civilní žalobu podléhá zákonným podmínkám, soudy se musejí při aplikaci procesních pravidel vyhnout jak přehnanému formalismu, který by zasahoval do zásad spravedlivého procesu, tak přílišné pružnosti, která by naopak vedla k odstranění procesních podmínek stanovených zákonem.“.* Ačkoli se výše uvedený závěr týká postupu soudů při posuzování podmínek soudního řízení, lze jej analogicky použít na posuzovaný případ a mám za to, že Úřad postupoval správně, když se vyhnul přepjatému formalismu a návrh posoudil jako řádně podaný.

47. Zadavatel v rozkladu upozorňuje, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí rezignoval na vypořádání argumentace zadavatele, když se nevyjádřil k tomu, že od 30. 4. 2018 do 11. 5. 2018 nebyla prokazatelně opětovně složena jistota na účet zadavatele. Tuto námitku zadavatel však ve svém vyjádření ze dne 2. 5. 2018 neuplatnil, a proto nelze říct, že by se ze strany Úřadu jednalo o argumentační rezignaci. Zadavatel ve svém vyjádření pouze uvedl, že *„dne 18. 4. 2018 bankovní záruka zanikla a navrhovatel po tomto datu zadavateli neposkytuje jistotu k zajištění svých povinností žádnou zákonem předjímanou formou“*, což Úřad v napadeném rozhodnutí nijak nezpochybňuje. Ostatně tato skutečnost není pro posuzovaný případ relevantní. Úřad posuzoval návrh ke dni jeho podání. Náležitosti, které vyjmenovává ust. § 114 odst. 3 zákona musí návrh obsahovat právě ve chvíli, kdy je podán. Nelze po navrhovateli požadovat, aby se každý den dotazoval zadavatele, zda byla či nebyla bankovní záruka již uvolněna. Jelikož navrhovatel, jak bylo výše prokazatelně zjištěno, neměl vědomost o tom, že bankovní záruka nebyla v den podání návrhu složena, Úřad podání návrhu posoudil tak, že navrhovatel nebyl povinen k návrhu doložit doklad o opětovném složení jistoty.
48. K námitce vybraného uchazeče, že doklad o opětovném doručení bankovní záruky zadavateli není součástí spisu, uvádím, že vybraný uchazeč se mylně domnívá, že správný spis neobsahuje doklad o opětovném složení jistoty. Zákon ve smyslu § 67 odst. 4 zákona neuvádí přesnou formu dokladu o složení opětovné jistoty, může se jednat např. o výpis z účtu, popřípadě potvrzení zadavatele. Navrhovatel předložil v rámci svého vyjádření ze dne 14. 5. 2018 doklad o složení jistoty v podobě potvrzení zadavatele ze dne 11. 5. 2018, resp. jeho razítka, že dne 11. 5. 2018 převzal originál bankovní záruky. Pro posouzení podmínek vedení správního řízení je rozhodující, že v době podání návrhu se navrhovatel oprávněně domníval, že bankovní záruka je stále platná.
49. S výše uvedeným souvisí i námitka zadavatele ohledně zániku bankovní listiny. Zadavatel nesouhlasí s argumentací Úřadu, že *„v textu bankovní záruky navrhovatele je sice mj. uvedeno ‚Žádáme Vás o vrácení originálu záruční listiny, jakmile skončí platnost této záruky.‘, avšak předmětná věta rozhodně neznačí, že měl, resp. musel originál bankovní záruky vrátit ČSOB a. s. jedině zadavatel, tj. nikterak nevylučuje, že originál bankovní záruky mohl být ČSOB a. s. bez dalšího navrácen i navrhovatelem,“* neboť se domnívá, že z formulace v textu bankovní záruky vyplývá, že výstavce ho přímo oslovuje slovy „Vás“. Takovéto domnění zadavatele, ale není pro daný případ relevantní, neboť dle § 67 odst. 2 písm. b) zákona je zadavatel povinen uvolnit jistotu uchazeči. Zadavatel má postupovat dle zákona. Pokud zadavatel trval na tom, že je to výhradně on, kdo je oprávněn bankovní záruku vrátit,

měl přinejmenším o této skutečnosti navrhovatele bezodkladně vyrozumět. Navrhovatel by v takovém případě v době podání návrhu nemohl mít jakékoliv pochybnosti o tom, že má opětovně složit jistotu, a že by měl součástí svého návrhu učinit doklad o opětovném složení jistoty.

50. Námitka vybraného uchazeče, že Úřad měl zohlednit v posuzovaném případě ZZVZ, konkrétně § 41 ZZVZ, ve kterém dle zadavatele zákonodárce připustil zaslání bankovní záruky nejen uchazeči, ale také přímo vystaviteli bankovní záruky, není relevantní. V posuzovaném případě se jedná o návrhové řízení. V případě správního řízení o návrhu a v případě správního řízení z moci úřední ve věci možného spáchání správního deliktu se jedná o různá správní řízení. Rozdílnost těchto řízení spočívá již při samotném zahájení řízení a vymezení rozsahu předmětu řízení. Dále každé z těchto řízení má jiný účel, okruh účastníků a zásady správního řízení.
51. Dle čl. 40 odst. 6 zákona č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod, trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán. Pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Z právě uvedeného je zřejmé, že princip pozdější příznivější právní úpravy se aplikuje vedle trestněprávních norem i na oblast správního trestání (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 8 Afs 17/2007-135 ze dne 31. 5. 2007). Výjimka z jinak obecného zákazu retroaktivity trestních norem, se uplatní pouze v sankčním řízení, resp. v řízení ve věci možného spáchání správního deliktu, nikoli v návrhovém řízení
52. Nad rámec uvádím, že z ust. § 41 odst. 6 ZZVZ resp. ze zákonné formulace ani nevyplývá, že by se právní úprava v tomto směru posunula a zadavatel tak mohl vrátit bankovní záruku přímo vystaviteli. Navíc ZZVZ oproti zákonu již nestanovuje navrhovateli povinnost předložit spolu s návrhem doklad o opětovném složení jistoty.
53. Souhlasím s dílčím závěrem Úřadu, že navrhovatel neměl s ohledem na skutkové okolnosti povinnost učinit součástí jeho návrhu ze dne 23. 4. 2018 doklad o opětovném složení jistoty podle § 114 odst. 3 zákona, a proto ve zde posuzovaném případě nejsou dány důvody pro zastavení správního řízení podle § 117a písm. d) zákona.

*K okruhu námitek týkajících se včasnosti návrhu*

54. Předmět správního řízení je vymezen obsahem návrhu. V posuzovaném případě předmětem správního řízení není posouzení otázky splnění technické kvalifikace vybraného uchazeče, jak i správně konstatoval zadavatel ve svém rozkladu, ale zda je vybraný uchazeč fakticky schopen plnit resp. realizovat veřejnou zakázku. Vybraný uchazeč v rozkladu však nadále setrvává na názoru, že návrh je v části namítající nesplnění kvalifikačních předpokladů ze strany vybraného uchazeče, podán opožděně. S tímto názorem nelze souhlasit, neboť navrhovatel v návrhu jasně konstatoval, že „*vybraný uchazeč předmětný požadavek (tj. požadavek na prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 2 písm. h) zákona, pozn. předsedy Úřadu) zřejmě formálně splnil, ačkoliv o jeho faktické schopnosti veřejnou zakázku realizovat, lze důvodně pochybovat.*“ Tedy z návrhu je zřejmé, že navrhovatel nerozporoval prokázání splnění kvalifikačního předpokladu vybraným uchazečem, ale to, zda je vybraný uchazeč schopen reálně plnit předmět veřejné zakázky bez subdodavatele, když navrhovatel své námitky staví na tom, že vybraný uchazeč

nedisponuje dostatečnou kapacitou požadovaného zařízení pro plnění předmětu veřejné zakázky vlastními silami.

55. Úřad v napadeném rozhodnutí rozlišil jednotlivé fáze užšího řízení, které je třeba vnímat ve vzájemné souvislosti. Jednotlivé fáze Úřad obsahově popsal a správně určil, ve které fázi se v okamžiku podání návrhu zadávací řízení nacházelo. Jednalo se o druhou fázi užšího řízení. V této druhé fázi kvalifikovaní dodavatelé podávají zadavateli své nabídky, které jsou z jeho strany následně podrobeny posouzení a hodnocení. Navrhovatel se právě až po posouzení nabídky vybraného uchazeče dozvěděl o (ne)schopnosti vybraného uchazeče reálně plnit předmět veřejné zakázky, jak je níže odůvodněno. Dne 19. 3. 2018 bylo navrhovateli doručeno oznámení o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 16. 3. 2018 (dále jen „**rozhodnutí o výběru**“). Následně si navrhovatel vyžádal od zadavatele zprávu o posouzení a hodnocení nabídek a protokol o posouzení kvalifikace. Na základě těchto dokumentů, které zadavatel zaslal prostřednictvím emailu navrhovateli dne 21. 3. 2018, dospěl navrhovatel k přesvědčení, že rozhodnutí o výběru je nesprávné a učiněné v rozporu se zákonem. Tímto okamžikem, kdy se navrhovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona, začíná běžet lhůta pro podání námitek. Dne 3. 4. 2018 podal navrhovatel námitky proti rozhodnutí o výběru. Navrhovatel již ve svých námitkách uvedl své pochybnosti o tom, zda vybraný uchazeč splnil požadavek zadavatele, tj. aby při plnění veřejné zakázky nebyly služby související s nakládáním s odpady v rámci objektů SO 03 a SO 04 plněny prostřednictvím subdodavatele. V námitkách navrhovatel mimo jiné, uvedl, že *„že na základě informací, které má k dispozici ze své obchodní činnosti, pojal vážné pochybnosti o tom, že vybraný uchazeč v současné době disponuje s dostatečnou kapacitou zařízení pro konečné uložení odstranění odpadů, jež by mu umožnila plnit veřejnou zakázku při respektování zákazu subdodávky vymezeného v čl. 9.3. zadávací dokumentace a čl. 13 návrhu smlouvy o dílo. Stěžovatel žádá proto zadavatele, aby popsané pochybnosti důkladným opětovným posouzením nabídky vybraného uchazeče prověřil.“* Tedy nelze mít za to, že argumentace navrhovatele týkající se údajného nesplnění požadavku zadavatele vyjádřeného v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, konkrétně v odst. 9.3, zadávací dokumentace vybraným uchazečem, by poprvé „zazněla“ až v návrhu, a proto zde není dán důvod pro zamítnutí této části návrhu podle § 118 odst. 5 písm. c) zákona.

56. Vzhledem k výše uvedenému lze říct, že navrhovatel tak směřoval návrh proti rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky, nikoli proti splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem a jeho návrh byl podán včas.

57. Vybraný uchazeč v rozkladu pouze uvedl, že nesouhlasí se závěry Úřadu, že *„návrh nesměřuje proti posouzení splnění kvalifikace ze strany vybraného uchazeče“*, ale neuvedl již žádné nové argumenty, které by směřovaly proti správnosti úvah a závěru Úřadu ohledně včasnosti podaného návrhu. Považuji závěry Úřadu ohledně včasnosti návrhu navrhovatele za správné, proto plně odkazuji na body 116. a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí.

*K okruhu námitek týkajících se postupu zadavatele ve vztahu k nabídce vybraného uchazeče*

58. K tomuto okruhu námitek předně považuji za důležité zdůraznit, že Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí nepředjímá, zda vybraný uchazeč požadavek zadavatele, že bude schopen nakládat s odpady vzniklými v rámci realizace stavebních objektů SO 03 a SO 04, a to včetně ukládání kontaminovaných (nebezpečných) odpadů na zařízení ke konečnému

uložení/odstranění odpadů, bez subdodavatele, splňuje, či nikoli. Úřad konstatoval, že z nabídky není jasné, jak bude vybraný uchazeč nakládat s odpady vzniklými v rámci realizace stavebních objektů SO 03 a SO 04, a to včetně ukládání kontaminovaných (nebezpečných) odpadů na zařízení ke konečnému uložení/odstranění odpadů, vlastními kapacitami, čili bez příspěvní subdodavatelů. Skutečnost, že nebylo jasné z nabídky, zda bude splněn požadavek uvedený v čl 9. „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, konkrétně v odst. 9.3., zadávací dokumentace ze strany vybraného uchazeče, potvrzuje i to, že zadavatel obdržel námitky dalších dvou uchazečů o veřejnou zakázku, kteří mimo jiné shodně uvedli, že vybraný uchazeč s ohledem na seznam zařízení, jimiž prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 2 písm. h) zákona, není schopen z kapacitních důvodů realizovat předmět plnění veřejné zakázky bez pomoci subdodavatelů. Zadavateli tak mohla vzniknout určitá pochybnost o tom, zda vybraný uchazeč splňuje požadavek uvedený ve shora specifikované pasáži zadávací dokumentace. Pokud však takové pochybnosti zadavatel neměl, tak v zájmu zachování zásady transparentnosti měl řádně odůvodnit v rámci rozhodnutí o námitkách, proč tyto pochybnosti nemá.

59. Zadavatel v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“ konkrétně v odst. 9.3., zadávací dokumentace vznesl požadavek, aby při plnění veřejné zakázky nebyly služby související s nakládáním s odpady v rámci objektů SO 03 a SO 04 plněny prostřednictvím subdodavatele, kdy obdobná informace byla zachycena již v čl. 2. „ÚDAJE O ZAKÁZCE“, konkrétně v odst. 2.11., kvalifikační dokumentace, kde zadavatel stanovil, že „(...) má v úmyslu vyhradit si v zadávací dokumentaci požadavek, že služby související s nakládáním s odpady, projektované v rámci SO 03 Stavební úpravy kulturní památky - asanace opěrné zdi a SO 04 Sanační práce – odstranění kontaminace, nesmí být plněny prostřednictvím subdodavatele.“ Současně zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval, aby uchazeči o veřejnou zakázku začlenili do jejich nabídek podrobný popis realizace předmětu veřejné zakázky, jehož obsah specifikoval v příloze č. 7 zadávací dokumentace, kdy na základě písmena f. požadoval i „popis odpadového hospodářství sanačního zásahu, navrhované řešení nakládání s odtěženými odpady a dalšími odpady, včetně jejich přepravy, využití a likvidace odpadů, potřeba energetického zajištění navrženého řešení včetně způsobu zajištění této potřeby, nároky na potřebné plochy uvnitř a vně lokality pro technologie, skladování, mezideponie atd. včetně způsobu jejich zajištění, identifikace koncových zařízení, množství bilance prokazující komplexní zajištění využití nebo odstranění všech odtěžených odpadů a dalších odpadů, které jsou součástí plnění.“
60. Zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces, jehož nedodržení může vést k negativním důsledkům jak pro zadavatele, tak i pro uchazeče. Uchazeč v tomto smyslu plně odpovídá za svou nabídku a zadavatel stejnou mírou odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek, přičemž podrobný (nikoli obecný) popis realizace předmětu veřejné zakázky měl být součástí nabídky.
61. Jestliže zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že odstranění kontaminace odpadu nesmí být plněno prostřednictvím subdodavatele, přičemž byl dalšími uchazeči upozorněn na to, že vybraný uchazeč údajně není schopen realizovat předmět veřejné zakázky bez pomoci subdodavatelů, měl zadavatel znovu náležitě ověřit, zda vybraný uchazeč je skutečně schopný nakládat s odpady vzniklými při realizaci stavebních objektů SO 03 a SO 04 výhradně vlastními kapacitami. Lze souhlasit se zadavatelem, že při hodnocení a posouzení nabídky

vychází z informací, které uchazeči uvádějí v nabídkách. Pokud však jsou tyto informace e své kombinaci zmatečné, resp. vzbuzují pochybnosti o schopnosti reálně posuzovaný požadavek plnit, zadavatel měl tyto pochybnosti rozptýlit relevantní argumentací v rozhodnutí o námitkách, na základě čeho si učinil představu, že vybraný uchazeč splňuje požadavek dle čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, konkrétně odst. 9.3., zadávací dokumentace.

62. Vybraný uchazeč v nabídce, konkrétně v podrobném popisu odpadového hospodářství sanačního zásahu, uvedl, že „[v]zhledem k tomu, že během nápravných opatření budou vznikat nebezpečné opady, je nezbytné, aby práce řídila odborná firma, která převezme odpovědnost za evidenci a nakládání s odpady.“ A dále „materiál přesahující sanační limity bude odvezen a předán odborné firmě k uložení na příslušnou skládku či k odstranění jiným způsobem.“ Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel nemohl vědět, zda vybraný uchazeč pod pojmem „odborné firmy“ myslí konkrétní zařízení pro nakládání s odpady (skládky) anebo subdodavatele. Tato nejasnost v nabídce vybraného uchazeče přetrvává i přesto, že na jiném místě nabídky byl vybraným uchazečem předložen seznam subdodavatelů s označením těch částí veřejné zakázky, které hodlá plnit prostřednictvím subdodavatele, přičemž u objektů SO 03 a SO 04 záměr využít subdodavatele neuvedl. Z podrobného popisu odpadového hospodaření totiž plnění této části veřejné zakázky výhradně vlastními kapacitami jednoznačně nevyplývá, když vybraný uchazeč naopak zmiňuje spolupráci s „odbornou firmou“.
63. Vybraný uchazeč prokazoval splnění technického kvalifikačního předpokladu prostřednictvím skládky Želeč a skládky Prakšická III, které slouží pro konečné uložení/odstranění odpadu ostatního, nikoliv odpadu nebezpečného, který bude prokazatelně při realizaci stavebních objektů SO 03 a SO 04 vznikat. Vybraný uchazeč dále uvedl, že disponuje mobilním zařízením ke stabilizaci odpadu, jehož provoz je schválen pouze pro území hlavního města Prahy. Vybraný uchazeč mobilní zařízení v nabídce ani nezařadil mezi zařízení pro konečné uložení/odstranění odpadů. Dále vybraný uchazeč při prokazování kvalifikace uvedl dispozici skládkou Malhostice a Biodegredační plochou Uherský Brod, které taktéž neslouží ke konečnému uložení odpadu. Navíc tyto skládky se nenacházejí v lokalitě, na níž by mohlo mobilní zařízení působit. Z těchto informací nevyplývá, stejně jako z popisu realizace veřejné zakázky, který ve své nabídce předložil vybraný uchazeč, jak bude vybraný uchazeč nakládat s kontaminovaným odpadem, resp. která konkrétní zařízení (skládky) pro nakládání s odpady hodlá využívat při realizaci veřejné zakázky. Podrobný popis realizace veřejné zakázky vybraného uchazeče však měl být dle zadávacích podmínek povinnou součástí nabídky. Vybraný uchazeč ve své nabídce rovněž neuvádí, jak hodlá do realizace veřejné zakázky zapojit mobilní zařízení a jakou roli bude při plnění veřejné zakázky zastávat. Tyto skutečnosti vybraný uchazeč zpřesňuje až v rozkladu. Pokud zadavatel prvně shledal nabídku vybraného uchazeče v souladu se zadávacími podmínkami, pak nejpozději poté, co obdržel od dalších dvou uchazečů námitky, kterými upozorňovali na nesplnění posuzovaného požadavku ze strany vybraného uchazeče, si zadavatel měl nechat vysvětlit od vybraného uchazeče, jak hodlá plnit předmět veřejné zakázky bez pomoci subdodavatelů v rámci realizace stavebních úprav objektů SO 03 a SO 04, a poté případně pochybnosti o splnění zadávacích podmínek vybraným uchazečem vyjasnit v rozhodnutí o námitkách.



64. Okruh námitek vybraného uchazeče ohledně kategorizací odpadů na základě chemických analýz, není v posuzovaném případě relevantní. Úřad neposuzuje, jak bude vybraný uchazeč předmět veřejné zakázky realizovat, a zda z nabídky vybraného uchazeče vyplývá, že je schopen plnit předmět veřejné zakázky vlastními kapacitami, či nikoli. Úřad shledal jako netransparentní postup zadavatele při posouzení nabídky vybraného uchazeče, neboť je na základě výše uvedených skutečností evidentní, že zadavatel neměl postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splňuje zadávací podmínku v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, konkrétně v odst. 9.3., zadávací dokumentace, tedy že bude schopen nakládat s odpady vzniklými v rámci realizace stavebních objektů SO 03 a SO 04, a to včetně ukládání kontaminovaných (nebezpečných) odpadů na zařízení ke konečnému uložení/odstranění odpadů, bez přičinění subdodavatele.
65. Transparentnost všech kroků zadavatele je základním požadavkem kladeným na průběh zadávání veřejných zakázek. S tím souvisí povinnost zadavatele dodržovat zásadu transparentnosti ve všech fázích zadávacího řízení, tedy i ve fázi posouzení nabídky.
66. Požadavek transparentnosti je považován za nesplněný v případě, že jsou v zadatelově postupu shledány takové prvky, které by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným, nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele. Jak je uvedeno v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, je tento závěr rovněž v plném souladu s výkladem zásady transparentnosti ze strany Soudního dvora Evropské unie, neboť stanovisko generální advokátky Stix-Hackl ve věci Coname, které shrnuje dosavadní judikaturu Soudního dvora Evropské unie, k problému zásady transparentnosti mimo jiné uvádí, že princip transparentnosti představuje vůdčí zásadu pro celé zadávací řízení, a k tomu patří rovněž například přezkoumatelnost rozhodnutí zadavatele a obecně objektivní postup během zadávacího řízení. Za netransparentní lze dle rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 77/2008-45 ze dne 4. 11. 2010 tedy považovat jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Pokud si zadavatel vybral nabídku vybraného uchazeče, musí být v dokumentaci o zadávacím řízení řádně uvedeno, na základě jakých skutečností se tak zadavatel rozhodl. Jedině takový postup zadavatele je transparentní.
67. Zadavatel v rozkladu rozvádí, jak si představoval plnění veřejné zakázky vybraným uchazečem, avšak všem uchazečům o veřejnou zakázku nebylo z nabídky vybraného uchazeče zřejmé, na základě jakých údajů se zadavatel rozhodl právě pro vybraného uchazeče, když nebylo postaveno najisto, zda vybraný uchazeč splňuje veškeré zadávací podmínky. Průběh zadávacího řízení se tak navenek nejevil jako férový a správný. Na posuzovaný případ lze analogicky použít rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 88/2012-75 ze dne 21. 11. 2013, ve kterém soud uvedl, že „[o]bligatoční součástí procesu posuzování nabídek je podle § 77 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zkoumání, zda konkrétní nabídka neobsahuje mimořádně nízkou nabídkovou cenu; povinnost věcně se vyjádřit k důvodům, pro které hodnotící komise nepovažuje žádnou z nabídkových cen za mimořádně nízkou, vzniká tehdy, pokud zadavatele nebo hodnotící komisi kdokoli (především z uchazečů, kteří podali nabídky) na možnost mimořádně nízkých nabídkových cen věrohodně a kvalifikovaně v průběhu zadávacího řízení upozornil; k takovému upozornění může dojít v době mezi otevřením obálek a posouzením nabídek nebo v rámci námitek proti posouzení nabídek; přitom je-li takové upozornění součástí námitek podle § 110 odst. 1

*uvedeného zákona, pak způsob jejich vypořádání v rozhodnutí o námitkách podle § 111 odst. 1 stejného zákona musí být pod kontrolou Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.“ V posuzovaném případě další uchazeči upozornili ve svých námitkách na neschopnost vybraného uchazeče realizovat veřejnou zakázku v souladu v čl. 9 „JINÉ POŽADAVKY ZADAVATELE, SUBDODÁVKY“, konkrétně v odst. 9.3., zadávací dokumentace. Zadavatel tak měl v rozhodnutí o námitkách řádně odůvodnit svou představu o tom, jak hodlá vybraný uchazeč jednotlivá zařízení využívat při realizaci veřejné zakázky pro nakládání s nebezpečným odpadem, a toto vysvětlení učinit součástí dokumentace o zadávacím řízení, čímž by zadavatel zajistil transparentnost svého postupu při výběru nejhodnější nabídky. Pokud by zbylí uchazeči s tímto vysvětlením nesouhlasili, mohli by podat proti tomu námitky.*

68. *Námitka, že Úřad nedisponuje dostatečně odbornou kapacitou na to, aby byl schopen posoudit, zda byl obsah nabídky vybraného uchazeče přesný a v kontextu prokázání splnění technické kvalifikace vylučující nutnost využít k ukládání vzniklého odpadu subdodavatele, je nedůvodná, neboť Úřad neposuzoval naplnění podmínek zadávací dokumentace vybraným uchazečem, ale posuzoval postup zadavatele v zadávacím řízení.*
69. *V rámci vypořádání této námitky lze s vybraným uchazečem souhlasit v tom, že přezkum myšlenkových pochodů, ani nahrazování role hodnotící komise Úřadu nepřisluší. Takový postup výslovně zapovídá též ustálená judikatura, z níž patrně čerpá i vybraný uchazeč, neboť jeho námitka vychází z formulace právního závěru rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009 - 100 ze dne 6. 11. 2009, který výslovně uvádí, že „Úřad není oprávněn při své přezkumné činnosti vstupovat do myšlenkových pochodů jednotlivých hodnotitelů, tedy členů hodnotící komise, a tyto myšlenkové pochody jakkoliv přezkoumávat, hodnotit či dokonce nahrazovat vlastním správním uvážením, neboť zákon konstruuje hodnotící komisi jako kolegium odborně způsobilých osob, kterým jedině je zákonem svěřena pravomoc posoudit veškeré odborné otázky, související s procesem hodnocení nabídek. Posouzení přiměřenosti či nepřiměřenosti údajů v nabídkách mezi takové odborné otázky bezpochyby náleží. Úřad však přezkoumává, zda k hodnocení komisí došlo zákonem stanoveným způsobem, zda k tomu došlo transparentním způsobem, tedy zda je posouzení komise přezkoumatelné po formální stránce“.*
70. *K působnosti Úřadu ve vztahu k hodnocení nabídek dále odkazují na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 A 9/2002-62 ze dne 16. 3. 2004, v němž označený soud doplnil, že „jeho pravomoci sahají do úrovně těch činností zadavatele, které vytvářejí prostor pro fair podmínky pro účast uchazečů v soutěži, ale končí tam, kde nastupuje vlastní úvaha o tom, která nabídka splnila konkrétní kritérium a v jaké kvalitě. Nelze přezkoumávat úvahy členů hodnotící komise, neboť tím by se žalovaný ve svých důsledcích sám stylizoval do role zadavatele a určoval by, která zakázka má vyhovět zadaným kritériím a také v soutěži zvítězit. Orgán dohledu nemůže přebírat zodpovědnost za výběr nejhodnější nabídky, neboť k tomu nemá ani odborné předpoklady, totéž nelze požadovat ani po soudu. Úkolem obou je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. V opačném případě by se totiž výběr nejhodnější nabídky mohl stát záležitostí znaleckých posudků a pak by existence zákona postrádala smysl“.*
71. *Z výše citované judikatury v souladu se zněním zákona plyne, že pravomoc Úřadu je omezena toliko na přezkum zákonnosti úkonů zadavatele, tedy kontrolu a posouzení toho,*

zda zadavatel v zadávacím řízení postupoval v souladu se zásadami transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace a dalšími ustanoveními zákona. Na základě posouzení napadeného rozhodnutí sděluji, že Úřad postupoval zcela v takto vymezeném rámci přezkumu, neboť posuzoval právní otázku, zda zadavatel dodržel při hodnocení nabídek zásadu transparentnosti, tedy v konkrétním případě, zda zadavatel měl postaveno najisto, že nabídka vybraného uchazeče splňuje požadavky zadavatele stanovené v zadávací dokumentaci.

72. Pro vyloučení všech pochybností akcentuji, že nezákonnost postupu zadavatele Úřad napadeným rozhodnutím shledal toliko v rozsahu netransparentního postupu zadavatele při výběru nabídky vybraného uchazeče, který v rozhodnutí o námitkách neodůvodnil, na základě jakých skutečností má postaveno najisto, jak bude vybraný uchazeč posuzovaný požadavek zadavatele plnit vlastními kapacitami.
73. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal i zákonnost napadeného rozhodnutí, jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným. Dospěl jsem přitom k závěru, že Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a dostatečně odůvodnil jejich použití.

## **VII. Závěr**

74. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladech.
75. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

## **POUČENÍ**

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona nelze dále odvolat.

Ing. Petr Rafaj  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### **Obdrží**

1. DIAMO, státní podnik, Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem
2. Ing. Martin Kovařík, Adamovská 804/3, 140 00 Praha 4
3. EKOM CZ a.s., Průmyslová 1472/11, 102 00 Praha 10

### **Vypraveno dne**

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