



UOHSX004XK1W

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S63/2013/VZ-10508/2013/511/MKI

Brno 6. června 2013

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 23. 1. 2013, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- Zadavatel - Investiční a rozvojová Praha 3 a.s., IČO 28954874, se sídlem Olšanská 2666/7, 130 00 Praha 3,
- navrhovatel – společnosti
 - HOCHTIEF CZ a.s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5,
 - Energie – stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno,
 - Subterra a.s., IČO 45309612, se sídlem Bezová 1658, 147 14 Praha 4,

které uzavřely dne 14. 5. 2012 smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky, na jejímž základě ve správním řízení za ně jedná HOCHTIEF CZ a.s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 10. 2012 Ing. Martinem Kovaříkem, podnikatelem, IČO 14947747, místo podnikání Adamovská 3/804, 140 00 Praha 4,

ve věci veřejné zakázky „Regenerace stávajících objektů, vybudování nástaveb a přístavby včetně podzemní garáže“, zadávané formou užšího řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 28. 3. 2012 a v informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 29. 3. 2012 pod ev. č. 211459, ve znění oprav ze dne 26. 4. 2012 a 21. 5. 2012 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2012 pod ev. č. 2012/S 69-113978, rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Investiční a rozvojová Praha 3 a.s., IČO 28954874, se sídlem Olšanská 2666/7, 130 00 Praha 3 – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „Regenerace stávajících objektů, vybudování nástaveb a přístavby včetně podzemní garáže“ postup stanovený v § 84 odst. 2 písm. e) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, tím, že zadávací řízení na tuto veřejnou zakázku svým rozhodnutím ze dne 14. 12. 2012 zrušil, aniž by se v jeho průběhu vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.

II.

Jako opatření k nápravě Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 118 odst. 1 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **ruší rozhodnutí zadavatele ze dne 14. 12. 2012 o zrušení zadávacího řízení** na veřejnou zakázku „Regenerace stávajících objektů, vybudování nástaveb a přístavby včetně podzemní garáže“.

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 – Investiční a rozvojová Praha 3 a.s., IČO 28954874, se sídlem Olšanská 2666/7, 130 00 Praha 3 – ukládá uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč (třicet tisíc korun českých). Náklady řízení jsou splatné ve lhůtě dvou měsíců ode dne právní moci rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Dne 28. 3. 2012 odeslal zadavatel – Investiční a rozvojová Praha 3 a.s., IČO 28954874, se sídlem Olšanská 2666/7, 130 00 Praha 3 (dále jen „zadavatel“) – k uveřejnění oznámení o zahájení užšího řízení na veřejnou zakázku „Regenerace stávajících objektů, vybudování nástaveb a přístavby včetně podzemní garáže“; v informačním systému o veřejných zakázkách bylo oznámení o zakázce uveřejněno dne 29. 3. 2012 pod ev. č. 211459, ve znění oprav dne 26. 4. 2012 a 21. 5. 2012 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 7. 4. 2012 pod ev. č. 2012/S 69-113978.
2. Zadavatel pověřil výkonem práv a povinností souvisejících se zadávacím řízením ve smyslu ustanovení § 151 zákona společnost OTIDEA a.s., IČO 27142442, se sídlem Na Příkopě 31, 110 00 Praha 1.
3. Předmětem veřejné zakázky bylo provedení stavebních prací spočívajících v regeneraci stávajících objektů (bytových objektů), vybudování nástaveb a přístavby včetně podzemní garáže v ulici Buková, Praha 3.
4. Ve lhůtě pro doručení žádostí o účast v užším řízení, jejíž konec stanovil zadavatel na 1. 6. 2012, podalo žádost o účast celkem 5 zájemců, jak vyplývá z protokolu o otevírání obálek s žádostmi ze dne 4. 6. 2012. Tři zájemci byli dle protokolu o jednání komise ze dne 22. 6. 2012 vyzváni k doplnění kvalifikace v souladu s § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb.,

o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“). Ze zprávy o posouzení kvalifikace ze dne 30. 7. 2012 vyplývá, že všichni zájemci prokázali splnění požadované kvalifikace.

5. Protože zadavatel omezil počet zájemců pro účast v užším řízení na 5 zájemců a v rámci zadávacího řízení bylo podáno celkem 5 žádostí o účast v zadávacím řízení, které všechny splnily požadavky stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách a v zákoně, byli všichni tito zájemci vyzváni k podání nabídky. Konečný termín pro odevzdání nabídek byl stanoven na 12. 10.2012.
6. Ve stanovené lhůtě podalo své nabídky všech pět vyzvaných zájemců. Obálky s nabídkami byly otevřeny zadavatelem jmenovanou hodnotící komisí dne 15. 10. 2012 s tím, že všechny nabídky vyhověly kontrole úplnosti. Dle přílohy protokolu o otevírání obálek s nabídkami obsahovala nejnižší nabídkovou cenu nabídka účastníků „Sdružení Regenerace bytových objektů v ulici Buková“, které tvoří
 - HOCHTIEF CZ a.s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5,
 - Energie – stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno,
 - Subterra a.s., IČO 45309612, se sídlem Bezová 1658, 147 14 Praha 4,

kteří uzavřely dne 14. 5. 2012 smlouvu o sdružení, na jejímž základě ve správním řízení za ně jedná HOCHTIEF CZ a.s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 17. 10. 2012 Ing. Martinem Kovaříkem, podnikatelem, IČO 14947747, místo podnikání Adamovská 3/804, 140 00 Praha 4 (dále jen „navrhovatel“).

7. Zadavatel všem pěti uchazečům oznámil dopisem ze dne 25. 10. 2012, že rozhodl o zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, a to dle ust. § 84 odst. 2 písm. e) zákona. V rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatel uvedl, že shledal, že v průběhu zadávacího řízení se vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze požadovat, aby zadavatel v zadávacím řízení pokračoval.
8. Proti rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení, které obdržel dne 2. 11. 2012, podal navrhovatel dne 13. 11. 2012 zadavateli námitky. V nich uvedl, že pokládá rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatele za vadné a nepřezkoumatelné, jelikož absentuje zdůvodnění zmíněného postupu. Proti výše zmíněnému rozhodnutí podal námitky i další uchazeč, jelikož nepovažoval rozhodnutí zadavatele za učiněné v souladu se zákonem, tj., neopíralo se o zákonné důvody, které by byly dostatečným způsobem zdůvodněny stěžovateli, a rozhodnutí nebylo rozesláno v zákonné lhůtě, tj. do 2 pracovních dní po přijetí rozhodnutí.
9. Dne 22. 11. 2012 vydal zadavatel společné rozhodnutí o námitkách uchazečů, v němž zadavatel námitkám v souladu s § 111 odst. 1 zákona vyhověl. Jako opatření k nápravě zadavatel zrušil rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 25. 10. 2012.
10. Dne 14. 12. 2012 zadavatel na základě ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona rozhodl o zrušení zadávacího řízení předmětné zakázky.

11. Dne 2. 1. 2012 navrhovatel podal námitky proti opětovnému zrušení zadávacího řízení, ve kterých uvádí, že zadavatel nedodržel postup stanovený § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť zrušil zadávací řízení, aniž byly naplněny zákonné důvody pro jeho zrušení, dále ust. § 84 odst. 8 ve spojení s § 6 zákona, neboť napadené rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení řádně neodůvodnil a také ust. § 110 odst. 2 zákona, neboť v poučení napadeného rozhodnutí svévolně zadavatel zkrátil lhůtu pro podání námitek proti napadenému rozhodnutí na 10 dnů, zatímco podle zákona činí tato lhůta 15 dnů.
12. O námitkách navrhovatele rozhodl zadavatel svým rozhodnutím dne 10. 1. 2013, a to tak, že jim nevyhověl. V odůvodnění rozhodnutí o námitkách obhajuje svůj postup tím, že s ohledem na současný postup jednak Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) a jednak orgánů činných v trestním řízení při prověřování veřejných zakázek, si nové vedení společnosti, tj. zadavatel provedl prověření všech zadávacích řízení, která byla vypsána v předcházející době, tedy i předmětné veřejné zakázky, a na základě tohoto prověření dospěl k názoru, že zadávací řízení v části požadavků na prokázání kvalifikace uchazečů bylo jednoznačně vypsáno diskriminačním způsobem. Dále že zadavatel požadoval prokázání kvalifikačních předpokladů v nepřiměřené míře neodpovídající složitosti a náročnosti veřejné zakázky, neboť požadované jak ekonomické, tak i technické kvalifikační požadavky překračovaly zcela nepřiměřeně a bezdůvodně obecně uznávanou míru pro tyto hodnoty, a tím došlo k nepřiměřenému zúžení okruhu dodavatelů, kteří by jinak mohli podat nabídku.
13. V odůvodnění zmíněného rozhodnutí dále zadavatel poukazuje na nepřiměřené vymezení kvalifikačních požadavků, které spatřuje v tom, že požadované referenční stavby se měly týkat výhradně bytových domů a občanských budov. Dle zadavatele měly být ovšem požadovány jako reference realizované pozemní stavby obecně. Dále zadavatel považuje za diskriminační podmínku, že uchazeči měli doložit referenci na rekonstrukci bytového domu při jeho nepřetržitém užívání. Zadavatel dále považuje za příliš vysoký požadovaný počet referencí a jejich finanční objem, který dle něj přesáhl téměř čtyřnásobně předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a také zpochybňuje požadovaný počet referencí na stavební práce, jejichž předmětem bylo zabezpečení stavebních jam.
14. Zadavatel v odůvodnění dále považuje požadavek na pojištění odpovědnosti za škodu ve výši 90 mil. Kč za diskriminační a omezující okruh dodavatelů způsobilých ucházet se o plnění veřejné zakázky. Obdobně vyhodnotil požadavek na 200 zaměstnanců a 20 vedoucích zaměstnanců, neboť dle jeho přesvědčení postačuje pro tento typ plnění 80 až 100 zaměstnanců.
15. Zadavatel se také neztotožňuje s nastavením kritérií pro výběr zájemců pro podání nabídky, která považuje za nepřiměřeně znevýhodňující menší a střední dodavatele a naopak zvýhodňující výhradně velké stavební dodavatele.
16. Zadavatel ve svém rozhodnutí také uvádí, že je přesvědčen o skutečnosti, že zadávací řízení bylo vypsáno těsně před koncem účinnosti starého zákona právě proto, aby zadavatel mohl zásadním způsobem účelově omezit okruh možných dodavatelů, kteří mohou prokázat kvalifikace a dále doložit takové parametry a počty těchto kvalifikací, které jim právě zajistí, že budou vyzváni k předložení nabídky. Musel si být vědom i té skutečnosti, že dle novely zákona o veřejných zakázkách, která vstupovala v účinnost 1. 4. 2012 již takto nebude moci postupovat.

17. Vzhledem k tomu, že navrhovatel považoval rozhodnutí zadavatele ze dne 10. 1. 2013 o nevyhovění svým námitkám za učiněné v rozporu se zákonem, podal dne 23. 1. 2013 písemný návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, jako orgánu dohledu nad dodržováním zákona.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Úřad obdržel návrh dne 23. 1. 2013 a tímto dnem bylo podle § 113 zákona zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele.

Obsah návrhu

19. Ve svém návrhu navrhovatel rekapituluje průběh zadávacího řízení z vlastního pohledu, přičemž uvádí, že dne 14. 1. 2013 obdržel toliko neověřenou kopii písemnosti označené jako „Rozhodnutí zadavatele o námitkách“. Navrhovatel tudíž konstatuje, že doručení prosté kopie rozhodnutí není platným právním úkonem zadavatele, který tak postupoval při vyřizování námitek v rozporu s § 111 zákona, což je správním deliktem podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona. Navrhovatel ovšem předpokládal, že rozhodnutí o námitkách je shodného obsahu a znění jako kopie listiny, jež mu byla doručena, tudíž podal návrh s přihlédnutím k obsahu listiny.
20. Navrhovatel je dále přesvědčen, že zadavatel nebyl oprávněn zrušit zadávací řízení na veřejnou zakázku, neboť nebyly naplněny žádné zákonné důvody pro zrušení, čímž porušil dle navrhovatele § 84 odst. 2 písm. e) zákona.
21. Navrhovatel se v návrhu vyjadřuje k rozhodnutí o námitkách. V první řadě konstatuje, že toto rozhodnutí považuje za zmatečné a to z důvodu, že zadavatel uvádí, že nevyhovuje námitce navrhovatele proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení nabídky, ačkoli navrhovatel namítal proti zrušení zadávacího řízení, což zadavatel zmiňuje na jiném místě rozhodnutí o námitkách. Dále navrhovatel uvádí, že zadavatel uvedl nesprávné datum doručení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
22. Po rekapitulaci rozhodnutí zadavatele o námitkách se navrhovatel vyjadřuje k postupu zadavatele, který považuje za absurdní, jelikož si zadavatel (zřejmě v důsledku výměny osob ve vedení společnosti) počíná tak, jako kdyby touto změnou zároveň došlo ke změně zadavatele samotného. Rozhodnutí o námitkách má dle navrhovatele spíše charakter námitek zadavatele proti vlastním zadávacím podmínkám, které se objevily za situace, kdy byl zadavatel povinen dokončit v souladu se zákonem zadávací řízení.
23. Navrhovatel nemůže uznat ani na první pohled dobře hájitelné důvody spočívající v údajné diskriminaci malých a středních firem, jelikož dle něj nelze argumentovat potenciální existencí konkrétně neuvedených dodavatelů, kteří se snad s ohledem na vymezení požadavků na splnění kvalifikace zadávacího řízení nezúčastnili a jejichž existence není navrhovateli známa a žádným způsobem ji neprokázal ani zadavatel. Navrhovatel dále argumentuje, že dle zákona je každý dodavatel oprávněn požadovat dodatečné informace k zadávacím podmínkám či podat proti těmto podmínkám námitky, ovšem že žádný dodavatel zmíněných postupů nevyužil, a proto nelze uvažovat o „ochraně práv“ hypotetických dodavatelů, která by dokonce snad vyžadovala zrušení zadávacího řízení. Navrhovatel tedy upozorňuje na skutečnost, že zmírnění zadávacích podmínek nepožadoval žádný subjekt a zadávacího řízení se účastnil dostatečný počet uchazečů, kteří veškeré

požadavky splnili. Dle navrhovatele tak zrušení zadávacího řízení za popsané situace rozhodně nemůže být nápravou, naopak zcela konkrétně poškozuje uchazeče, kteří se zadávacího řízení řádně zúčastnili, a zejména navrhovatele, který předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou, jež byla jediným hodnotícím kritériem.

24. S argumentací zadavatele, že Úřad by zadávací řízení na základě zjištěných pochybení v zadávacích podmínkách po provedeném přezkumu stejně zrušil, navrhovatel taktéž nesouhlasí a je přesvědčen, že zadávací podmínky byly vymezeny v souladu se zákonem, a že k diskriminaci, a to ani skryté, ve skutečnosti nedošlo a upozorňuje také na to, že dle něj je nutno rozlišovat mezi dvěma situacemi. Tou, která nastala a tou, kdyby proti zadávacím podmínkám namítal v příslušné lhůtě některý z dodavatelů, který by prokázal, že mu tyto podmínky zabránily v účasti v zadávacím řízení. V předmětném případě je původcem „námitek“ však samotný zadavatel a jejich obsahem jeho subjektivní, neopodstatněné a spekulativní úvahy. Navrhovatel se domnívá, že motivem takového jednání zadavatele může být i reakce na skutečnost, že se zadávací řízení nevyvinulo podle představ nového vedení zadavatele.
25. Navrhovatel důrazně odmítá názor, že je zadavatel oprávněn zrušit zadávací řízení na základě údajného porušení zákona, které zjistil dodatečně a také upozorňuje, že ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona dává zadavateli možnost, aby zrušil zadávací řízení, pokud zjistí, že některým svým úkonem porušil zákon. Ovšem toto ustanovení vyžaduje existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, které se vyskytly v průběhu zadávacího řízení, a pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Podle ustálené judikatury (viz rozsudek níže uvedený) a rozhodovací praxe Úřadu musejí být tyto důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele. Navrhovatel v návrhu dále rozebírá pojem „důvody hodné zvláštního zřetele“, přičemž odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu (dále jen „NSS“) č. j. 2 Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010 nebo na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/DŘI ze dne 4. 7. 2012.
26. Navrhovatel tedy vychází z výše zmiňované rozhodovací praxe, když konstatuje, že „lze tedy mít za najisto postavené, že i kdyby zadavatel skutečně v průběhu zadávání veřejné zakázky pochybil, jak tvrdí v rozhodnutí o námitkách (což však navrhovatel a priori odmítá), není toto pochybení zákonným důvodem pro zrušení zadávacího řízení.“ Dále je dle navrhovatele z rozsudku NSS i rozhodnutí Úřadu zřejmé, že jakékoli vlastní jednání či opomenutí zadavatele nelze považovat za relevantní důvod pro zrušení zadávacího řízení. Dle navrhovatele tedy skutečnosti, které zadavatel označuje za důvody hodné zvláštního zřetele ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona, jsou bez ohledu na jejich konkrétní obsah čistě subjektivní povahy a vycházejí pouze z činnosti zadavatele v zadávacím řízení. Nelze tedy v daném případě uvažovat o tom, že by zadavatele uváděné důvody byly nezávislé na jeho vůli, což je podmínkou pro možnost zrušení zadávacího řízení podle výše zmíněného ustanovení zákona.
27. Navrhovatel se dále ve svém návrhu vyjadřuje k údajně diskriminačním kvalifikačním požadavkům, na jejichž základě zadavatel zadávací řízení zrušil. V první řadě navrhovatel zdůrazňuje, že domnělou diskriminaci namítá v souvislosti se zadáváním předmětné veřejné zakázky pouze a jedině zadavatel, přičemž tak překvapivě činí až poté, co zjistil nabídkové ceny uchazečů, a tedy pravděpodobný výsledek zadávacího řízení. Navrhovatel dodává, že kvalifikační požadavky a jejich oprávněnost přitom nebyly nikým z dodavatelů v průběhu

zadávacího řízení nijak zpochybněny (nebyly podány námitky v této věci), což by se nesporně stalo, pokud by některému dodavateli jejich nepřiměřenost bránila v účasti v zadávacím řízení.

28. Jelikož zadavatel v rozhodnutí o námitkách opakovaně zmiňuje údajnou diskriminaci malých a středních stavebních firem prostřednictvím vymezených kvalifikačních předpokladů, navrhovatel kontruje argumentací, že stanovení kvalifikačních předpokladů, včetně požadované úrovně jejich splnění slouží k selekci těch dodavatelů, kteří ke splnění veřejné zakázky objektivně způsobilí nejsou, což logicky plyne i z ustanovení § 17 písm. e) zákona. Jelikož zadávaná veřejná zakázka je zakázkou značného finančního objemu, který přesahuje částku 200 mil. Kč bez DPH, je dle navrhovatele zřejmé, že pro její realizaci není způsobilá každá stavební firma bez ohledu na její velikost, výkonnost a dosavadní zkušenost s realizací obdobných staveb. Navrhovatel tedy považuje argumentaci zadavatele v tom smyslu, že kvalifikačními předpoklady, ač přiměřeně stanovenými, byly diskriminovány malé či střední firmy, za nemožné v tomto případě obstát.
29. Názor zadavatele týkající se požadavku na referenční stavby výhradně bytových a občanských budov, považuje navrhovatel za nesprávný a uvádí, že předmět plnění veřejné zakázky se týká bytových domů, zatímco pozemní stavby lze obecně definovat jako stavby domů, budov, hal, ploch, komunikací a objektů, jejichž větší část je umístěna na zemském povrchu, z čehož je tedy zřejmé, že určité druhy pozemních staveb jsou ve vztahu k veřejné zakázce irelevantní. Navrhovatel také dodává, že stavby bytových domů a občanských budov nejsou ničím výjimečným, jedná se o běžný a častý typ staveb, s jejichž realizací mají zkušenosti všichni dodavatelé působící na trhu, a proto by nemělo být obtížné předmětné reference doložit.
30. Co se týče požadavku na doložení reference o realizaci rekonstrukce bytového domu za nepřetržitého užívání, jež má přímý vztah k předmětu veřejné zakázky a zadavatel jej považuje opět za diskriminační, navrhovatel uvádí následující: *„Je totiž zásadní rozdíl mezi prováděním rekonstrukce bytového domu, který je prázdný a bytového domu, který je během rekonstrukce obýván. V takovém případě musí stavební dodavatel brát zřetel na práva nájemníků rekonstruovaného domu a provádět stavební práce způsobem zajišťujícím bezpečnost obyvatel domu. Z tohoto důvodu zadavatel potřeboval zajistit, aby uchazeč, jehož nabídka bude vybrána jako nejvhodnější, měl s rekonstrukcemi bytového domu za provozu zkušenosti, a to vzhledem k tomu, že při stavbě je nutno zohledňovat určitá specifika, zejména pohyb civilních osob na staveništi, často i malých dětí, a co nejmenší míru omezení práv nájemníků.“* Navrhovatel tedy považuje tento požadavek za přiměřený a odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky.
31. K úvahám zadavatele o nepřiměřeném počtu referencí a jejich souhrnném finančním objemu navrhovatel uvádí, že pokud by se některý stavební dodavatel cítil zmíněnými požadavky diskriminován, nepochybně by proti nim podal příslušné námitky. To se však nestalo, což považuje zadavatel za pochopitelné, neboť dle něj je finanční objem referencí vymezen relevantně předmětu plnění veřejné zakázky a jeho předpokládané hodnotě. Rovněž z hlediska předmětu plnění jsou dle navrhovatele referenční zakázky formulovány tak, aby pokryly specifika předmětu plnění zadávané veřejné zakázky, a to včetně skutečnosti, že stavební práce budou probíhat v hustě zastavěné městské části milionové metropole (mj. nutnost dostatečné zkušenosti dodavatele se zabezpečováním stavebních jam).

32. Také porovnávání souhrnného objemu referencí s předpokládanou hodnotou veřejné zakázky tak, jak je provedl zadavatel, považuje navrhovatel za nesprávné a argumentuje tím, že objektivně vzato není pro plnění veřejné zakázky způsobilý stavební dodavatel, který má zkušenosti pouze s jedinou zakázkou obdobného finančního objemu, jelikož takový dodavatel by zadavateli nemohl poskytnout dostatečnou záruku, že plnění bude provedeno řádně a včas.
33. K domněle diskriminačnímu požadavku na pojištění odpovědnosti za škodu navrhovatel uvádí, že jeho výše je zcela obvyklá a přiměřená a dodává, že zmíněný požadavek na pojištění nemůže ani z podstaty věci omezit účast v zadávacím řízení, jelikož každý stavební dodavatel, který nemá uzavřeno pojištění v požadované výši, má možnost uzavřít samostatnou pojistnou smlouvu na odpovědnost za škodu způsobenou třetí osobě při provádění zadávané veřejné zakázky, přičemž účinnost této smlouvy bude vázána na získání této zakázky.
34. Ohledně údajně nepřiměřeného požadovaného počtu zaměstnanců navrhovatel v návrhu uvádí, že *„zadavatel vědomě zaměňuje požadavek na celkový počet zaměstnanců s počtem zaměstnanců pro vlastní plnění veřejné zakázky a připustit, že kvalifikaci splňuje dodavatel, který má právě tolik zaměstnanců, kolik je jich třeba pro plnění veřejné zakázky, znamená de facto připustit, že pro plnění zakázky je způsobilý stavební dodavatel, který bude plnit pouze a jedině tuto zakázku. Smyslem kvalifikačního předpokladu stanoveného podle § 56 odst. 3 písm. e) zákona je naopak prokázat, že existence a fungování dodavatele nebude vázána výlučně na plnění dané veřejné zakázky, ale že dodavatel disponuje dostatečným počtem zaměstnanců pro plnění několika veřejných zakázek najednou.“*
35. Navrhovatel v návrhu také konstatuje, že pokud se některý dodavatel nemohl zadávacího řízení úspěšně účastnit, bylo to proto, že objektivně nebyl pro plnění veřejné zakázky způsobilý. Samotná skutečnost, že úspěšně požádalo o účast v zadávacím řízení pět dodavatelů, kteří následně podali své nabídky, dle navrhovatele svědčí o tom, že „okruh způsobilých dodavatelů nebyl omezen více, než jej v souladu se zákonem omezila přiměřeně stanovená kvalifikace.“
36. Navrhovatel dále reaguje na část rozhodnutí o námitkách, kde zadavatel polemizuje s kritérii pro výběr zájemců pro podání nabídky, která označuje za nepřiměřeně znevýhodňující střední dodavatele a naopak bezdůvodně zvýhodňující výhradně velké stavební dodavatele. Navrhovatel v této souvislosti zdůrazňuje, že v zadávacím řízení k omezení počtu zájemců vůbec nedošlo, jelikož všichni dodavatelé, kteří podali žádost o účast a prokázali splnění kvalifikace, byli zadavatelem vyzváni k podání nabídky.
37. Na základě všech skutečností, jež navrhovatel ve svém návrhu uvedl, považuje navrhovatel za prokázané, že zadavatel nedodržel postup stanovený zákonem, neboť svým postupem porušil ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, neboť zrušil zadávací řízení, aniž byly naplněny zákonné důvody pro jeho zrušení, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejhodnější nabídky a ustanovení § 111 odst. 1 zákona, neboť nedeslal navrhovateli písemné rozhodnutí o tom, zda námitkám vyhovuje či nikoliv, s uvedením důvodu. Navrhovatel je dále přesvědčen o tom, že zadavatel se dopustil spáchání správního deliktu podle § 120 odst. 1 písm. g) zákona, neboť postupoval při vyřizování námitek navrhovatele v rozporu s § 111 zákona.

38. Vlastní újmu navrhovatel shledává ve skutečnosti, že předložil nabídku s nejnižší nabídkovou cenou v zadávacím řízení, v němž základním hodnotícím kritériem byla právě nejnižší nabídková cena. Lze proto legitimně očekávat, že by jeho nabídka byla vybrána jako nejvhodnější, k čemuž však s ohledem na neoprávněné zrušení zadávacího řízení nedošlo. Navrhovatel v důsledku vadného postupu zadavatele přišel o možnost plnit veřejnou zakázku.
39. Navrhovatel také konstatuje, že jakkoliv se zadavatel snaží vyvolat dojem, že se jedná o nápravu pochybení, a to dokonce jedinou možnou, naopak dle navrhovatele zrušení zadávacího řízení vede ke zcela konkrétní újmě uchazečů, kteří podali nabídku, na což vynaložili čas a nemalé finanční prostředky.
40. Navrhovatel má také za to, že veškeré skutečnosti nasvědčují tomu, že postup zadavatele reflektuje změnu jeho priorit, jež se projevila po výměně osob v jeho vedení. Místo, aby zadávací řízení bylo dokončeno výběrem nejvhodnější nabídky a uzavřením smlouvy, zadavatel se vymluvil na údajné pochybení bývalého vedení, ačkoli objektivně se žádné pochybení neprokázalo. Vše tak navozuje dojem, že zrušené zadávacího řízení je tak ponejvíce projevem odlišných preferencí nového vedení zadavatele, které však nejsou a nemohou být pro zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku relevantní.
41. Závěrem navrhovatel navrhuje, aby Úřad rozhodnutí zadavatele o zrušení předmětného zadávacího řízení zrušil, a dále navrhuje, aby Úřad rozhodl o spáchání správního deliktu zadavatele z důvodu vyřizování námitek navrhovatele v rozporu s § 111 zákona.
42. Účastníky řízení podle § 116 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
43. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S63/2013/VZ-2677/2013/511/MKI ze dne 11. 2. 2013 vyzval zadavatele k provedení úkonu – předložení dokumentace o veřejné zakázce podle § 155 zákona, jelikož zadavatel byl podle § 114 odst. 6 zákona povinen zaslat Úřadu své vyjádření k obdržnému návrhu do 7 dnů od jeho doručení a společně s tímto vyjádřením zaslat příslušnou dokumentaci veřejné zakázky nebo soutěže o návrh, což do uvedeného data neučinil. Úřad tak zadavateli stanovil usnesením lhůtu k provedení zmíněného úkonu.
44. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem ze dne 14. 2. 2013 ÚOHS-S63/2013/VZ-2647/2013/511/MKI.
45. Dne 14. 2. 2013 bylo Úřadu doručeno vyjádření zadavatele k podanému návrhu spolu s dokumentací veřejné zakázky ve smyslu ustanovení § 114 odst. 6 zákona.

Vyjádření zadavatele k návrhu

46. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu dne 23. 1. 2013.
47. Zadavatel se vyjadřuje k údajnému porušení ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona, a to prostřednictvím sdělení, že si je plně vědom povinnosti dbát po celou dobu průběhu zadávacího řízení na dodržení všech podmínek stanovených zákonem. Zadavatel uvádí, že *„v průběhu zadávacího řízení zjistil, že předmětná veřejná zakázka byla vypsána v rozporu se zákonem, konkrétně zadávací řízení v části požadavků na prokázání kvalifikací uchazečů bylo*

jednoznačně vypsáno diskriminačním způsobem. Zadavatel požadoval prokázání kvalifikačních kritérií v nepřiměřené míře neodpovídající složitosti a náročnosti veřejné zakázky, neboť požadované jak ekonomické, tak i technické kvalifikační požadavky překračovaly zcela nepřiměřeně a bezdůvodně obecně uznávanou míru pro tyto hodnoty. Tím došlo k nepřiměřenému zúžení okruhu dodavatelů, kteří by jinak mohli podat nabídku. To zadavatel považuje za důvod hodný zvláštního zřetele, pro který nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval a proto zadávací řízení zrušil.“

48. Na tvrzení navrhovatele ohledně neodeslání písemného rozhodnutí zadavatele o námitkách v originále, ale pouze v neověřené kopii, zadavatel reaguje sdělením, že „*písemné rozhodnutí o tom, že námitkám nevyhovuje, včetně odůvodnění, zaslal navrhovateli prostřednictvím svého mandátáře, který na základě mandátní smlouvy zařizuje pro zadavatele výkon zadavatelských činností v rámci předmětného řízení.*“
49. Zadavatel závěrem svého vyjádření sděluje, že s námitkami navrhovatele, uvedenými v návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 23. 1. 2013, nesouhlasí.
50. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S63/2013/VZ-3205/2013/511/MKI ze dne 19. 2. 2013 účastníkům řízení stanovil podle § 39 odst. 1 správního řádu lhůtu, ve které byli oprávněni navrhopat důkazy a činit jiné návrhy a ve které byli oprávněni vyjádřit svá stanoviska v řízení a lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům pro rozhodnutí.

Stanovisko zadavatele

51. Dne 26. 2. 2013 bylo Úřadu doručeno od zadavatele vyjádření, které obsahuje níže uvedené skutečnosti.
52. Zadavatel na základě prověření zadávacího řízení shledal, že předmětná veřejná zakázka byla vypisována v posledních možných dnech před účinností novely zákona, tj. 29. března 2013 formou užšího řízení s tím, že ačkoliv neomezovala výběr uchazečů losem, stanovovala klíč pro výběr 5 dodavatelů, kteří budou osloveni pro předložení nabídky, více než diskriminačním způsobem. Dále také že zadáním zakázky před účinností novely zákona znemožnil zadavatel postup, který by byl povinen dodržet dle novely, tj. umožnit předložit nabídku všem dodavatelům, kteří by kvalifikaci prokázali. Zadavatel dále shledal, že kvalifikační požadavky byly vymezeny diskriminačně a de facto znemožňovaly, aby mohly být prokázány středními a menšími stavebními společnostmi. Dle zadavatele tak bylo již samotné zahájení zadávacího řízení v rozporu se zásadními zásady zákona a došlo k nepřiměřenému omezení okruhu uchazečů, kteří by jinak mohli být řádnými uchazeči o získání veřejné zakázky. Jako jediné východisko tak zadavatel shledává zrušení zadávacího řízení a vypsání nového řádným způsobem.
53. Zadavatel ve svém stanovisku dále rekapituluje svůj postup v zadávacím řízení a obhajuje dále své rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
54. Zadavatel na obhajobu svého počínání uvádí, že při stanovení kvalifikačních kritérií je třeba vzít v úvahu i skutečnost, že ačkoliv se jednalo o nadlimitní veřejnou zakázku, kdy předpokládaná cena byla cca 240 mil. Kč, byla realizace díla plánována na 2 roky, což pro stanovení úrovně kvalifikace znamená (dle výkladových stanovisek ÚOHS), že zadavatel měl vycházet z úrovně plnění na 1 rok, tj. cca 100 – 120 mil. Kč, což zadavatel nejen neučinil, ale naopak několikanásobně překročil.

55. Zadavatel dále trvá na skutečnosti, že měla být požadována kvalifikace na realizaci pozemních staveb, jelikož autorizovaný inženýr či technik v oboru pozemní stavby, který stojí v čele pracovního týmu, je vždy plně schopen plnit předmět veřejné zakázky ať jde o pozemní stavbu jakéhokoliv typu.
56. Podrobně ve stanovisku zadavatel také rozebírá rozsah požadavku na pojištění uchazeče, které považuje za příliš vysoké a uvádí, že sjednání pojištění v tomto rozsahu je spojeno s povinností uchazeče hradit pojišťovně pojistné ve výši mnoha milionů korun, což je opět ve vztahu k střední a menší stavební společnosti obzvláště v době hospodářské krize nemožné požadovat. Zadavatel se domnívá, že namísto 90 mil. Kč by plně stačilo pojistné krytí v rozsahu 50 mil. Kč a dále se odvolává na novelu zákona (zadavatel si je vědom toho, že byla zakázka vyhlášena před účinností této novely), dle které již uchazeč není povinen a nemůže být nucen zadavatelem k uzavírání pojistných smluv v rámci zadávacího řízení. Zadavatel dále rozebírá klíč pro výběr pěti uchazečů, kteří budou vyzváni k podání nabídky, a konstatuje, že jej nastavil diskriminačně, jelikož nejvyšší počet bodů zajišťuje tomu uchazeči, který předloží v rámci tohoto kvalifikačního kritéria pojistnou smlouvu na 250 mil. Kč a v případě počtu zaměstnanců tomu uchazeči, který prokáže 800 pracovníků.
57. Zadavatel také uvádí, že si je vědom skutečnosti, že každý z potenciálních uchazečů jistě zvažoval, jaké jsou jeho šance na prokázání kvalifikací a dále i skutečnost, že pro podání námitek mu vznikne další zatížení jeho pracovníků a náklady s tím spojené. Argumentuje, že pro střední a menší stavební společnosti, které nemají rozsáhlá právní oddělení a tým odborníků ve stálém pracovním poměru, to znamená další vynakládání finančních prostředků na právní služby, které nejsou nijak nízké, a dále pak obvykle i obavu, že pokud podají námítky, budou následně ze strany zadavatele „perzekuovány“ a nebudou vnímány kladně, ale jako někdo, kdo má zájem zadavateli působit potíže. Navíc při vědomí, že jejich personální právní zázemí není dostatečně silné a zadavatel obvykle disponuje právním zastoupením předními advokátními kancelářemi, nemají zájem do těchto střetů investovat prostředky a pracovní potenciál vedení společnosti a raději se soustřeďují na podání nabídek v zakázkách, které tyto „střetové“ prvky nevykazují.
58. Zadavatel dále tvrdí, že navrhovatel účelově uvádí, že jiní dodavatelé neexistují, což však zadavatel popírá a opírá se o důvody uvedené v předchozím odstavci tohoto rozhodnutí. Zadavatel také považuje zavádějící tvrzení navrhovatele, že ostatní uchazeči mohli využít formu sdružení, jelikož i velké stavební společnosti, jako je sám navrhovatel, se museli sdružit.
59. Názor navrhovatele, že motivem zadavatele pro zrušení zadávacího řízení je fakt, ... „že se zadávací řízení nevyvinulo podle představ nového vedení zadavatele“, považuje zadavatel za zcela nepřijatelný, snažící se manipulovat pohled na rozhodnutí zadavatele z hranice trestního zákona. Zadavatel dále konstatuje svoji snahu uvést zadávací řízení do souladu se zákonem a veřejnou zakázku zadat na základě transparentního, nediskriminačního a rovného zadávacího řízení.
60. Zadavatel dále uvádí, že navrhovatel se ve svém návrhu opírá o rozsudek NSS č. j. Afs 64/2009-109 ze dne 27. 1. 2010, který však byl vydán v souvislosti s kauzou, která je diametrálně odlišná od tohoto případu, jelikož se jednalo o zadávací řízení, které bylo jinak bezvadné, v souladu se zákonem a soud rozhodoval toliko ve věci účelového rozhodnutí

zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Dále zadavatel nesouhlasí s odkazováním navrhovatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S96,97,168/2012/VZ-12415/2012/520/DŘí ze dne 4. července 2012, kde „zadavatel zrušil zadávací řízení na základě skutečnosti vyloučení uchazečů pro nesplnění podmínek zadavatele na nabídku“, což považuje za zcela odlišné od situace, kdy zadavatel zjistí, že zadávací řízení je od počátku vedeno v rozporu se zákonem a porušuje základní zásady zákona.

61. Zadavatel se domnívá, že má právo a i povinnost zrušit zadávací řízení, pokud zjistí rozpor zadávacího řízení se zákonem. Pokud by toto právo neměl, zbývalo by mu absurdní řešení, aby se obrátil sám na Úřad a podal podnět na zahájení řízení a prošetření zákonnosti zadávacího řízení, které sám vypsal. Zadavatel se také domnívá, že právě transparentním přístupem, kterým dává v podrobném odůvodnění na vědomí, jaké důvody jej vedou ke zrušení zadávacího řízení, demonstruje skutečnost, že rozhodnutí o zrušení není cílené proti žádnému uchazeči, který podal nabídku. Zadavatel dále uvádí, že má zájem zadávací řízení vypsat znovu tak, aby jeho zadání nebylo diskriminační a mohli se do něj přihlásit všichni potenciální dodavatelé, tedy i uchazeči, kteří podali své nabídky nyní.
62. Zadavatel se také vyjadřuje k námitce navrhovatele, ve které uvádí, že dle jeho názoru mu nebylo rozhodnutí zadavatele o námitkách řádně doručeno v originálu, ale jen v prosté kopii, a navíc že nebylo doručeno všem účastníkům sdružení „Sdružení Regenerace bytových objektů v ulici Buková“ (dále jen „sdružení“). Zadavatel v této věci uvádí, že „procesováním veřejné zakázky“ zmocnil na základně § 151 zákona mandatáře – společnost Otidea a.s., IČO 27142442, se sídlem Na Příkopě 988/31, 110 00 Praha 1, a dodává, že jeho mandatář zřejmě úkon rozeslání rozhodnutí o odmítnutí námítky navrhovatele neprovedl zcela správně, když rozhodnutí nedoručil všem účastníkům sdružení. Zadavatel si je přesto vědom skutečnosti, že za činnosti mandatáře nese odpovědnost, nicméně je třeba přihlédnout i ke skutečnosti, že ač mandatář odeslal jen prostou kopii rozhodnutí zadavatele, zákon neukládá zadavateli, aby doručil originál. Z doručené kopie a originálu průvodního dopisu je dle zadavatele patrné, že jde o nezpochybnitelné rozhodnutí zadavatele a uchazeč právě na jeho podkladě podal návrh na přezkoumání postupu zadavatele k Úřadu. Zadavatel se tedy domnívá, že ačkoliv došlo k pochybení na jeho straně tím, že nebylo doručeno všem účastníkům sdružení, není toto pochybení tak zásadního rázu, že by způsobilo omezení jakýchkoliv práv uchazeče, neboť z podání je patrné, že kauci skládají všichni účastníci sdružení společně, tudíž o skutečnosti, že zadavatel zrušil zadávací řízení, museli vědět.
63. Závěrem svého stanoviska zadavatel uvádí, že při svém rozhodnutí zrušit zadávací řízení vycházel ze svých zjištění a poznatků, že zadávací řízení, které realizuje, odporuje základním zásadám zákona, porušuje zásadu nediskriminace, nepřiměřeně omezuje okruh uchazečů, kteří by jinak mohli podat svoji nabídku, a tím je od počátku v rozporu se zákonem a v konečném důsledku může způsobit i vážné porušení zásad pro nakládání s veřejnými prostředky. Zadavatel dále dodává, že pokud by Úřad shledal jeho postup zrušení zadávacího řízení jako nesprávný, zadavatel by se tak zprostil odpovědnosti za případné závěry auditů či prověřování, zda jeho postup byl zákonný a nemohl jím způsobit například finanční škodu při nakládání s veřejnými prostředky.

Vyjádření navrhovatele

64. Úřadu bylo dne 27. 3. 2013 doručeno vyjádření navrhovatele, v němž se vyjadřuje k podáním zadavatele.
65. Navrhovatel se ve vyjádření pozastavuje nad pozicí zadavatele, do které se staví, jelikož ta navozuje dojem, jako by to ani nebyl on, kdo veřejnou zakázku zadává a snaží se svému postupu v zadávacím řízení vytknout jakoukoliv, byť sebemenší skutečnost, o níž se domnívá, že by snad mohla být interpretována jako porušení zákona. Za zvláště absurdní navrhovatel považuje výtku zadavatele, že zadávací řízení nebylo zahájeno až po nabytí novely zákona, účinné od 1. 4. 2012, ale těsně před ní. Navrhovatel dále upozorňuje na dle něj zcela účelovou záměnu požadavků týkajících se referenčních zakázek s požadavky na vzdělání a odbornou kvalifikaci dodavatele. Dále navrhovatel opět upozorňuje na skutečnost, že se zadavatel dovolává zájmů blíže nespécifikovaných malých a středních firem, které by měly zájem o získání veřejné zakázky, jejichž existence však dle navrhovatele nikdy nebyla prokázána. Dále také dodává, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky se pohybuje okolo 250 mil. Kč, jedná se o poměrně složitý předmět plnění a lze tak stěží předpokládat, že by se o ni mohla skutečně ucházet malá či střední stavební firma.
66. Navrhovatel považuje i nadále za rozhodující fakt, že zadavatel zrušil zadávací řízení v rozporu se zákonem, když se odkázal na § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Navrhovatel tedy vylučuje existenci důvodů zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, jelikož dle něj nejen, že tyto nesmí být subjektivní povahy a spočívat v činnosti a opomenutí zadavatele, v daném případě však navíc ani objektivně nejsou dány.
67. Závěrem svého vyjádření navrhovatel doplňuje odkaz na aktuální rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R188,197/2012/VZ-2868/2013/310/IPs ze dne 13. 2. 2013, v němž předseda Úřadu potvrdil, že následující závěry NSS jsou obecné: *„ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ je třeba vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.“*
68. Dne 3. 4. 2014 bylo Úřadu doručeno (po lhůtě stanovené Úřadem v usnesení č. j. ÚOHS-S63/2013/VZ-3205/2013/511/MKI ze dne 19. 2. 2013) další vyjádření navrhovatele, který se v mezidobí seznámil rovněž s aktuálním rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S562/2012/VZ-2853/2013/511/MFI ze dne 14. 2. 2013, které se týká skutkově obdobného případu a považoval tak za vhodné v tomto směru svá předchozí podání doplnit.
69. Navrhovatel uvádí, že ve zmíněném rozhodnutí přezkoumával Úřad postup zadavatele, který zrušil zadávací řízení s odkazem na § 84 odst. 2 písm. e) zákona, přičemž jako důvody uvedl rozpor zadávací dokumentace s § 44 zákona, nevhodnost a neekonomičnost návrhu řešení stavby dle projektové dokumentace a současnou výrazně nižší obvyklou cenu stavebních prací proti předpokládané hodnotě veřejné zakázky i ceně uvedené v nabídkách uchazečů.
70. Navrhovatel ve svém podání upozorňuje, že stejně jako on ve svých předchozích podáních Úřad v rozhodnutí odkazuje na rozsudek NSS sp. zn. 2 Afs 64/2009 ze dne 27. 1. 2010, když ve shodě s ním uvedl, že *„jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli veřejného zadavatele, která by*

mohla vyústit v korupci či nepřípustnou veřejnou odplatu. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.“

71. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel v nyní posuzovaném případě uvádí jako důvod zrušení zadávacího řízení rovněž rozpor zadávací dokumentace se zákonem, konkrétně ve stanovení požadavků na prokázání kvalifikace a způsob hodnocení a výběru dodavatelů, kteří byli vyzváni k předložení nabídky. Navrhovatel tedy usuzuje, že lze nepochybně závěry Úřadu vyslovené ve zmíněném rozhodnutí aplikovat na jeho případ. Navrhovatel cituje několik úryvků z rozhodnutí, jako např. následující: *„Smyslem požadavků uvedených v § 44 odst. 1 zákona je zajištění korektní soutěže, tj. situace, kdy nabídky jednotlivých uchazečů budou jednak odpovídat požadavkům zadavatele, jednak budou vzájemně srovnatelné. Požadavky zadavatele tedy musí být v zadávací dokumentaci vymezeny způsobem, který bude všemi subjekty stejně chápán.“* ... *„Úřad konstatuje, že za posuzovaných okolností, kdy tyto rozdíly neměly vliv na korektnost soutěže, nemohou tyto rozdíly představovat „důvod zvláštního zřetele hodný“ pro zrušení zadávacího řízení.“* Úřad tedy dle navrhovatele jinými slovy připustil, že dokonce i v situaci, kdy zadávací dokumentace skutečně obsahovala chyby a rozpory mezi svými jednotlivými částmi, nelze tuto skutečnost považovat za důvod hodný zvláštního zřetele a zadávací řízení zrušit.
72. Navrhovatel ve svém vyjádření zdůrazňuje, že *„podobnost s nyní šetřeným případem je více než zjevná, jelikož i tady se zadavatel dovolává údajně chybně vymezených podmínek stanovených v zadávací dokumentaci. Tyto však nejen, že nejsou objektivními důvody stojícími vně zadavatele, jejich existence však nebyla ani nijak prokázána. Zadavatel své námitky ohledně tvrzené diskriminace dodavatelů nijak důkazně nepodložil, zadávací podmínky nebyly ze strany uchazečů ani jiných dodavatelů v průběhu zadávacího řízení zpochybněny a zadavateli, resp. jím jmenované hodnotící komisi rovněž objektivně nic nebránilo, aby provedla posouzení a následné vyhodnocení nabídek.“*
73. Navrhovatel tak předpokládá, že s ohledem na zásadu legitimního očekávání Úřad rozhodne shodně s výše zmiňovaných rozhodnutím a vyhoví návrhu navrhovatele, tj. zruší rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení. Pro úplnost uvádí odkaz na rozsudek NSS sp. zn. 1 Afs 50/2009 ze dne 16. 3. 2010, který souvisí s uvedenou zásadou.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

74. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření předložených účastníky řízení, dospěl k závěru, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel postup pro zadání veřejné zakázky stanovený zákonem. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

75. Úřad především konstatuje, že vzhledem ke skutečnosti, že zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení o jeho zahájení k uveřejnění dne 28. 3. 2012, je pro přezkoumání úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení rozhodné znění zákona, účinné ke dni 28. 3. 2012, tedy před účinností zák. č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb.,

o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a to podle přechodných ustanovení uvedených v čl. II citované novely zákona. Tomu odpovídají i citace zákona o veřejných zakázkách uváděné v tomto usnesení.

76. 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 zadávací dokumentace odpovídá zadavatel.
77. Podle § 55 odst. 1 písm. a) může veřejný zadavatel k prokázání splnění ekonomických a finančních kvalifikačních předpokladů dodavatele požadovat předložení pojistné smlouvy, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou dodavatelem třetí osobě.
78. Podle § 56 odst. 3 může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat
- a) seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně,
 - b) seznam techniků či technických útvarů, jež se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména techniků či technických útvarů zajišťujících kontrolu jakosti, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli,
 - c) osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci dodavatele nebo vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení a osob odpovědných za vedení realizace příslušných stavebních prací,
 - e) přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky.
79. Podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona může zadavatel bez zbytečného odkladu zrušit zadávací řízení, pouze pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
80. Podle § 84 odst. 8 zákona je zadavatel povinen odeslat písemné oznámení o zrušení zadávacího řízení do 2 pracovních dnů po přijetí rozhodnutí všem známým zájemcům či uchazečům s uvedením důvodu.

K možnosti zrušit zadávací řízení obecně

81. Zrušení zadávacího řízení je jedním ze způsobů ukončení zadávacího řízení. Zákon tento způsob ukončení zadávacího řízení nepreferuje a v daném případě užšího řízení může (případně musí) veřejný zadavatel toto řízení zrušit jen, jsou-li naplněny podmínky stanovené v § 84 zákona.
82. Fakultativním důvodem pro zrušení zadávacího řízení uvedeným v § 84 odst. 2 písm. e) zákona, kterého se zadavatel v předmětné věci dovolává, se již dříve zabýval Nejvyšší správní soud (rozsudek ze dne 27. 1. 2010, sp. zn. 2 Afs 64/2009), přičemž podal následující výklad: „Důvody hodné zvláštního zřetele jsou typickým neurčitým právním pojmem. V zákoně jeho

definice obsažena není, a tedy je třeba mu přisoudit takový význam, který nejlépe odpovídá povaze, smyslu a účelu toho, co zákon o veřejných zakázkách upravuje. V situaci, kdy v zákoně není neurčitý právní pojem definován, je třeba jeho výklad hledat toliko v účelu zákona, tj. v oblasti práva veřejných zakázek je třeba počínat si mimo jiné tak, aby interpretace byla ku prospěchu efektivní hospodářské soutěže. Jakékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele, která by mohla vyústit v korupci či nepřipustnou veřejnou odplatu. Proto je třeba ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách a zejména slovní spojení „důvody zvláštního zřetele hodné“ vykládat jako důvody objektivní, stojící vně veřejného zadavatele, nikoliv jako důvody subjektivního rázu, které by popřely smysl jmenovaného zákona.“

K důvodům pro zrušení zadávacího řízení uváděným zadavatelem

83. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvedl, že předmětné zadávací řízení se ruší podle ustanovení § 84 odst. 2 písm. e) zákona. Dále uvedl, že spatřuje důvody zvláštního zřetele pro zrušení předmětné veřejné zakázky v porušení ustanovení § 6 zákona, jelikož dle něj bylo zadávací řízení v části požadavků na prokázání kvalifikací uchazečů jednoznačně vypsáno diskriminačním způsobem a neodpovídající složitosti a náročnosti veřejné zakázky, přičemž dodal, že nelze dále pokračovat v zadávacím řízení z důvodu, že byl porušen zákon a v současné době již nelze toto pochybení zhojit jiným způsobem.
84. Zadavatel ve svém rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení klade důraz na diskriminační stanovení zadávacích podmínek, jež dle něj zásadním způsobem omezuje okruh uchazečů, kteří by se mohli do zadávacího řízení přihlásit. Dále také uvádí rozpor se smyslem zákona, kterým je získání nejvýhodnější nabídky. Dle zmiňovaného rozhodnutí o zrušení dospěl zadavatel k tomuto názoru po změně vedení společnosti, kdy si nové vedení provedlo prověření zadávacích řízení, které vypsalo jménem zadavatele bývalé vedení.
85. Zadavatel v rozhodnutí o zrušení uvádí, že jak ekonomické, tak i technické kvalifikační požadavky překračovaly zcela nepřiměřeně a bezdůvodně obecně uznávanou míru pro tyto hodnoty a dále že diskriminačně byl nastaven i postup při hodnocení a výběru dodavatelů, kteří budou vyzváni k předložení nabídky, což opět mělo vliv na okruh uchazečů, kteří by jinak podali přihlášky a prokázali kvalifikaci, z čehož plyne dle zadavatele jednoznačná diskriminace malých a středních společností.
86. Lze tedy konstatovat, že zadavatel v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení jednoznačně uvedl ustanovení zákona, podle kterého ke zrušení zadávacího řízení přistoupil, a rovněž v obecné rovině uvedl skutečnosti, které považoval za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. I když si lze samozřejmě představit preciznější odůvodnění (např. v rozsahu uvedeném posléze v rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatele – viz bod 12. – 16. odůvodnění rozhodnutí), které by zvýšilo transparentnost postupu zadavatele, dospívá Úřad k závěru, že nejpodstatnější důvody, které zadavatel pokládal za důvody zvláštního zřetele hodné, byly z odůvodnění dostatečně seznatelné a v tomto směru bylo rozhodnutí odůvodněno v souladu s § 84 odst. 8 zákona.
87. Z kvalifikační dokumentace, která byla mimo jiné volně přístupná všem potenciálním uchazečům na webových stránkách www.e-zakazky.cz, zadavatel vybral následující

předpoklady stanovené v souladu s § 56 odst. 3 zákona, které dle jeho tvrzení v rozhodnutí o námitkách navrhovatele zakládají diskriminační prostředí pro malé a střední firmy:

Bod 3.5 Ekonomické a finanční kvalifikační předpoklady – splní zájemce, který předloží:

- a) Pojistnou smlouvu či pojistný certifikát, jejímž předmětem je pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou poskytováním odborných služeb, zajišťovaných autorizovanými osobami, a to minimálně ve výši 90 000 000,- Kč

Bod 3.6 Technické kvalifikační předpoklady – splní zájemce předložením následujících dokladů:

- a) seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; ...

Zájemce splní dané kvalifikační kritérium předložením:

1) min. 7 stavebních prací spočívajících ve výstavbě či rekonstrukci bytových a občanských budov, přičemž

- min. 1 stavební práce spočívala ve výstavbě či rekonstrukci bytových a občanských budov v minimálním objemu vynaložených finančních nákladů 250 mil. Kč bez DPH,

- min. 5 dalších stavebních prací spočívajících ve výstavbě či rekonstrukci bytových a občanských budov v minimálním objemu vynaložených finančních nákladů u každé vždy 90 mil. Kč bez DPH,

- min. 1 další stavební práce spočívala v rekonstrukci bytového domu, realizovanou za nepřetržitého užívání bytového domu v minimálním objemu vynaložených finančních nákladů 90 mil. Kč bez DPH, jejích součástí byly stavební a dispoziční úpravy uvnitř objektu,

3) min. 7 stavebních prací spočívajících v zabezpečení stavební jámy bytových a občanských budov pomocí kotvených záporových či pilotových stěn v minimálním objemu vynaložených finančních nákladů každé takové stavební práce vždy 10 mil. Kč bez DPH, kde u min. 1 takové stavební práce došlo k zajištění stavební jámy u objektu s nepřerušným provozem, ...

e) přehled průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu osob podílejících se na plnění zakázek podobného charakteru a počtu vedoucích zaměstnanců dodavatele nebo osob v obdobném postavení za poslední 3 roky. Zájemce splní dané kvalifikační kritérium předložením:

- čestného prohlášení, z kterého bude vyplývat, že průměrný roční počet zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázky musí činit min. 200 a počet vedoucích zaměstnanců musí být nejméně 20 v posledních třech letech.

88. Pokud jde o zadavatelem uváděné důvody zrušení zadávacího řízení, je třeba posoudit, zda je skutečně možné pokládat je za „důvody zvláštního zřetele hodné“ ve smyslu výše uvedených judikатурních závěrů.

89. Úřad se především zabýval skutečností, zdali fakticky došlo či mohlo dojít k diskriminaci určité skupiny dodavatelů, a tím i k omezení okruhu potenciálních uchazečů.

90. Pokud zadavatel uvádí, že stanovením kvalifikačních předpokladů v předmětné veřejné zakázce porušil zásadu zákazu diskriminace stanovenou v § 6 zákona, může se v daném případě - vzhledem k tomu, že v průběhu zadávacího řízení nedošlo ze strany zadavatele k rozdílnému, jinému přístupu ke konkrétnímu dodavateli než k jiným dodavatelům – jednat toliko o skrytou (či nepřímou) diskriminaci. Podle ustálené rozhodovací praxe (odkázat lze např. na rozsudek Krajského soudu v Brně sp.zn. 62 Ca 9/2007 ze dne 20.3.2008, který byl následně jako věcně správný potvrzen rozhodnutím Nejvyššího správního soudu ČR sp.zn. 1Afs 20/2008 ze dne 5.6.2008) je třeba za skrytou formu nepřípustné diskriminace považovat i takový postup, kdy zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Obecně se tedy zadavatel může stanovením nepřiměřených kvalifikačních předpokladů porušení základních zásad stanovených v § 6 zákona skutečně dopustit.
91. Zároveň je však třeba v této souvislosti poukázat i na to, že Nejvyšší správní soud ČR ve výše citovaném rozhodnutí rovněž vyložil, že již „samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.“ Skrytou diskriminaci je ve světle těchto úvah možno shledat tam, kde jsou požadované kvalifikační předpoklady „zjevně nepřiměřené ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky.“
92. Vždy je tedy nutné při zkoumání toho, zda zadavatel neporušil tím, jakým způsobem nastavil kvalifikační předpoklady, zásadu zákazu diskriminace, vzít v úvahu všechny okolnosti daného individuálního případu. Je přitom třeba – též v souladu se závěry Nejvyššího správního soudu – poskytnout prostor i pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele; skrytou (nepřímou) diskriminaci je tak možno shledat v takovém případě, kdy zadavatel vymezil kvalifikační předpoklady skutečně excesivně, tedy tak, že „již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli“ (jinými slovy řečeno že je nemohou splnit ani takoví dodavatelé, kteří by jinak byli k plnění předmětu dané veřejné zakázky objektivně způsobilí). Celkově tak Nejvyšší správní soud ČR dospěl k závěru, že skrytou diskriminaci je nutno vykládat spíše restriktivním způsobem.
93. Ve světle shora uvedených úvah tedy Úřad přezkoumal kvalifikační předpoklady v předmětném zadávacím řízení, jež považuje zadavatel za diskriminační.
94. Přestože zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení neuvedl předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, lze na její výši usuzovat zejména z nabídkových cen pěti uchazečů, kteří byli vyzváni k podání nabídky. Nabídkové ceny se pohybovaly v rozmezí

208 až 225 mil. Kč bez DPH a je tak důvodné, i s ohledem na vyjádření zadavatele v rozhodnutí o námitkách („stavba je plánovaná na dva roky a roční prostavěnost je předpokládána na 120 mil. Kč“), se domnívat, že se předpokládaná hodnota veřejné zakázky pohybovala kolem 250 mil. Kč bez DPH.

K namítané nepřiměřenosti ekonomických a finančních kvalifikačních požadavků

95. Co se týče údajně diskriminačního požadavku na pojištění odpovědnosti za škodu způsobenou poskytováním odborných služeb, zajišťovaných autorizovanými osobami, který byl stanoven v minimální výši 90 mil. Kč, Úřad uvádí, že tato výše není ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky 250 mil. Kč nijak zjevně nepřiměřená. Jak uvedl navrhovatel ve svém návrhu, „každý stavební dodavatel, který nemá uzavřeno pojištění v požadované výši, má možnost uzavřít samostatnou pojistnou smlouvu na odpovědnost za škodu způsobenou třetí osobě při provádění zadávané veřejné zakázky, přičemž účinnost této smlouvy bude vázána na získání této zakázky.“ S příslušnou argumentací navrhovatele se Úřad ztotožňuje potud, že stanovení tohoto kvalifikačního předpokladu nemůže mít fatální dopad na možnost dodavatele se předmětného zadávacího řízení účastnit. Úřad tedy konstatuje, že zmíněný požadavek týkající se výše pojištění nepředstavuje diskriminaci potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku.

K namítané nepřiměřenosti technických kvalifikačních požadavků

96. Vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky Úřad konstatuje, že finanční objem referencí, které zadavatel požadoval, byl vymezen s ohledem na právní úpravu platnou v době zahájení zadávacího řízení relevantně předmětu plnění veřejné zakázky, jelikož je požadována zkušenost se stavbou obdobné velikosti (250 mil. Kč bez DPH), což nelze pokládat za zjevně nepřiměřené. Argumentaci zadavatele, který si dovedil, že finanční objem požadovaných referencí přesáhl dohromady téměř čtyřnásobně předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, což je dle něj pro menší firmy diskriminační, taktéž nelze považovat za doložení existence diskriminace. Úřad v zásadě pokládá za legitimní úvahu navrhovatele obsaženou v jeho návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 23. 1. 2013, podle které nemusí k prokázání způsobilosti dodavatele plnit danou veřejnou zakázku vždy stačit prokázání zkušeností s jedinou zakázkou obdobného finančního objemu. To, že hodnota požadovaných referenčních zakázek ve svém součtu přesáhne hodnotu samotné veřejné zakázky, není ničím neobvyklým.
97. Dalším kvalifikačním předpokladem, který zadavatel považuje za diskriminační, je požadavek na referenční zakázky, jejichž předmětem měly být stavební práce týkající se konkrétně bytových a občanských staveb. Dle zadavatele měly být požadovány pozemní stavby obecně. Jelikož obecně lze pozemní stavby definovat jako stavby domů, budov, hal, ploch, komunikací a objektů, jejichž větší část je umístěna na zemském povrchu, je zřejmé, že určité ze jmenovaných staveb jsou vůči předmětné veřejné zakázce irelevantní. Argumentaci zadavatele, že stavební dodavatel, který je kvalifikovaně (na základě autorizace) schopen realizovat pozemní stavbu, je schopen realizovat jakoukoliv pozemní stavbu (myšleno bytovou a občanskou), pokládá Úřad sice teoreticky za možnou (je ostatně plně na zadavateli, jaké stanoví kvalifikační předpoklady, neučiní-li tak diskriminačním způsobem), nicméně za nic nevypovídající ve vztahu k údajné diskriminaci, které se měl zadavatel dopustit omezením referenčních zakázek na bytové a občanské stavby. Úřad nepokládá

takové omezení za zjevně nepřiměřené ve vztahu k předmětu plnění přezkoumávané veřejné zakázky. Vychází přitom z úvahy, že za občanské stavby lze považovat například i stavby pro administrativu (kancelářské budovy), stavby pro cestovní ruch (včetně hotelů), stavby pro kulturu, pro obchod, stavby škol nebo stavby zdravotnické. Zadavatel tak předmětným vymezením vyloučil z přípustných referencí např. zemědělské, sakrální, průmyslové, inženýrské nebo dopravní stavby, v čemž nelze spatřovat diskriminační prvky.

98. Ani požadavek na referenční zakázku, jejímž předmětem měly být stavební práce spočívající v rekonstrukci bytového domu, realizované za jeho nepřetržitého užívání, jejichž součástí byly stavební a dispoziční úpravy uvnitř objektu, nepovažuje Úřad za zjevně nepřiměřenou ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky. V této souvislosti lze jistě připustit, že stavební práce probíhající tzv. „za provozu“ v budově, která je nepřetržitě obydlena, mají jistá specifika, která se mohou na jedné straně týkat technologických postupů (musí být stále zajištěna průchodnost domu, nepřerušené dodávky médií apod.), na druhé straně zajištění bezpečnosti na stavbě, po které se pohybují třetí osoby (včetně například malých dětí). Úřad v takovém případě nedospívá k názoru, že by tento kvalifikační předpoklad neplnil ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky a výběru dodavatelů, kteří jsou schopni jej plnit, jakoukoli rozumnou funkcí.
99. Také požadavek na reference stavebních prací spočívajících v zabezpečení stavebních jam se vzhledem k lokalitě, kde bude probíhat plnění veřejné zakázky (hustě zastavěná městská část hlavního města), jeví jako zcela standardní požadavek, má přímou souvislost se zadávanou veřejnou zakázkou a Úřad tak konstatuje, že přiměřeně odpovídá druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky.
100. Zadavatel dále pokládá za diskriminační požadavek na čestné prohlášení ohledně splnění kritéria průměrného ročního počtu zaměstnanců dodavatele či jiných osob podílejících se na plnění zakázky, a to min. 200 a počtu vedoucích zaměstnanců min. 20, během posledních třech let. Zadavatel argumentuje tvrzením, že pro takovýto typ plnění postačuje 80, maximálně 100 pracovníků. V tomto případě Úřad uvádí, že zadavatel zřejmě nezohledňuje, že tento požadavek se týká celkového průměrného počtu zaměstnanců dodavatele, nikoliv průměrného počtu zaměstnanců určených pro předmětné plnění. Úřad v této souvislosti uvádí, že je zcela legitimní úvaha, že účelem daného kvalifikačního předpokladu není jen to, aby se zadávacího řízení zúčastnil takový dodavatel, který disponuje dostatečným počtem pracovních sil nezbytně nutným k plnění dané veřejné zakázky, ale aby se jednalo o takového dodavatele, který bude disponovat i určitou personální rezervou, tj. bude dostatečně silný a stabilní v tom smyslu, že nebude závislý jenom na této jediné zakázce. Požadavek, aby výstavba objektu byla prováděna nejen subjektem zavedeným, ale hlavně subjektem podílejícím se souběžně na více zakázkách (a tedy svou existencí nezávislým pouze na přezkoumávané veřejné zakázce), případně sdružením více uchazečů, kteří podají společnou nabídku, se jeví u takto rozsáhlé veřejné zakázky jako racionální. Úřad tedy i v tomto bodě konstatuje, předmětný technický kvalifikační předpoklad neshledal zjevně nepřiměřeným druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky.
101. Úřad shledal, že vzhledem k druhu, rozsahu a složitosti veřejné zakázky, stanovené kvalifikační předpoklady nelze pokládat za zjevně nepřiměřené (excesivní) a jejich vymezením tak v tomto případě nedošlo k porušení § 6 zákona, což zadavatel považoval za důvod pro zrušení zadávacího řízení na základě § 84 odst. 2 písm. e) zákona.

102. Úřad k tvrzení zadavatele o diskriminaci prostřednictvím výše uvedených předpokladů dále uvádí, že v průběhu celého zadávacího řízení nebyly doručeny žádné námitky proti zadávacím podmínkám, které byly nastaveny v kvalifikační dokumentaci, jež byla volně (na internetu) přístupná všem subjektům, které by se potenciálně mohly o tuto veřejnou zakázku ucházet. Pokud by měl některý z potenciálních uchazečů (dodavatelů) dojem, že jsou zadávací podmínky diskriminační, měl právo proti nim podat v zákonné lhůtě námitky. K tomuto postupu ovšem od žádného dodavatele nedošlo ani za běhu lhůty, ani po ní. Objektivně tedy lze usuzovat, že žádný z možných dodavatelů nebyl krácen na svých právech, když k faktické odezvě proti zadávacím podmínkám nedošlo.
103. Argumentaci zadavatele, že pro střední a menší stavební společnosti, které nemají rozsáhlá právní oddělení a tým odborníků ve stálém pracovním poměru, by podání námitek znamenalo další vynakládání finančních prostředků na právní služby, které nejsou nijak nízké, shledává Úřad nedůvodnou, a to jak vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky, tak vzhledem ke skutečnosti, že podání námitek proti zadávacím podmínkám nepodléhá žádným poplatkům a není úkonem nijak složitým, takže částka vynaložená na zpracování námitek by byla v porovnání s hodnotou veřejné zakázky zcela zanedbatelná.
104. Úřadu také není zcela jasný postup zadavatele, který jednak tvrdí, že si po změně ve svém vedení nechal provést prošetření důležitých veřejných zakázek, na druhé straně však nepočkal na výsledky tohoto šetření, o něž se opírá, a neodložil otevírání obálek s nabídkami. S ohledem na skutečnost, že před otevřením obálek by jedinou možností zadavatelem tvrzených nezákonností nebylo zrušení zadávacího řízení, by takovým způsobem a v takové míře nebyly narušeny zájmy uchazečů, a byla by tak vyloučena spekulace, kterou uvádí navrhovatel (bod 39. – 40. odůvodnění rozhodnutí), „že zrušené zadávací řízení je ponejvíce projevem odlišných preferencí nového vedení zadavatele“ či další tvrzení, že motivem zadavatele pro zrušení zadávacího řízení je fakt, „že se zadávací řízení nevyvinulo podle představ nového vedení zadavatele“. Z úplného výpisu z obchodního rejstříku vyplývá, že ke změně ve vedení společnosti došlo dne 27. 9. 2012. V dopisu ze dne 2. 10. 2012 zadavatel prodloužil termín pro odevzdání obálek a i termín pro otevírání obálek, a to z důvodu neexistence hodnotitelské komise zadavatele, způsobené změnou v obsazení statutárního orgánu a dozorčí rady. Pokud se nové vedení zadavatele rozhodlo prošetřovat důležité veřejné zakázky, mělo posečkat s výsledky tohoto průzkumu a až následně určit termín pro otevírání obálek, aby se vyvarovalo výše zmíněným spekulacím a domněnkám. Vzhledem k tomu, že otevírání obálek proběhlo dne 15. 10. 2012 a již o týden později 23. 10. 2012 zadavatel rozhodl o zrušení zadávacího řízení, nelze odepřít navrhovateli právo se domnívat, že bylo toto zadávací řízení zrušeno účelově právě kvůli jasnému výsledku, který byl zřejmý již z protokolu o otevírání obálek ze dne 15. 10. 2012, jelikož jediným hodnotícím kritériem v tomto zadávacím řízení byla nabídková cena.
105. Úřad opětovně zdůrazňuje, že u uváděného „důvodu zvláštního zřetele hodného“ pro zrušení zadávacího řízení je třeba zkoumat, zda má objektivní povahu, zda stojí vně zadavatele a zda se dotýká samotného smyslu dokončení zadávacího řízení.
106. Skutečnost, že zadavatel došel k názoru, že je zadávací řízení vypsáno diskriminačně vůči malým a středním firmám, aniž by byla z jeho strany řádně doložena a prokázána, nelze považovat za „důvod zvláštního zřetele hodný“ ve smyslu § 84 odst. 2 písm. e) zákona. S argumentem náhle seznané diskriminace okruhu potenciálních uchazečů, jejichž existence

ovšem nebyla objektivně prokázána, by bylo možno zrušit mnohé zadávací řízení dle § 84 odst. 2 písm. e) zákona v podstatě jen pro změnu názoru zadavatele na nastavení zadávacích podmínek či jím požadovaný předmět plnění, čímž by se zcela vytrácel logický požadavek na restriktivní výklad předmětného zákonného ustanovení (viz bod 82. odůvodnění rozhodnutí).

107. Co se tedy údajné diskriminace dodavatelů prostřednictvím kvalifikačních požadavků a způsobů omezení počtu zájemců týče, Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že tyto skutečnosti zmiňuje pouze a jedině zadavatel, a navíc až poté, co zjistil nabídkové ceny uchazečů a tedy pravděpodobný výsledek zadávacího řízení (viz bod 104. odůvodnění rozhodnutí), nepovažuje následné výhrady zadavatele proti vlastním zadávacím podmínkám za „důvody zvláštního zřetele hodné“ pro zrušení zadávacího řízení.
108. Ve vztahu k výběru zájemců, kteří budou vyzváni k podání nabídky, z dokumentace o veřejné zakázce vyplývá, že bylo doručeno celkem pět žádostí o účast v zadávacím řízení, přičemž všichni zájemci splnili kvalifikaci, čili všichni zájemci o účast v užším řízení mohli podat své nabídky. Posuzování údajné diskriminace malých a středních firem, kterou zadavatel uvádí v rozhodnutí o zrušení či v rozhodnutí o námitkách a dalších svých vyjádřeních, ve vztahu k výběru dodavatelů, kteří by byli vyzváni k předložení nabídky, tak považuje Úřad za irelevantní, jelikož k žádnému omezení počtu zájemců v zadávacím řízení fakticky nedošlo. Úřad tedy nezjistil existenci žádných subjektů (potenciálních dodavatelů z prostředí malých a středních firem), které mohly být fakticky kráceny na svých právech. Existence těchto subjektů nebyla prokázána ani samotným zadavatelem, který se dovolává jejich zájmů.
109. K argumentaci zadavatele, že zadáním zakázky před účinností novely zákona znemožnil zadavatel postup, který by byl povinen dodržet dle novely, tj. umožnit předložit nabídku všem dodavatelům, kteří by kvalifikaci prokázali, Úřad uvádí následující. Každé zadávací řízení se řídí zákonem účinným v době jeho zahájení a nelze se odvolávat na jeho případné blízké změny, které by se v případě posunutí termínu zahájení projeví na podmínkách zadávacího řízení. Jak už bylo v tomto rozhodnutí zmíněno, vzhledem ke skutečnosti, že zadávací řízení bylo zahájeno odesláním oznámení o jeho zahájení ku veřejnosti dne 28. 3. 2012, je pro přezkum úkonů zadavatele v předmětném zadávacím řízení rozhodné znění zákona, účinné ke dni 28. 3. 2012, tedy před účinností zákona č. 55/2012 Sb., kterým se mění zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, a to podle přechodných ustanovení uvedených v čl. II citované novely zákona. Žádné následné změny zákona nelze v tomto správním řízení zohlednit.
110. K námitce navrhovatele, podle které mu dle jeho názoru nebylo rozhodnutí zadavatele o námitkách řádně doručeno, tj. že nebylo doručeno všem účastníkům sdružení a dále, že nebylo doručeno v originálu, ale jen v prosté kopii a také že toto rozhodnutí považuje navrhovatel za zmatečné (viz bod 19. a 21. odůvodnění rozhodnutí), Úřad uvádí následující. Vzhledem k tomu, že navrhovatel předpokládal, že rozhodnutí o námitkách je shodného obsahu a znění jako kopie této listiny, která mu byla doručena, a tudíž podal návrh k Úřadu s přihlédnutím k obsahu listiny, byly procesní úkony prostřednictvím navrhovatele provedeny přesně tak, jak zákon ukládá a nedošlo tak ke krácení práv navrhovatele a nebyla mu tímto úkonem zadavatele způsobena žádná újma.

IV. Uložení nápravného opatření

111. 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.
112. Jak vyplývá z textu tohoto rozhodnutí, bylo při zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Regenerace stávajících objektů, vybudování nástaveb a přístavby včetně podzemní garáže“ postupováno v rozporu se zákonem, a protože tento nezákonný postup už ze své podstaty ovlivňuje výběr nejvhodnější nabídky (po zrušení zadávacího řízení nemůže být žádná nabídka vybrána jako nejvhodnější), rozhodl Úřad o zrušení rozhodnutí zadavatele ze dne 14. 12. 2012 o zrušení zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

V. Náklady řízení

113. Podle § 119 odst. 2 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 118 odst. 1 též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Prováděcí právní předpis vyhláška č. 328/2006 Sb., kterou se stanoví paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele pro účely zákona o veřejných zakázkách (dále jen „vyhláška“), 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.
114. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím je zrušen úkon zadavatele v zadávacím řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí. 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 2013000063.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Investiční a rozvojová Praha 3 a.s., Olšanská 2666/7, 130 00 Praha 3
1. Ing. Martin Kovařík, Adamovská 3/804, 140 00 Praha 4
2. Energie – stavební a báňská a.s., Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno
3. Subterra a.s., Bezová 1658, 147 14 Praha 4

Vypraveno dne

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