



UOHSX004UPM3

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R354/2012/VZ-2870/2013/310/MŠe

Brno 14. února 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 11. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 30. 11. 2012) podaném vybraným uchazečem –

- společností **Skanska a.s.**, IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S527/2012/VZ-21733/2012/514/JNv ze dne 16. 11. 2012, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČ 65993390, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,

učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „**I/2 Kutná Hora most ev. č. 2-013**“, zadávané v otevřeném nadlimitním řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému veřejných zakázek zveřejněno dne 25. 11. 2011 pod evidenčním číslem 7202011008611, s opravou uveřejněnou tamtéž pod ev. č. 7000000001688 dne 6. 4. 2012, a v Úředním věstníku EU pod zn. 2011/S 235-380765 dne 7. 12. 2011, kde dalším účastníkem je navrhovatel –

- společnost **JHP spol. s r. o.**, IČ 45798290, Ústřední 423/65, 102 00 Praha 10,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) 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-S527/2012/VZ-21733/2012/514/JNv ze dne 16. 11. 2012

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 6. 9. 2012 návrh navrhovatele – společnost JHP spol. s r. o., IČ 45798290, Ústřední 423/65, 102 00 Praha 10 (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele - Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČ 65993390, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání nadlimitní veřejné zakázky „I/2 Kutná Hora most ev. č. 2-013“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v informačním systému o veřejných zakázkách zveřejněno dne 25. 11. 2011 pod evidenčním číslem 7202011008611, s opravou uveřejněnou tamtéž pod ev. č. 7000000001688 dne 6. 4. 2012, a v Úředním věstníku EU pod zn. 2011/S 235-380765 dne 7. 12. 2011. Dnem 6. 9. 2012 bylo správní řízení zahájeno na návrh a za účastníky řízení Úřad označil navrhovatele, zadavatele a vybraného uchazeče - společnost Skanska a.s., IČ 26271303, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 (dále jen „**vybraný uchazeč**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky byla celková rekonstrukce mostního tělesa na silnici mezi obcí Malín a městem Kutná Hora. Dne z 23. 7. 2012 zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Proti rozhodnutí o vyloučení ze zadávacího řízení podal navrhovatel včasné námitky. Poté, co zadavatel námitkám nevyhověl, přistoupil navrhovatel k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. V návrhu navrhovatel uvedl, že nesouhlasí s důvodem vyloučení, jímž je podle názoru zadavatele nesplnění zadávacích podmínek. Podle názoru navrhovatele zadavatel nikde v zadávacích podmínkách nestanovil povinnost úplné demolice stávajícího mostního objektu (dále také

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

„most“) včetně úplného odstranění všech jeho spodních částí a jeho naprosté nahrazení novostavbou.

II. Napadené rozhodnutí

3. Úřad posoudil případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů vydal dne 16. 11. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S527/2012/VZ-21733/2012/514/JNv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým ve výroku I. rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 76 odst. 1 a 6 zákona tím, že nabídka navrhovatele byla při posouzení nabídek hodnotící komisí vyřazena z důvodu, že navrhovatelem předložené varianty řešení „nesplňují požadavky zadání – sanace“ a následně byl navrhovatel vyloučen z účasti v zadávacím řízení, ačkoli nabídka navrhovatele zadávací podmínky splňovala, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy. Ve výroku II. Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil úkony zadavatele související s posouzením a hodnocením nabídek, které jsou zaznamenány v protokolu o posouzení kvalifikace uchazečů ze dne 22. 3. 2012, v protokolu o jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek ze dne 11. 5. 2012, v protokolu o jednání komise pro posouzení a hodnocení nabídek ze dne 5. 6. 2012 a ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 5. 6. 2012. Dále bylo výrokiem II. zrušeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče ze dne 23. 7. 2012. Výrokem III. byla zadavateli uložena povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
4. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad mimo jiné konstatoval, že v článku 18.1 zadávací dokumentace je uvedeno, že *„Zadavatel tímto v souladu s ustanovením § 70 zákona připouští variantní nabídku. Uchazeč ve své nabídce může provést variantní návrh technického řešení konstrukce mostního objektu, odlišný od dodaných podkladů (DSP – dokumentace pro stavební povolení a platného stavebního povolení). Veškeré změny projektu však musí být v souladu s technickými požadavky na předmět zakázky, uvedenými v dílu 3 část 1 této zadávací dokumentace a v příloze č. 1 smlouvy o dílo, která je obsahem dílu 2 část 1 této zadávací dokumentace.“* Z článku 18.2 zadávací dokumentace Úřad zjistil, že *„Při zpracování návrhu varianty technického řešení jsou pro uchazeče bezpodmínečně závazné parametry na dimenzování, uvedené v zadávací dokumentaci a jejích přílohách, zejména v technické specifikaci uvedené v dílu 3a dílu části 2 zadávací dokumentace. Variantní nabídka nesmí být v rozporu s právními předpisy, technickými normami, požadavky na výkon a funkci stavby a technickými parametry uvedenými v dílu 3 a dílu 4 této zadávací dokumentace.“*
5. V zadávací dokumentaci díl 3 část 2 „specifikace předmětu zakázky – zvláštní technické podmínky“ (dále jen „**ZTP**“) je v článku „stavební stav mostu“ mimo jiné uvedeno: *„Na základě prohlídky i diagnostického průzkumu je most ve stavebním stavu V. a horším ... Proto bylo v souladu se závěry podrobného diagnostického průzkumu rozhodnuto o demolici objektu (a to včetně spodní stavby) a postavení nové konstrukce.“*
6. V technických zprávách k objektům „SO 001 Demolice“ označené také jako „SO 001 DSP“ a „SO 201 Most ev. č. 2-013“ označené také jako „SO 201 DSP“ je v článku 3.1.1 uvedeno, že

„Záměrem stavby je demolice stávajícího mostu a v původní poloze výstavba nového a to včetně nutných přeložek inženýrských sítí. Jedná se tedy o výstavbu nového mostního objektu náhradou za most stávající.“

7. V dodatečných informacích ze dne 23. 1. 2012 je uvedeno: „Dotaz č. 2 – V případě, že u variantního řešení“ máme dodržet i díl 3, část 2 ZTP, není možné navrhnout i jiné technické řešení, například změnu NK (nosná konstrukce). Je možno měnit všechny parametry uvedené v dílu 4, část 2 TZ modře?“ Odpověď: „Díl 3, část 2, specifikace předmětu zakázky – zvláštní technické podmínky (ZTP) – tento díl je ZTP pro variantu ze zadávací dokumentace, která je v souladu se stavebním povolením. Pro jiné varianty předkládané uchazeči budou ZTP vyhotoveny po výběrovém řízení. V dílu 4, část TZ je možné měnit modře vyznačené parametry.“
8. Úřad dospěl k závěru, že záměr demolice mostu je obsažen v čl. 3.1.1 technické zprávy k dokumentaci ke stavebnímu povolení (DSP) a dále v technické zprávě ke stavebnímu objektu SO 201 čl. 3.1.1 a v průvodní zprávě. Úřad dále uvedl, že obě výše uvedené zprávy sice obsahují záměr demolice mostu, nicméně jsou obě na titulních stránkách označeny také jako „DSP“ a podle článku 18.1 zadávací dokumentace mohli uchazeči podat variantní návrh technického řešení mostní konstrukce odlišný od DSP. Úřad dále konstatoval, že z čl. 18. 1 a čl. 18. 2 zadávací dokumentace nevyplývá, a ani z jiných částí zadávací dokumentace není zřejmé, že úplná demolice stávajícího mostu je závazný předpoklad pro jakoukoliv koncepci variantního řešení nabídky.
9. Úřad dále uvedl, že z obsahu žádosti o dodatečné informace a taktéž z obsahu odpovědi nelze jednoznačně dovozovat, že by dotazem na „jiné technické řešení“ tazatel vylučoval, že by v rámci variantního řešení nemohl zachovat část nezdemolovaného mostu. A dále, že by se v rámci „jiného technického řešení“ mělo jednat pouze o návrh nové konstrukce a koncepce navrženého řešení za předpokladu, že pro novou konstrukci nebudou využity žádné části, resp. zbytky stávajícího mostu. Příslušný uchazeč se totiž dotazuje na „jiné technické řešení, např. změna NK atd.“ Z citovaného textu tak nelze jednoznačně dovodit, k jaké části ZTP dotaz směřuje, neboť tazatel uvádí sice jako příklad změnu NK, ale současně uvádí zkratku atd., což znamená „a tak dále“, tj. výčet může jakkoliv pokračovat a není tak vyloučeno, že měl na mysli i část ZTP týkající se demolice v rámci dotazu na „jiné technické řešení“, tj. podle zadavatele „závazný předpoklad“, který by měl podle zadavatele z této části zadávací dokumentace sice logicky vyplývat, ale předmětná podmínka není v zadávací dokumentaci dostatečně jednoznačně stanovena.
10. Úřad v odůvodnění dále uvedl, že argument zadavatele o logice jím tvrzeného závazného předpokladu (předpokladu, že demolice je východiskem pro všechny varianty nabídek) nelze přijmout, neboť zadávací podmínky musí být stanoveny zcela jednoznačně a pochopitelně a nesmí umožňovat dvojí výklad. Nejednoznačnost zadávacích podmínek je nutné přičíst k tíži zadavatele, nikoliv uchazečů.
11. Závěrem Úřad konstatoval, že pokud měla být předmětem plnění veřejné zakázky výstavba zcela nového mostu, s výchozím předpokladem kompletní demolice stávajícího mostu pro

jakékoliv varianty řešení, měl by zadavatel tuto zadávací podmínku jednoznačně v zadávací dokumentaci uvést, neboť pak může dojít k situaci řešené v tomto rozhodnutí, kdy si navrhovatel zadávací podmínky vyložil způsobem, že lze podat variantní řešení návrhu nového mostu s využitím částí nezdemolované spodní stavby mostu původního. Uvedená situace byla podle Úřadu způsobena nejednoznačností zadávací dokumentace, resp. nejednoznačně položenou žádostí o dodatečné informace, následně nekomplexní interpretací zadavatelem a konečně výkladem této dodatečné informace navrhovatelem, či některými ostatními uchazeči. V této souvislosti Úřad opět zdůraznil, že nejasnost zadávacích podmínek, resp. dodatečné informace, nelze přičítat k tíži uchazečů, ale k tíži zadavatele.

III. Námitky rozkladu

12. Dne 30. 11. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od vybraného uchazeče rozklad (datovaný dnem 21.11. 2012), v němž vybraný uchazeč uvádí, že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné a věcně nesprávné. Nesprávnost rozhodnutí vybraný uchazeč spatřuje v chybné interpretaci zadávacích podmínek Úřadem a tím pádem v nesprávně zjištěném skutkovém stavu.
13. Vybraný uchazeč poukazuje na obsah dodatečné informace ze dne 23. 1. 2012 (dále také „**dodatečná informace**“), jíž je tazateli odpovídáno na dotaz, zda lze měnit parametry v Dílu 4, část 2 TZ (formulář variantního řešení) tak, že ZTP (zvláštní technické podmínky) budou vyhotoveny po zadávacím řízení, a že je možné měnit modře vyznačená místa variantního formuláře. Vybraný uchazeč poukazuje na to, že v dodatečné informaci není uvedeno, že by bylo možno zaměnit demolicí za sanaci v ZTP. Vybraný uchazeč dále poukazuje na to, že dodatečná informace ani neupřesňuje, co všechno může být v ZTP měněno. Dle vybraného uchazeče z dodatečné informace vyplývá pouze to, že pro nové technické řešení bude vyhotoveno ZTP po zadávacím řízení. Podle názoru vybraného uchazeče jsou podmínky, kladené na variantu (a tedy i na variantní ZTP), uvedeny v jiné části zadávací dokumentace, které musí „variantní“ ZTP respektovat a dodatečnou informací nejsou vůbec postiženy. Vybraný uchazeč má s ohledem na výše uvedené za to, že Úřad dodatečnou informaci ze dne 23. 1. 2012 nesprávně vyhodnotil, protože tato se obsahu „variantní“ nabídky vůbec nedotýká a dále v rozkladu trvá na tom, že zadavatel na vznesený dotaz v dodatečné informaci vůbec neodpověděl, nicméně z toho nelze dovodit, že by odpověď na dotaz byla kladná.
14. Vybraný uchazeč zpochybňuje závěr Úřadu o tom, že varianta rekonstrukce je povolena podle článku 18.1 zadávací dokumentace, podle kterého lze měnit dokumentaci pro stavební povolení (DSP), neboť je nutno zohlednit skutečnost, že z uvedeného článku vyplývá, že ve smyslu uvedeného ustanovení je změna projektu (DSP) možná pouze u technického řešení konstrukce mostu. Technické řešení konstrukce mostu však nemá nic společného s tím, zda je prováděna rekonstrukce či demolice. Podle vybraného uchazeče tak navrhovatel podal variantu tam, kde předložení variant nebylo umožněno.
15. Vybraný uchazeč Úřadu vytýká, že při rozhodování nezohlednil skutečnost, že podle článku 18.1 a 18.2 musí varianta beze zbytku a za každých okolností akceptovat technické

požadavky uvedené v dílu 3 části 1 zadávací dokumentace, v příloze č. 1 smlouvy o dílo a v dílu 3 a v dílu 4 část 2 zadávací dokumentace. V této souvislosti vybraný uchazeč poukazuje na to, že v dílu 3 části 2 zadávací dokumentace je uvedeno, že „*Zjištěné závady mají vliv na zatížitelnost a stejně výrazně ovlivňují životnost mostu. Proto bylo v souladu se závěry podrobného diagnostického průzkumu rozhodnuto o demolici objektu (a to včetně spodní stavby) a postavení nové konstrukce.*“

16. Vybraný uchazeč dále v rozkladu uvádí, že nesouhlasí se závěrem Úřadu o tom, že o nejasnosti zadávacích podmínek svědčí též skutečnost, že z důvodu předložení variantní nabídky s řešením formou rekonstrukce, byli vyloučeni až 4 uchazeči. Zde vybraný uchazeč poukazuje na to, že mezi těmito vyloučenými účastníky byly též sesterské společnosti a lze tudíž vycházet z toho, že vypracování nabídek bylo u těchto společností kooperováno, a proto se tentýž nedostatek objevil v nabídkách obou uchazečů. Podle vybraného uchazeče nabídli variantu rekonstrukce pouze 3 ze 13 uchazečů. Vybraný uchazeč dále polemizuje o tom, proč dalších 10 uchazečů levnější variantu formou rekonstrukce nenabídla, když by si tímto zajistila, že předloží levnější a tím i výhodnější nabídku. Vybraný uchazeč má za to, že kdyby zadávací dokumentace výklad zastávaný Úřadem dovolovala, nabídli by i tito uchazeči variantu rekonstrukce namísto demolice.
17. Vybraný uchazeč má za to, že Úřad svým výkladem zadávacích podmínek zvyhodňuje pouze 3 uchazeče předmětného zadávacího řízení, přičemž právě tito uchazeči si podle něj zadávací podmínky nepřčetli pečlivě. Vybraný uchazeč poukazuje na opakovaně judikovaný princip, podle kterého nesmí být nejasnost zadávací dokumentace vykládána v neprospěch uchazečů. Vybraný uchazeč závěrem uvádí, že napadeným rozhodnutím se Úřad dopustil nerovného zacházení a takového výkladu zadávacích podmínek, jímž znevýhodňuje 10 uchazečů, kteří si zadávací podmínky vyložili správně a předložili řešení, případně varianty řešení, které vždy počítaly s úplnou demolicí.
18. Závěrem vybraný uchazeč Úřadu vytýká, že se v napadeném rozhodnutí ani náznakem nevypořádal s argumenty, které mu byly vybraným uchazečem sděleny ve vyjádření ze dne 2. 10. 2012, z nichž jednoznačně vyplývá, že navrhovatel byl vyloučen po právu. S ohledem na to považuje vybraný uchazeč napadené rozhodnutí za nepřezkoumatelné.

Závěr rozkladu

Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozhodnutí po přezkoumání změnil tak, že návrh navrhovatele se zamítá.

IV. Řízení o rozkladu

19. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí v rámci autoremedury a v souladu s § 88 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb. správní řád, v platném znění (dále jen „**správní řád**“) věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

20. 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 ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

21. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S527/2012/VZ-21733/2012/514/JNv ze dne 16. 11. 2012, rozhodl tak, jak je uvedeno výše, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V následující části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech uvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

22. Zadavatel v rozkladu neuvádí žádné skutečnosti, jež by mohly mít vliv na změnu právních závěrů, k nimž Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl. Námitky uvedené v rozkladu jsou z převážné části opakováním argumentace, resp. opětovným popisem interpretace zadávacích podmínek, kterou vybraný uchazeč Úřadu předložil již v průběhu předchozího řízení. Jádrem argumentace uvedené v rozkladu spočívá v nesouhlasu vybraného uchazeče s tím, jak Úřad posoudil výklad zadávacích podmínek a dodatečné informace k zadávacím podmínkám ze dne 23. 1. 2012.
23. Z rozkladu vyplývá, že vybraný uchazeč obsah dodatečné informace vyhodnocuje tak, že tato neobsahuje upřesnění toho, co všechno může být v ZTP měněno a pouze připouští, že ZTP změnit lze. Podle vybraného uchazeče z obsahu dodatečné informace vůbec nevyplývá, které konkrétní podmínky (uvedené v ZTP) jsou pro variantní řešení nabídky závazné a které nikoli. Vybraný uchazeč má tedy za to, že obsah dodatečné informace se variantních ZTP vůbec nedotýká. S uvedeným způsobem interpretace se předseda Úřadu neztotožňuje, neboť z obsahu žádosti o dodatečnou informaci vyplývá, že dotaz směřoval na možnost změny ZTP v souvislosti s odkazem na čl. 18.1 zadávací dokumentace (jež připouští podání variantní nabídky).
24. Předseda Úřadu se neztotožňuje ani s názorem vybraného uchazeče, že změna dokumentace pro stavební povolení je podle čl. 18.1 možná pouze u technického řešení konstrukce mostního objektu, která však podle vybraného uchazeče nesouvisí s tím, zda je prováděna rekonstrukce nebo demolice mostu. Předseda Úřadu má za to, že z článku 18.1 zadávací dokumentace nelze dospět k jednoznačnému závěru, že by v rámci variantního návrhu „technického řešení konstrukce mostu“ byla stanovena závazná podmínka úplné demolice stávajícího mostu, a to zvláště za situace, kdy zadavatel v dodatečné informaci připustil modifikaci ZTP. Předseda Úřadu má za to, že podmínka, aby i variantní nabídky vycházely z předpokladu úplné demolice, není v zadávací dokumentaci výslovně, ani jinak jednoznačně stanovena. Pokud zadavatel nehodlal, ani v případě „jiných technických řešení“ (nabídnutých v rámci variantních nabídek), akceptovat využití nezdemolovaných zbytků původního mostu (tj. ani částečnou sanaci), měl tuto skutečnost v zadávacích podmínkách, resp. v dodatečné informaci, stanovit jednoznačně.
25. Záměr demolice stávajícího mostu, uvedený v dílu 3 části 2 „specifikace předmětu zakázky“ zadávací dokumentace (ZTP) je uveden i v jiných částech zadávací dokumentace a to konkrétně v technické zprávě „SO 001 Demolice“ označené také jako „SO 001 DSP“

a technické zprávě „SO 201 Most ev. č. 2-013“ označené také jako „SO 201 DSP“. V citovaných zprávách je uvedeno, že *„Záměrem stavby je demolice stávajícího mostu a v původní poloze výstavba nového, a to včetně nutných přeložek inženýrských sítí. Jedná se tedy o výstavbu nového mostního objektu náhradou za most stávající“*. Za situace, kdy je v článku 18.1 připuštěno podání variantního návrhu technického řešení mostní konstrukce, který bude odlišný od DSP, a pokud z dodatečné informace vyplývá, že je přípustná též změna ZTP, není možno požadavek na úplnou demolici mostu (v rámci variantního řešení) považovat za jednoznačný. Na uvedeném závěru nic nemění ani skutečnost, že se o demolici v zadávacích podmínkách pojednává. Zakotvení záměru demolice a jejího odůvodnění v rámci zadávacích podmínek nemůže vést k jednoznačnému závěru o tom, že demolice je závazným východiskem pro všechny nabídky, a to i pro nabídky obsahující variantní řešení, u nichž je změna ZTP a DSP přípustná.

26. U variantních nabídek totiž zadavatel výslovně nestanovil, že by i v jejich případě dodavatelé museli vycházet z koncepce úplné demolice, a k jednoznačnému závěru nelze v tomto směru dospět ani výkladem zadávacích podmínek a dodatečné informace ze dne 23. 1. 2012. Ze zadávacích podmínek (ve smyslu jejich doplnění dodatečnými informacemi) lze naopak dospět k jednoznačnému zjištění, že variantní nabídka se může odlišovat od DSP (což vyplývá z článku 18.1 zadávací dokumentace) a dále k závěru, že pro variantní nabídky budou ZTP vyhotoveny až po zadávacím řízení, tj. že stávající ZTP pro variantní nabídky závazné nejsou. U variantních nabídek tedy ze zadávací dokumentace a dodatečných informací vyplývá, že tyto se mohou odchýlit od DSP a současně nemusejí být v souladu se stávajícími ZTP. S ohledem na výše uvedené tedy nelze konstatovat, že jediným správným výkladem zadávacích podmínek je takový výklad, který by východisko úplné demolice (zakotvený v ZTP a DSP) považoval za závazný i v případě variantních nabídek. Resp. takový výklad sice připustit lze, avšak nikoli jako jediný možný a správný, jak tvrdí vybraný uchazeč. Pokud nebyla v případě variantních nabídek povinnost úplné demolice stanovena výslovně, je s přihlédnutím k výše uvedenému, nutno dospět k závěru, že zadávací podmínky připouštěly i podání takových variantních nabídek, které nepočítaly s úplnou demolicí původního mostu.
27. Tomu, že způsob interpretace zadávacích podmínek, jež v napadeném rozhodnutí popsal Úřad (a k němuž se při přípravě nabídek přiklonil též navrhovatel), není v rozporu s textem zadávacích podmínek (ve smyslu informací podaných v dodatečné informaci), nasvědčuje též text čl. v ZTP nazvaném „Návrh nové konstrukce“, kde se v posledním odstavci uvádí, že *„Podrobně je obsah a rozsah rekonstrukce mostu popsán v projektové dokumentaci pro stavební povolení, která je součástí zadávací dokumentace“*. Pokud se v zadávacích podmínkách výslovně hovoří o „rekonstrukci“, neobstojí argumentace vybraného uchazeče, založená na tvrzení, že předmětem veřejné zakázky (a tedy obsahem všech variant nabídek) musí být bezpodmínečně takové řešení, které je založeno na úplné demolici. Pokud se v zadávacích podmínkách pojednává o rekonstrukci, hovoří tato skutečnost spíše naopak proti užití výkladu zadávacích podmínek, jež aplikoval zadavatel a jehož se nyní dovolává vybraný uchazeč. Rekonstrukce mostu totiž jistě neznamená, že by původní most musel být beze zbytku odstraněn a nahrazen mostem novým.

28. Stejným způsobem, jakým zadávací podmínky interpretoval Úřad a jakým je nyní interpretuje též předseda Úřadu, si zadávací podmínky vyložili též někteří uchazeči o veřejnou zakázku. Tito uchazeči dospěli při výkladu zadávacích podmínek ke shodnému závěru o tom, že podmínka úplné demolice mostu nebyla pro variantní nabídky jednoznačně a pochopitelně stanovena, a proto v rámci svých nabídek předložili varianty řešení, které předpokládaly využití nezdemolovaných částí původního mostu.
29. K námitce vybraného uchazeče, že se Úřad nevypořádal s jeho argumentací uvedenou ve vyjádření ze dne 2. 10. 2012, uvádím, že tato námitka je nepodložená. Z uvedeného vyjádření vyplývá, že vybraný uchazeč při interpretaci zadávacích podmínek vycházel z přesvědčení, že změna z demolice na sanaci spodního objektu není variantou konstrukce a je tedy nepřípustná. Variantně tak mohla být podle vybraného uchazeče řešena pouze konstrukce mostního objektu a nikoli stavba jako celek. Vybraný uchazeč tedy v předmětném vyjádření Úřadu popsal, jakým způsobem on sám zadávací podmínky interpretoval a sdělil též důvody, jež jej vedou k závěru, že jím zvolený způsob výkladu zadávacích podmínek je správný a jediný možný.
30. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadávací podmínky (ve smyslu dodatečné informace) je možno interpretovat i jiným způsobem, než jaký zvolil vybraný uchazeč, postupoval správně a v souladu se zákonem. Nebylo povinností Úřadu, aby vybranému uchazeči jím předestřený způsob interpretace vyvracel a zpochybňoval jeho relevanci. V dané věci je rozhodující, že Úřad dospěl k závěru, že zadávací podmínky mohou být za použití jazykového a logického výkladu interpretovány rovněž způsobem, který v odůvodnění napadeného rozhodnutí podrobně popsal a odůvodnil. Úřad v této souvislosti mimo jiné uvedl, že z obsahu žádosti o dodatečné informace a taktéž z obsahu odpovědi, nelze jednoznačně dovozovat, že by dotazem na „jiné technické řešení“ tazatel vylučoval, že by v rámci variantního řešení nemohl zachovat část nezdemolovaného mostu. A dále, že by se v rámci „jiného technického řešení“ mělo jednat pouze o návrh nové konstrukce a koncepce navrženého řešení za předpokladu, že pro novou konstrukci nebudou využity žádné části, resp. zbytky stávajícího mostu. Příslušný uchazeč se totiž dotazuje na „jiné technické řešení, např. změna NK atd.“ Z citovaného tak nelze jednoznačně dovodit, k jaké části ZTP dotaz směřuje, neboť tazatel uvádí sice jako příklad změnu NK, ale současně uvádí zkratku atd., což znamená „a tak dále“, tj. výčet může jakkoliv pokračovat a není tak vyloučeno, že měl na mysli i část ZTP týkající se demolice v rámci dotazu na „jiné technické řešení“, tj. podle zadavatele „závazný předpoklad“, který by měl podle zadavatele z této části zadávací dokumentace sice logicky vyplývat, ale předmětná podmínka není v zadávací dokumentaci dostatečně jednoznačně stanovena.
31. Lze tedy přisvědčit Úřadu, že pokud měla být předmětem plnění veřejné zakázky výstavba zcela nového mostu, s výchozím předpokladem kompletní demolice stávajícího mostu pro jakékoliv varianty řešení, měl by zadavatel tuto zadávací podmínku jednoznačně v zadávací dokumentaci uvést. Vzhledem k tomu, že zadavatel nebyl v dané věci při specifikaci svých požadavků na předmět veřejné zakázky dostatečně precizní, umožnil tím, aby si jednotliví uchazeči otázky neupravené v zadávací dokumentaci interpretovali dle vlastního uvážení a v konečném důsledku tedy různými způsoby. Pokud se tedy našli uchazeči, kteří se

přiklonili k výkladu zadávacích podmínek, popsaném v napadeném rozhodnutí, a ohledně tohoto výkladu Úřad dospěl k závěru, že je přípustný (resp., že je jedním z možných výkladů), je v této věci rozhodující zjištění, že zadávací podmínky připouštěly dvojí výklad. Případné srovnávání obou možných způsobů interpretace a hledání toho „správnějšího“ je bezpředmětné. Předseda Úřadu v této souvislosti opětovně zdůrazňuje, že nejasnost zadávacích podmínek, resp. dodatečné informace, nemůže být přičítána k tíži uchazečů, ale k tíži zadavatele.

32. Námitka vybraného uchazeče, založená na tvrzení, že fakticky byli pro variantní nabídku s rekonstrukcí vyloučení 3 a nikoli 4 uchazeči, je nepodložená a pro rozhodnutí v dané věci též irelevantní. Tvrzení vybraného uchazeče o tom, že navrhovatel a společnost Dálniční stavby Praha, a.s., IČ 406 14 948, se sídlem 150 00 Praha 5, Na Bělidle 198/21, jsou součástí holdingu Strabag, nemůže, ani v případě jeho prokázání, změnit nic na tom, že v rámci zadávacího řízení obě společnosti vystupovaly jako samostatné subjekty, které podávaly samostatné nabídky. I kdyby však variantní nabídku, založenou na rekonstrukci, nabídli pouze 3 a nikoli 4 uchazeči, nic by to neměnilo na skutečnosti, že zadávací podmínky byly zadavatelem konstruovány (a v rámci dodatečných informací objasněny) natolik nedostatečně, že umožňovaly dvojí výklad a tento dvojí výklad navíc použilo více uchazečů účastnících se zadávacího řízení.
33. Vybraný uchazeč poukazuje na opakovaně judikovaný princip, podle kterého nesmí být nejasnost zadávací dokumentace vykládána v neprospěch uchazečů. Zde je však nutno zdůraznit, že ve smyslu tohoto principu bylo vydáno napadené rozhodnutí. V neprospěch uchazečů by byla zadávací dokumentace vykládána, pokud by Úřad připustil, aby zadavatel s konečnou platností vyloučil nabídky uchazečů, kteří ve svých variantních nabídkách nabídli sanaci namísto úplné demolice mostu. Uvedené je dáno tím, že tito uchazeči, stejně jako uchazeči nabízející ve variantních nabídkách úplnou demolici, použili jeden ze způsobů interpretace, jež s ohledem na podobu zadávacích podmínek přicházel v úvahu.
34. Pokud by totiž byl návrh zamítnut z důvodu, že nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření, zadavatel by pak nebyl povinen sjednat nápravu svého předchozího nezákonného postupu (neoprávněného vyloučení některých uchazečů) a v důsledku toho by byli poškozeni uchazeči, kteří se přiklonili k výkladu připouštějícímu částečnou sanaci mostu. Ačkoli všichni uchazeči měli možnost použít stejný výklad zadávacích podmínek jako navrhovatel, někteří se přiklonili k výkladu odlišnému. Výše uvedený princip nachází své uplatnění ve vztahu zadavatel – uchazeči. Zajištění toho, aby se nesprávný, resp. nezákonný postup zadavatele jakkoli negativně nepromítl do sféry jednotlivých uchazečů, je nereálné a takový požadavek jde nad rámec výše uvedeného principu, jehož se vybraný uchazeč dovolává. Ve svůj neprospěch totiž mohou uchazeči vnímat různé důsledky nezákonného postupu zadavatele, ať už se jedná o samotnou skutečnost, že je nutno vést řízení o přezkoumání úkonů zadavatele či skutečnost, že při novém rozhodování zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky již nemusejí být tak úspěšní, jako byli v době, kdy zadavatel rozhodovat za trvání protiprávního stavu. Skutečnost, že se vybraný uchazeč cítí být vydáním napadeného rozhodnutí (resp. jemu předcházejícím postupem zadavatele) poškozen na svých právech, nezakládá jeho nárok na zachování protiprávního stavu, tj. stavu, kdy

v zadávacím řízení nebudou zohledněny nabídky (resp. budou vyřazeny), které zadávací podmínky splnily, byť z pohledu jiného výkladu zadávacích podmínek, než jaký zvolil vybraný uchazeč.

35. Ačkoli napadené rozhodnutí může být vybraným uchazečem subjektivně vnímáno jako nespravedlivé, neboť jej připravuje o vítěznou pozici v zadávacím řízení, bylo vydáno na základě zákonného postupu, který je v souladu se zásadou, že nejasnost zadávací dokumentace nesmí být vykládána v neprospěch uchazečů. V rozporu s touto zásadou by byl postup, kdyby skupina uchazečů, jež použila v úvahu přicházející výklad zadávacích podmínek (připouštějící sanaci) byla ze zadávacího řízení vyloučena a druhá skupina, jež použila jiný, taktéž v úvahu přicházející způsob výkladu zadávacích podmínek (vyžadující úplnou demolicí), ze zadávacího řízení vyloučena nebyla. Zde by nerovné postavení těchto skupin uchazečů bylo způsobeno v přímém důsledku nezákonného postupu zadavatele, a proto by, v souladu se shora uvedenou zásadou, bylo nepřípustné.
36. Pokud však zadávací podmínky byly zadavatelem nastaveny tak, že umožňovaly dvojí výklad, měli všichni uchazeči možnost, aby se přiklonili ke stejnému výkladu, v tomto případě k výkladu, který zvolil navrhovatel, a který nyní vybraný uchazeč označuje za zvýhodňující. Pokud se vybraný uchazeč pro tento výklad zadávacích podmínek nerozhodl, nemůže se s poukazem na tuto skutečnost domáhat zrušení napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

37. 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 rozkladu.
38. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. JHP spol. s r. o., Ústřední 423/62, 102 00 Praha 10
3. Skanska a. s., Mgr. Miroslav Cák, Líbalova 1/2348, 149 00 Praha 4 – Chodov

Vypraveno dne:

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