



UOHSX00DVN2N

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0137/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-29298/2020/323/PBI

Brno 18. září 2020

V řízení o rozkladu ze dne 5. 7. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Dopravní podnik Ostrava a.s.**, IČO 61974757, se sídlem Poděbradova 494/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 25. 3. 2020 společností VIA Consult a.s., IČO 25084275, se sídlem náměstí Svobody 527, 739 61 Třinec,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0130/2020/VZ, č. j. ÚOHS-18591/2020/512/PHn ze dne 19. 6. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 20. 3. 2020 na návrh z téhož dne, jenž podal navrhovatel –

- **PKS stavby, a.s.**, IČO 46980059, se sídlem Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce podnikového ředitelství II. etapa**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-004632, ve znění oprav ze dne 6. 2. 2020, ze dne 4. 3. 2020 a ze dne 16. 3. 2020 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 025-055558, ve znění oprav ze dne 4. 3. 2020 a ze dne 18. 3. 2020,

jsem na základě návrhu rozkladové komise jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výroky I, IV a V rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0130/2020/VZ, č. j. ÚOHS-18591/2020/512/PHn ze dne 19. 6. 2020 podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona

potvrzují

a podaný rozklad v tomto rozsahu

zamítám.

II.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0130/2020/VZ, č. j. ÚOHS-18591/2020/512/PHn ze dne 19. 6. 2020 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

ruším.

III.

Výrok III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0130/2020/VZ, č. j. ÚOHS-18591/2020/512/PHn ze dne 19. 6. 2020 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 90 odst. 1 písm. c) téhož zákona

mění

tak, že nově zní takto:

„Jako nápravné opatření k nezákonnému postupu zadavatele – Dopravní podnik Ostrava a.s., IČO 61974757, se sídlem Poděbradova 494/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava – uvedenému ve **výroku I** tohoto rozhodnutí **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší zadávací řízení na veřejnou zakázku** „Rekonstrukce podnikového ředitelství II. etapa“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-004632, ve znění oprav ze dne 6. 2. 2020, ze dne 4. 3. 2020 a ze dne 16. 3. 2020 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 025-055558, ve znění oprav ze dne 4. 3. 2020 a ze dne 18. 3. 2020.“

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení realizované zadavatelem

1. Zadavatel Dopravní podnik Ostrava a.s., IČO 61974757, se sídlem Poděbradova 494/2, Moravská Ostrava, 702 00 Ostrava, (dále jen „**zadavatel**“) zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“ nebo „**zákon č. 134/2016 Sb.**“) ¹ otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Rekonstrukce podnikového ředitelství II. etapa“ (dále jen „**veřejná zakázka**“), jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 31. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 3. 2. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-004632, ve znění oprav ze dne 6. 2. 2020, ze dne 4. 3. 2020 a ze dne 16. 3. 2020 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 5. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 025-055558, ve znění oprav ze dne 4. 3. 2020 a ze dne 18. 3. 2020, (dále jen „**zadávací řízení**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky je II. etapa rekonstrukce podnikového ředitelství zadavatele.
3. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 166 642 315 Kč bez DPH.

II. Správní řízení vedené Úřadem

4. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný k výkonu dozoru nad zadáváním veřejných zakázek a zvláštními postupy podle § 248 zákona, obdržel dne 20. 3. 2020 od společnosti PKS stavby, a.s., IČO 46980059, se sídlem Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou, (dále jen „**navrhovatel**“) návrh z téhož dne podle § 250 odst. 1 písm. a) zákona proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky (dále jen „**návrh**“). Navrhovatel požadoval, aby Úřad zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku, nebo uložil zadavateli jiné nápravné opatření, kterým by „eliminovat“ všechny nezákonné zadávací podmínky.
5. Dnem, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0130/2020/VZ, jehož účastníky jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel (dále jen „**správní řízení**“).

III. Napadené rozhodnutí Úřadu ze dne 19. 6. 2020

6. Dne 19. 6. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0130/2020/VZ, č. j. ÚOHS-18591/2020/512/PHn (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
7. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 3 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona tím, že v kapitole 7.2. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ dokumentu nazvaného „Zadávací dokumentace pro nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce zadanou v otevřeném řízení dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění „Rekonstrukce podnikového ředitelství II. etapa““ (dále jen „**zadávací dokumentace**“) stanovil mj., že: „*Soupis prací s výkazem výměr poskytnutý zadavatelem*

¹ Pozn.: Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

*v příloze této ZD jsou ve své struktuře závazné a nesmí být jakkoliv dodatečně upravován“, v soupisu prací týkajícího se vzduchotechniky a klimatizace, který tvoří jednu z příloh zadávací dokumentace k veřejné zakázce (dále jen „**soupis prací VZT**“), stanovil mj. podmínku, že: „Pokud dodavatel na základě svých odborných zkušeností zjistí, že v projektové dokumentaci není některá činnost či položka nutná pro dokončení předmětného díla uvedena, je povinen ji doplnit do nabídky a ocenit ji“ a že: „Pozdější připomínky a požadavky na vícepráce nebudou akceptovány“, v dokumentu „Vysvětlení/Změna zadávací dokumentace č. 6“ vyhotoveném ve smyslu § 98 a § 99 zákona a uveřejněném na profilu zadavatele dne 24. 3. 2020 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 6**“) mj. uvedl, že: „*Soupis prací s výkazem výměr poskytnutý zadavatelem je ve své struktuře závazný a nesmí být účastníky jakkoliv dodatečně upravován*“ a současně že: „(...) ustanovení zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci“, ačkoliv dle § 92 odst. 1 písm. b) zákona je projektová dokumentace, resp. soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj součástí zadávací dokumentace, čímž se zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] ve výše citovaných částech stává netransparentní a současně kombinací výše uvedených zadávacích podmínek zadavatel přenesl odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] na dodavatele.*

8. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v § 6 odst. 2 zákona tím, že v soupisu prací VZT stanovil náklady na dopravu (zařízení/potrubí/pracovníci apod.) ve výši 3,6 % z dodávky zařízení, v dokumentu „Rekapitulace rozpočtu měření a regulace“, který tvoří jednu z příloh zadávací dokumentace, stanovil náklady na pomocný materiál ve výši 5 % a na PPV 6 % a v dokumentu „D1.4.d Silnoproudá elektrotechnika“, který tvoří jednu z příloh zadávací dokumentace, stanovil náklady na podružný materiál ve výši 3 %, čímž byla dodavatelům, kterým vznikají na realizaci uvedených dílčích plnění náklady v jiné výši způsobena nemožnost uplatnit v citovaných částech zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] své skutečné náklady a reálně tak i ve výše uvedených dílčích plněních soutěžit o veřejnou zakázku.
9. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad zrušil podle § 263 odst. 3 zákona – jako nápravné opatření nezákonného postupu zadavatele konstatovaného ve výrocih I a II napadeného rozhodnutí – zadávací řízení na veřejnou zakázku.
10. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 263 odst. 8 zákona zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení.
11. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli podle § 266 odst. 1 zákona v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
12. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadávací dokumentace (včetně svých příloh) a vysvětlení ZD č. 6 obsahují vzájemně protichůdné informace. Dle čl. 7.2 zadávací dokumentace totiž dodavatelé na jednu stranu nemají možnost nijak upravovat soupis prací VZT, resp. ho upravovat nesmí, nicméně ze samotného soupisu prací

VZT jednoznačně vyplývá, že jej dodavatelé naopak upravovat mohou, resp. za určité situace jim přímo vzniká povinnost tento soupis upravit. Tyto zjevně protichůdné zadávací podmínky následně zadavatel „dovysvětlil“ v rámci vysvětlení ZD č. 6. Dle Úřadu však i po tomto vysvětlení stále přetrvávají pochybnosti ohledně toho, zda dodavatelé za určitých okolností soupis prací VZT upravit musí či zda naopak nesmějí, a to jednak s ohledem na skutečnost, že předmětná zadávací podmínka uvedená v soupisu prací VZT v něm bez jakýchkoliv změn zůstala i po vysvětlení ZD č. 6 a také s ohledem na skutečnost, že zadavatelem stanovené pravidlo hierarchie zadávacích podmínek, dle kterého mají mít v pochybnostech ustanovení „Zadávací dokumentace“ přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci, je díky použité terminologii nesrozumitelné a nepřehledné, protože z pohledu zákona žádná hierarchie mezi zadávací dokumentací [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] a projektovou dokumentací neexistuje, naopak projektová dokumentace je součástí zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona]. Vzhledem k těmto skutečnostem má Úřad za to, že ze strany zadavatele došlo při stanovení zadávacích podmínek k porušení zásady transparentnosti uvedené v § 6 odst. 1 zákona, jelikož si zadávací podmínky stanovené v čl. 7.2 zadávací dokumentace, soupisu prací VZT a vysvětlení ZD č. 6 zjevně protiřečí.

13. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad dále uvedl, že stanovením zadávací podmínky v soupisu prací VZT, že „*[p]ozdější připomínky a požadavky na vícepráce nebudou akceptovány*“ v kombinaci se zadávacími podmínkami vyplývajícími z vysvětlení ZD č. 6 zadavatel v dodavateli vyvolal pocit, že by měli být aktivní v kontrole soupisu prací VZT, neboť pokud by tak neučinili, mohli by být vystaveni riziku, že by byli zavázáni k provedení víceprací, které by jim však nemusely být uhrazeny. Dle Úřadu zadavatel touto zadávací podmínkou přenesl odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, což je v rozporu s § 36 odst. 3 zákona.
14. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že zadavatel v soupisu prací VZT stanovil náklady na dopravu (zařízení/potrubi/pracovníci apod.) ve výši 3,6 % z dodávky zařízení, v příloze zadávací dokumentace „Rekapitulace rozpočtu měření a regulace“ stanovil náklady na pomocný materiál ve výši 5 % a na „PPV“ 6 % a v příloze zadávací dokumentace „D1.4.d Silnoproudá elektrotechnika“ stanovil náklady na podružný materiál ve výši 3 %, (dále jen „**procentuální hodnoty**“). Dle Úřadu za situace, kdy jsou tato dílčí plnění stanovena pevně danými procentuálními hodnotami, jsou dodavatelé nuceni uplatnit náklady na tato dílčí plnění podle zadání zadavatele, přestože jejich reálné náklady mohou být odlišné. Takto nastavená pravidla mohou dle Úřadu zvýhodnit dodavatele, kterým náklady na uvedená dílčí plnění opravdu vzniknou v takové výši, kterou požaduje zadavatel, a znevýhodnit dodavatele, kterým vzniknou náklady na uvedená dílčí plnění v nižší míře, kdy jsou takoví dodavatelé nuceni v důsledku pevně daných procentuálních hodnot dané náklady cenově nadsadit, a dále rovněž dodavatele, kterým naopak vzniknou náklady na uvedená dílčí plnění ve větší míře, než zadavatel umožňuje, kdy jsou stanovením pevně daných procentuálních hodnot nuceni své reálné náklady podřadit pod jiné položky soupisu prací apod. Dodavatelům, kterým vznikají na realizaci výše uvedených dílčích plnění náklady v jiné výši, je tak dle Úřadu znemožněno v této části soutěžit o veřejnou zakázku.

IV. Rozklad zadavatele ze dne 5. 7. 2020

15. Dne 5. 7. 2020 Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne proti napadenému rozhodnutí (dále jen „rozklad“). Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 19. 6. 2020. Konec 15denní odvolací lhůty dle § 83 správního řádu připadl na sobotu 4. 7. 2020. Ve smyslu § 40 odst. 1 písm. c) správního řádu je posledním dnem lhůty nejbližší příští pracovní den, v tomto případě úterý 7. 7. 2020. Zadavatel tedy podal rozklad v zákonné lhůtě.
16. K výroku I napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že nepřenesl odpovědnost za správnost zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] na účastníky zadávacího řízení. Dle zadavatele to vyplývá z bodu 7.2 zadávací dokumentace a vysvětlení ZD č. 6. Zadavatel rozlišuje „zadávací dokumentaci“ ve smyslu zákona a „Zadávací dokumentaci“ (s velkým „Z“) jako konkrétní dokument. Zadavatel ve vysvětlení ZD č. 6 uvedl, že odpovídá za správnost a úplnost zadávacích podmínek a nepřenáší odpovědnost na dodavatele. Zadavatel zde rovněž napsal, že ustanovení „Zadávací dokumentace“ mají v pochybnostech přednost před ustanoveními v projektové dokumentaci. Věta obsažená v projektové dokumentaci, která je v rozporu s bodem 7.2 zadávací dokumentace, byla zhojena vysvětlením ZD č. 6. Dodavatelé nepostupují v zadávacím řízení podle původního znění zadávacích podmínek, ale podle zadávacích podmínek ve znění případných změn, v posuzovaném případě ve znění vysvětlení ZD č. 6. Dle zadavatele proto nelze souhlasit s tvrzením Úřadu, že zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] a vysvětlení ZD č. 6 obsahují protichůdné informace. Protichůdná informace oproti „Zadávací dokumentaci“ je uvedena v projektové dokumentaci, což bylo napraveno vysvětlením ZD č. 6. Pokud by Úřad trval na tom, že netransparentnost zadávacího řízení způsobuje, že zadavatel sporné ustanovení projektové dokumentace na základě vysvětlení ZD č. 6 neodstraní, bylo by potřeba na tento přístup pohlížet jako na přepjatě formalistický, což je v rozporu s rozhodovací praxí Ústavního soudu.
17. K výroku II napadeného rozhodnutí zadavatel namítá, že nemohl v zadávacím řízení postupovat v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, neboť z rozhodovací praxe Úřadu a správních soudů vyplývá, že tato zásada znamená něco jiného, než k čemu Úřad vztahuje domnělá porušení zákona. Zadavatel nemá rozdílný přístup k jednotlivým dodavatelům, naopak přistupuje ke všem stejně, neboť je všem stanoveno stejné procentní vyjádření nákladů na podružný a pomocný materiál. Zadavateli není jasné, z čeho Úřad vyvozuje, že byla ztížena možnost dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Dle zadavatele měli všichni dodavatelé pro účast v zadávacím řízení stejné podmínky. Zadavatel uvádí, že jelikož se v případě nákladů a dodávek, kterých se procentuální vyjádření týká, jedná o množství, které nelze vymezit, zvolil jejich procentuální vyjádření tak, že všichni dodavatelé tyto položky nacení stejně, a tím pádem bude zachována i zásada zákazu diskriminace. Procentní vyjádření podružných a pomocných materiálů a dodávek je dle zadavatele jedním z obecně přijímaných způsobů stanovení částky, kterou nelze predikovat a stanovit jiným způsobem. Zadavatel je přesvědčen, že vymezením předmětných položek neporušil zákon a zvolil jednu z možných a obvyklých variant pro jejich určení. Zadavatel trvá na tom, že předmětné položky byly definovány v souladu s legislativou vztahující se k tvorbě rozpočtů (soupisů prací s výkazem výměr). Dle zadavatele nemohlo mít Úřadem konstatované pochybení žádný vliv na rozhodování subjektů o účasti v zadávacím řízení a na pořadí nabídek, jelikož se jedná

o procentuální vyjádření vztahující se k uvedenému položkovému základu – hodnota procentuálně určených položek tedy odpovídá vždy poměrově základu, ze kterého jsou počítány, a tudíž pouze poměrově přenáší hodnotu do celkové nabídkové ceny.

Závěr rozkladu

18. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Doplnění rozkladu

19. Úřad, resp. jeho předseda obdržel dne 14. 7. 2020 a dne 20. 7. 2020 podání zadavatele, kterými doplnil rozklad. V podání ze dne 14. 7. 2020 zadavatel informuje předsedu Úřadu, že oslovil účastníky zadávacího řízení s žádostí o zodpovězení dotazů týkajících se sporných bodů, které jsou zadavateli vytýkány Úřadem. V rámci podání ze dne 20. 7. 2020 zadavatel zaslal Úřadu odpovědi 3 účastníků zadávacího řízení na jím vznesené dotazy.

V. Řízení o rozkladu

20. Úřad po doručení rozkladu neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
22. Výroky I, IV a V napadeného rozhodnutí jsou správné a v souladu se zákonem. Výrok II napadeného rozhodnutí je nezákonný z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek skutkových důvodů a nedostatečně zjištěného skutkového stavu. Výrok III napadeného rozhodnutí bylo třeba změnit z důvodu jeho provázanosti s výrokem II napadeného rozhodnutí.
23. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení výroků I, IV a V napadeného rozhodnutí a zamítnutí rozkladu v této části a rovněž důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroku II napadeného rozhodnutí a změně výroku III napadeného rozhodnutí.

VI. K důvodům potvrzení výroku I napadeného rozhodnutí

24. K námitce zadavatele, že se nedopustil porušení zákona konstatovaných Úřadem ve výroku I napadeného rozhodnutí, uvádím následující.
25. V čl. 7.2 „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „[s]joupis prací s výkazem výměr poskytnutý zadavatelem v příloze této ZD jsou ve své struktuře závazné a nesmí být jakkoliv dodatečně upravován“.

26. V soupisu prací VZT zadavatel stanovil, že „[p]okud dodavatel na základě svých odborných zkušeností zjistí, že v projektové dokumentaci není některá činnost či položka nutná pro dokončení předmětného díla uvedena, je povinen ji doplnit do nabídky a ocenit ji“ a „[p]ozdější připomínky a požadavky na vícepráce nebudou akceptovány“.
27. Ve vysvětlení ZD č. 6 zadavatel uvedl, že „si dále za účelem odstranění jakýchkoliv pochybností dovoluje zdůraznit, že *Soupis prací s výkazem výměr poskytnutý zadavatelem je ve své struktuře závazný a nesmí být účastníky jakkoliv dodatečně upravován. Tato informace je rovněž uvedena v čl. 7.2. Zadávací dokumentace. Zadavatel je odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek a tuto odpovědnost v žádném případě nepřenáší na dodavatele. Zadavatel rovněž upřesňuje, že ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci*“.
28. Z bodů 25 a 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí jednoznačně plyne, že čl. 7.2 zadávací dokumentace a soupis prací VZT obsahují vzájemně protichůdné zadávací podmínky. Podle čl. 7.2 zadávací dokumentace nesmí být soupis prací jakkoliv dodatečně upravován, zatímco v soupisu prací VZT zadavatel stanovil, že dodavatel je povinen doplnit položky nutné pro dokončení předmětného díla (rovněž viz bod 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Existenci tohoto rozporu ani zadavatel nenamítá, tvrdí však, že byl zhojen prostřednictvím vysvětlení ZD č. 6.
29. V této souvislosti je třeba předně upozornit na to, že zadavatel rozpornou a nezákonnou zadávací podmínku stanovenou v soupisu prací VZT neodstranil a tato zadávací podmínka zůstala součástí zadávacích podmínek veřejné zakázky i po vysvětlení ZD č. 6 (rovněž viz bod 107 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Odstranění této zadávací podmínky přitom bylo správné řešení, nikoliv „přepjatý formalismus“, jak uvádí zadavatel v rozkladu za současného odkazování na nálezy Ústavního soudu.
30. Co se týká vysvětlení ZD č. 6, souhlasím se závěrem Úřadu prezentovaným v bodě 110 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že i po vysvětlení ZD č. 6 stále existují pochybnosti ohledně toho, zda dodavatelé za určitých okolností soupis prací VZT upravit musí či naopak nesmějí.
31. Zadavatel předně ve vysvětlení ZD č. 6 *pouze zopakoval* to, co již bylo uvedeno v čl. 7.2 zadávací dokumentace, že soupis prací je závazný a nesmí být jakkoliv upravován, v tomto ohledu tedy nedošlo k žádné změně či vysvětlení zadávací dokumentace.
32. Zadavatel dále ve vysvětlení ZD č. 6 uvedl, že „*je odpovědný za správnost a úplnost zadávacích podmínek a tuto odpovědnost v žádném případě nepřenáší na dodavatele*“, čímž pouze parafrázoval § 36 odst. 3 *in fine* zákona. Toto tvrzení zadavatele nic nevyovídá o tom, zda jsou opravdu veškeré zadávací podmínky s tímto ustanovením zákona v souladu. Zadavatel sice může tvrdit, že zadávacími podmínkami odpovědnost za jejich správnost a úplnost na dodavatele nepřenáší, ve skutečnosti však mohou obsahovat ustanovení, která jsou v rozporu s § 36 odst. 3 *in fine* zákona. Takovým ustanovením je v posuzovaném případě část soupisu prací VZT citovaná v bodě 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí.
33. Totožná argumentace platí i ve vztahu k odpovědi na dotaz č. 1 v dokumentu „Vysvětlení/Změna zadávací dokumentace č. 2“ (dále jen „**vysvětlení ZD č. 2**“), na který zadavatel odkazuje v rozkladu. Jeden z dodavatelů položil zadavateli dotaz, v němž uvedl, že

„[z]adavatel zahrnul do čl. II.6.2. smlouvy ustanovení o prohlášení zhotovitele, který dle tohoto článku prohlašuje, že „se řádně seznámil s projektovou dokumentací stavby a výkazem výměr, přičemž svým podpisem na této smlouvě stvrzuje, že k těmto dokumentům nemá žádné výhrady, jsou mu zcela jasné a srozumitelné a neshledal v nich žádné rozdíly, na které by musel objednatel upozornit“. Žadatel uvádí, že dle ZZVZ nemá žádnou povinnost kontrolovat zadávací dokumentaci (projektovou dokumentaci, výkaz výměr) a ani tedy povinnost upozorňovat zadavatele na určitý nesoulad projektové dokumentace/výkazu výměr“. Žadatel žádal o vypuštění citovaného článku návrhu smlouvy o dílo. Zadavatel tento článek nezrušil a místo toho ve vysvětlení ZD č. 2 napsal, že se „[n]ejedná o přenášení odpovědnosti za projektovou dokumentaci, pouze o prohlášení zhotovitele, že se seznámil s podklady. Ustanovení není navázáno na žádnou sankci. Zadavatel trvá na výše uvedeném ustanovení smlouvy o dílo“.

34. Zadavatel tedy v rámci vysvětlení ZD č. 2 prohlásil, že předmětným ustanovením návrhu smlouvy o dílo nepřenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace na dodavatele. Posouzení citovaného článku návrhu smlouvy o dílo není předmětem tohoto správního řízení, obecně však lze říci, že proklamace zadavatele, že konkrétní zadávací podmínkou nepřenáší odpovědnost za správnost a úplnost zadávací dokumentace na dodavatele, nemá vliv na skutečnost, že předmětná zadávací podmínka zůstala součástí zadávací dokumentace, a proto se jí dodavatelé musí řídit.
35. Ve vysvětlení ZD č. 6 zadavatel nakonec uvedl, že „*ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci*“. Zadavatel tedy místo toho, aby zadávací podmínku citovanou v bodě 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí a případné další rozporné či nezákonné zadávací podmínky zrušil, prostřednictvím vysvětlení ZD č. 6 stanovil pravidlo, podle něhož měli nápravu zadávacích podmínek provést *de facto* sami dodavatelé, tedy příslušné pochybnosti mezi jednotlivými ustanoveními zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] správně identifikovat a vyřešit, a to stejně, jako všichni ostatní dodavatelé. Úřad v bodě 108 odůvodnění napadeného rozhodnutí správně uvedl, že toto pravidlo je nesrozumitelné. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona ve spojení s § 92 odst. 1 písm. b) zákona je totiž projektová dokumentace součástí zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona], a proto žádná hierarchie mezi zadávací dokumentací [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] a projektovou dokumentací neexistuje.
36. Zadavatel v této souvislosti v rozkladu argumentuje zejména tím, že rozlišuje pojem „zadávací dokumentace“ ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona a pojem „Zadávací dokumentace“ (s velkým „Z“) jako konkrétní dokument. K tomu uvádím, že zadavatel v zadávací dokumentaci ani ve vysvětlení ZD č. 6 pojem „Zadávací dokumentace“ nedefinoval a použil ho bez jakéhokoliv objasnění pouze v citované části vysvětlení ZD č. 6 (viz bod 27 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel v zadávací dokumentaci naopak používá pojem „zadávací dokumentace“ (s malým „z“) a má tím zjevně na mysli pouze tento „základní“ 29stránkový dokument – viz např. čl. 3 „Předmět zakázky“, v němž je uvedeno, že „*[p]ředmět a rozsah plnění této zakázky je blíže specifikován ve výkazu výměr a projektové dokumentaci, jež tvoří přílohu č. 9 zadávací dokumentace*“, nebo čl. 5 „Kritéria pro hodnocení nabídek“, podle něhož „*[z]působ výpočtu ceny je specifikován v čl. 7.2 zadávací dokumentace*“.

37. Z pouhého použití pojmu „Zadávací dokumentace“ (s velkým „Z“) ve vysvětlení ZD č. 6 tedy nijak nevyplývá, jak zadavatel tento pojem vykládá a jak ho mají vykládat dodavatelé. Fakt, že tento pojem je nejasný lze doložit i na tom, co uvádí dodavatel HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, (dále jen „HOCHTIEF“) ve své odpovědi, kterou zadavatel zaslal Úřadu v rámci doplnění rozkladu (viz bod 19 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a naopak co uvádí sám zadavatel v rozkladu.
38. Dle společnosti HOCHTIEF *„Zadávací dokumentací“ tedy v takových případech chápeme pouze vlastní dokument, který definuje zásady a podmínky zadávacího řízení a je takto i výslovně nazván, a ostatní dokumenty vnímáme jako její přílohy*“, zatímco dle zadavatele pod pojem „Zadávací dokumentace“ spadá i její příloha – návrh smlouvy o dílo, když v rozkladu uvádí, že *„[p]řílohou Zadávací dokumentace je návrh Smlouvy o dílo. Vysvětlením č. 6 zadavatel stanoví, že Zadávací dokumentace má přednost před ustanoveními projektové dokumentace. Zadavatel si uvědomuje, že přílohou Zadávací dokumentace je také projektová dokumentace, nicméně zadavatel stanovil ve vysvětlení č. 6, že Zadávací dokumentace, a tím pádem i návrh Smlouvy o dílo, má přednost před ustanoveními v projektové dokumentaci v případě pochybností“*.
39. Nová zadávací podmínka, že *„ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci“* nemůže mít dopad (nemůže fakticky zrušit) nezákonnou zadávací podmínku uvedenou v soupisu prací VZT (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí) i z toho důvodu, že se v ní hovoří o „pochybnostech“. Mezi čl. 7.2 zadávací dokumentace a soupisem prací VZT však neexistují žádné pochybnosti, ale jednoznačný rozpor.
40. Lze tedy shrnout, že i po vysvětlení ZD č. 6 zůstala součástí soupisu prací VZT zadávací podmínka citovaná v bodě 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí, která si protiřečí se zadávací podmínkou stanovenou v čl. 7.2 zadávací dokumentace, citovanou v bodě 25 odůvodnění tohoto rozhodnutí. Zadavatel prostřednictvím vysvětlení ZD č. 6 navíc stanovil novou zadávací podmínku že *„ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci“*. Jak bylo vysvětleno výše, tato nová zadávací podmínka je rovněž nejasná – není zřejmé, které části zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] mají v případě „pochybností“ přednost před projektovou dokumentací, a které již nikoliv.
41. Zadávací podmínky veřejné zakázky jsou tedy v uvedené části nejednoznačné, a tudíž v rozporu se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona. V této souvislosti lze odkázat např. na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2011-72 ze dne 15. 2. 2012, podle něhož porušením zásady transparentnosti je *„jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení“* nebo na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 ze dne 15. 9. 2010, podle kterého požadavek transparentnosti *„není splněn tehdy, pokud jsou v zadavatelově postupu shledány takové prvky, jež by zadávací řízení činily nekontrolovatelným, hůře kontrolovatelným, nečitelným a nepřehledným nebo jež by vzbuzovaly pochybnosti o pravých důvodech jednotlivých kroků zadavatele“*.
42. Zadavatel tím, co uvedl v soupisu prací VZT (viz bod 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí) současně porušil § 36 odst. 3 *in fine* zákona, podle něhož zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Jak Úřad správně

vedl v bodě 111 odůvodnění napadeného rozhodnutí, stanovením této zadávací podmínky jsou dodavatelé tlačeni do situace, aby byli aktivní v kontrole soupisu prací VZT, neboť pokud by tak neučinili, mohli by být vystaveni riziku, že v průběhu realizace veřejné zakázky budou zavázáni k provedení víceprací, které jim nemusí být uhrazeny.

43. Zadavatel tuto zadávací podmínku neodstranil ze soupisu prací VZT výslovně, ani „implicitně“ prostřednictvím vysvětlení ZD č. 6. Jak Úřad správně uvedl v bodě 111 odůvodnění napadeného rozhodnutí, vysvětlení ZD č. 6 tuto zadávací podmínku nijak neřeší (viz argumentace v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí) a ani zadavatelem stanovená hierarchie jednotlivých částí zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona], i kdyby měla oporu v zákoně, na tuto podmínku nedopadá. Nezákonná zadávací podmínka citovaná v bodě 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí tedy zůstala součástí zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] i po vysvětlení ZD č. 6.
44. V této souvislosti dále uvádím, že zadavatel dle mého názoru *de facto* přenesl na dodavatele odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek rovněž novou zadávací podmínkou stanovenou ve vysvětlení ZD č. 6, podle níž *„ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci“*. Pokud zadávací podmínky mají nedostatky, měl by je zadavatel napravit, a nikoliv požadovat po dodavatelích, aby sami identifikovali, interpretovali a určovali, která zadávací podmínka má „v pochybnostech“ přednost, a to navíc za situace, kdy je zadavatelem stanovené pravidlo „hierarchie“ zadávacích podmínek nejasné (viz bod 35 a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Různí dodavatelé mohou mít pochybnosti v různých oblastech, a proto musí případné nedostatky zadávacích podmínek napravit sám zadavatel, a to buď z vlastní iniciativy, nebo na základě upozornění ze strany dodavatelů.
45. Zadavatel v rozkladu namítá, že nelze souhlasit s tvrzením Úřadu, že se nevypořádal ve vysvětlení ZD č. 6 s podmínkou uvedenou v soupisu prací VZT, že: *„[p]ozdější připomínky a požadavky na vícepráce nebudou akceptovány“*. Zadavatel se dle svého přesvědčení s touto nezákonnou zadávací podmínkou vypořádal tak, že ve vysvětlení ZD č. 6 stanovil, že *„ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci“*. Dle zadavatele je tak zřejmé, že „Zadávací dokumentace“ a tím pádem i návrh smlouvy o dílo, který je její přílohou, mají v případě pochybností přednost před ustanoveními v projektové dokumentaci. Dle zadavatele je tedy najisto postaveno, že se vypořádal i s otázkou víceprací uvedenou v projektové dokumentaci, a to tak, že v případě víceprací bude postupováno dle uzavřené smlouvy o dílo.
46. V souvislosti s touto námitkou odkazuji na výše uvedené odůvodnění, kterým potvrzuji závěr Úřadu, podle něhož je zadavatelem stanovená hierarchie jednotlivých částí zadávací dokumentace [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] nesrozumitelná a touto „hierarchií“ *de facto* přenesl odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Jak jsem již výše upozornil, zadavatel na jednu stranu na str. 3 rozkladu tvrdí, že si *„v rámci zadávací dokumentace, jak ji chápe zákon, vymínil použití označení/pojmenování jednoho dokumentu jako ‚Zadávací dokumentace‘“*, zatímco na str. 6 rozkladu tvrdí něco jiného, a to že *„stanovil ve vysvětlení č. 6, že Zadávací dokumentace, a tím pádem i návrh Smlouvy o dílo, má přednost před ustanoveními v projektové dokumentaci v případě pochybností“* [Pozn.: zvýraznění provedeno předsedou Úřadu]. Ani sám zadavatel tedy není konzistentní v tom, co má přednost před projektovou dokumentací, a proto s ním nelze souhlasit v tom,

že je „*najisto postaveno, že se zadavatel vypořádal i s otázkou víceprací uvedenou v projektové dokumentaci*“. Zadavatel nemůže po dodavatelích požadovat a očekávat od nich, že na základě zadávací podmínky, že „*ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci*“ nebude žádný z nich přikládat žádnou váhu zadávací podmínce, že „*[p]ozdější připomínky a požadavky na vícepráce nebudou akceptovány*“ z důvodu, že v návrhu smlouvy o dílo je stejná otázka řešena jinak.

47. K doplnění rozkladu (viz bod 19 odůvodnění tohoto rozhodnutí) uvádím, že skutečnost, že 3 účastníci zadávacího řízení zadavateli sdělili, že zadávací podmínky ve sporných bodech nepovažují za netransparentní a rozporné s § 36 odst. 3 zákona, neznamená, že zadávací podmínky tyto nedostatky ve skutečnosti nemají, a že tyto nedostatky nemohly mít či neměly negativní vliv na jiné potenciální dodavatele. Např. navrhovatel, jako jeden z potenciálních dodavatelů posuzované veřejné zakázky, nepovažoval předmětné nedostatky zadávacích podmínek za souladné se zákonem a požadoval jejich nápravu.
48. V návaznosti na uvedené lze tedy souhlasit s Úřadem v tom, že součástí zadávací dokumentace veřejné zakázky [ve smyslu § 28 odst. 1 písm. b) zákona] jsou protichůdné požadavky (viz body 25 a 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí), a proto jsou zadávací podmínky veřejné zakázky v této části nejednoznačné, a tudíž v rozporu se zásadou transparentnosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona. Rovněž lze souhlasit s Úřadem v tom, že zadavatel zadávací podmínkou citovanou v bodě 26 odůvodnění tohoto rozhodnutí přenesl odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, čímž porušil § 36 odst. 3 *in fine* zákona. Odpovědnost správnost a úplnost zadávacích podmínek zadavatel na dodavatele *de facto* přenesl i novou zadávací podmínkou, že „*ustanovení Zadávací dokumentace mají v pochybnostech přednost před ustanoveními uvedenými v projektové dokumentaci*“. Zadavatel rozpor mezi čl. 7.2 zadávací dokumentace a soupisem prací VZT, ani zadávací podmínky porušující § 36 odst. 3 *in fine* zákona, neodstranil, ani jinak nenapravil – vysvětlení ZD č. 6 je v tomto ohledu nedostatečné a vzhledem ke své nejednoznačnosti vyvolává další pochybnosti ohledně toho, která ustanovení jsou, resp. nejsou součástí zadávacích podmínek.
49. Ze všech výše uvedených důvodů jsem výrok I napadeného rozhodnutí jako správný potvrdil a námítky zadavatele shrnuté v bodě 16 odůvodnění tohoto rozhodnutí jako nedůvodné zamítl.

VII. K důvodům zrušení výroku II napadeného rozhodnutí

50. Zadavatel v soupisu prací VZT stanovil náklady na dopravu (zařízení/potrubí/pracovníci apod.) ve výši 3,6 % z dodávky zařízení, v příloze zadávací dokumentace „Rekapitulace rozpočtu měření a regulace“ náklady na pomocný materiál ve výši 5 % a na „PPV“ 6 % a v příloze zadávací dokumentace „D1.4.d Silnoproudá elektrotechnika“ náklady na podružný materiál ve výši 3 %.
51. Zadavatel tedy v uvedených položkách soupisu prací dodavatelům neumožnil nabídnout vlastní ceny a soutěžit tak v nich, a tyto jim stanovil sám, a to prostřednictvím procentuálních hodnot počítaných z dílčích nabídkových cen jednotlivých dodavatelů. Každému dodavateli

se tedy měla poměrně navýšit jimi stanovená nabídková cena o náklady na dopravu, pomocný materiál, „PPV“ a podružný materiál.

52. Úřad ve výroku II napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel zadávacími podmínkami spočívajícími ve stanovení procentuálních hodnot předmětných dílčích položek soupisu prací porušil zásadu zákazu diskriminace vymezenou v § 6 odst. 2 zákona.
53. Zadavatel v této souvislosti v rozkladu především namítá, že v zadávacím řízení nemohl postupovat v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, neboť přistupuje ke všem dodavatelům stejně, když všem stanovil stejné procentní vyjádření nákladů na podružný a pomocný materiál. Dle zadavatele všichni dodavatelé měli pro účast v zadávacím řízení stejné podmínky, a proto nemohl mít k jednotlivým dodavatelům rozdílný přístup.
54. K této námitce uvádím, že relevantní judikatura rozlišuje diskriminaci „zjevnou“, kdy zadavatelé postupují jinak vůči jednotlivci než vůči celku, a dále diskriminaci „skrytou“, kdy zadavatelé sice na první pohled postupují vůči všem dodavatelům stejně, ve skutečnosti však svými požadavky či úkony poškozují hospodářskou soutěž a konkurenční prostředí mezi dodavateli (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008). Ve světle toho lze souhlasit se zadavatelem v tom, že se stanovením procentuálních hodnot nedopustil diskriminace „zjevné“.
55. Na druhou stranu je však třeba dát za pravdu i Úřadu, který v bodě 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že za situace, kdy jsou předmětná dílčí plnění stanovena pevně danými procentuálními hodnotami, jsou zvýhodněni dodavatelé, kterým náklady na uvedená dílčí plnění opravdu vzniknou v takové výši, kterou požaduje zadavatel, a znevýhodněni dodavatelé, kterým vzniknou náklady na uvedená dílčí plnění v nižší míře, kdy jsou takoví dodavatelé nuceni v důsledku pevně daných procentuálních hodnot dané náklady cenově nadsadit, a dále rovněž dodavatelé, kterým naopak vzniknou náklady na uvedená dílčí plnění ve větší míře, než zadavatel umožňuje, kdy jsou stanovením pevně daných procentuálních hodnot nuceni své reálné náklady podřadit pod jiné položky soupisu prací. Právě popsané zvýhodnění některých dodavatelů na úkor jiných prostřednictvím požadavku, který je na první pohled vůči všem stejný, *by za předpokladu, že by se jednalo o nedůvodný požadavek*, naplňovalo znaky diskriminace „skryté“.
56. Úřad k zásadě zákazu diskriminace stanovené v § 6 odst. 2 zákona správně v bodě 117 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že po zadavateli nelze reálně požadovat, aby stanovené zadávací podmínky měly na všechny dodavatele stejný dopad a nevytvářely tak mezi nimi určitou nerovnováhu, avšak takové zvýhodnění či znevýhodnění některých dodavatelů nesmí být bezdůvodné a musí být odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele. Toto pravidlo, které ve vztahu k zadávacím podmínkám rozvíjí zásadu zákazu diskriminace vymezenou v § 6 odst. 2 zákona, je výslovně zakotveno v § 36 odst. 1 zákona, podle něhož zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům *bezdůvodně* přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely *bezdůvodné* překážky hospodářské soutěže.
57. Úřad sice v odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí dospěl ke správnému dílčímu závěru, že zadavatel stanovením procentuálních hodnot předmětných dílčích položek soupisu prací vytvořil překážky hospodářské soutěže, avšak již se v návaznosti na § 36 odst. 1 zákona vůbec nezabýval tím, zda tak zadavatel učinil „důvodně“, anebo „bezdůvodně“. Úřad

tak zatížil výrok II napadeného rozhodnutí vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek skutkových důvodů a současně nedostatečným zjištěním skutkového stavu.

58. Úřad má obecně pravdu v tom, že by zadavatel měl umožnit soutěž ve všech částech veřejné zakázky, tedy i v předmětných dílčích položkách soupisu prací. V ideálním případě by měl zadavatel i tyto položky specifikovat (tj. např. u položky „podružný materiál“ rozepsat, jaký konkrétní materiál obsahuje a v jakém množství) tak, aby je mohli jednotliví dodavatelé ocenit podle svého uvážení a jejich nabídky byly porovnatelné. K tomu srov. § 5 odst. 2 vyhlášky č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, podle něhož položky soupisu prací jsou popsány v podrobnostech jednoznačně vymezujících obsah požadovaných stavebních prací, dodávek či služeb a umožňující porovnatelné ocenění tohoto obsahu.
59. Zadavatel v této souvislosti v rozkladu namítá, že „[p]rocentní vyjádření podružných a pomocných materiálů a dodávek je jedním z obecně přijímaných způsobů stanovení částky, kterou nelze predikovat a stanovit jiným způsobem“. V doplnění rozkladu ze dne 14. 7. 2020 dále poznamenává, že „[v]šeobecně v místě a v čase obvyklou praxí je nacenění těchto (v celém objemu stavebních prací na díle) minoritních nákladů, pomocí procentní sazby s tím, že tato metodika je již součástí běžně používaných ceníků (Ize ověřit u společností RTS, a.s., nebo URS Praha)“.
60. K tomu uvádím, že je pravdou, že v praxi zadávání veřejných zakázek se lze se zadavatelem zvoleným způsobem ocenění předmětných položek soupisu prací setkat², a že by se mohlo jednat o jednu z možných a obvyklých variant, jak k ocenění těchto marginálních (zbytkových) položek soupisu prací přistoupit.
61. Pokud by procentuální hodnoty u předmětných položek soupisu prací byly stanoveny z racionálních důvodů, které vycházejí z odborné praxe projektování staveb a zpracovávání soupisů prací, a byly odůvodnitelné oprávněnými potřebami zadavatele, nemuselo by se v takovém případě jednat o porušení zásady zákazu diskriminace zakotvené v § 6 odst. 2 zákona, ve vztahu k zadávacím podmínkám dále rozvedené v § 36 odst. 1 zákona.
62. Lze tedy shrnout, že není vyloučeno, že zadavatel tím, že u dílčích položek soupisu prací uvedl procentuální hodnoty (viz bod 50 odůvodnění tohoto rozhodnutí), mohl zvolit jednu z variant, která je při vymezení těchto specifických položek obvyklá a možná, vychází z odborné praxe projektování staveb a je založena na racionálním základě, a proto se zadavatel v tomto konkrétním případě nemusel dopustit „bezdůvodného“ omezení hospodářské soutěže a tím pádem porušení povinnosti postupovat v souladu se zásadou zákazu diskriminace. Úřad nemůže opomíjet odborná pravidla a praxi v odvětví, v jehož rámci je veřejná zakázka zadávána, a musí je rovněž při svém rozhodování zohlednit. Úřad v tomto ohledu neučinil žádná skutková zjištění a vzhledem k tomu ani neposoudil, zda zadavatel vymezením procentuálních hodnot u předmětných položek soupisu prací omezil hospodářskou soutěž „důvodně“, anebo „bezdůvodně“. Z toho důvodu je výrok II

² Viz např. zadávací dokumentace zadavatele Univerzita Karlova v Praze, Farmaceutická fakulta v Hradci Králové: https://zakazky.cuni.cz/document_1621/1695ae49e1f42603-zatepleni-jb-zadavaci-dokumentace-komplet-pdf (viz str. 54), nebo města Český Krumlov: https://zakazky.ckrumlov.cz/document_3551/619c57dbf757fb7f5e5988407519f18e-priloha-c-10-opraveny-soupis-praci-dodavek-a-sluzeb-s-vykazem-vymer-i-etapa-xls (viz list „SO.01 - nezpůsob. VO“ dole).

napadeného rozhodnutí zatížen vadou nepřezkoumatelnosti pro nedostatek skutkových důvodů a rovněž nedostatečným zjištěním skutkového stavu, a proto jsem ho jako nezákonný zrušil.

63. Výrok II napadeného rozhodnutí jsem z výše uvedených důvodů bez dalšího zrušil, aniž bych věc v tomto rozsahu vrátil Úřadu k novému projednání. Je to z toho důvodu, že by nové projednání věci bylo neúčelné, protože Úřad by v jeho rámci nemohl uložit žádné jiné nápravné opatření. Změněným výrokem III napadeného rozhodnutí i tak totiž došlo ke zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, neboť ob stojí důvod uvedený ve výroku I napadeného rozhodnutí.
64. Pro úplnost rovněž podotýkám, že jsem návrh v rozsahu, který byl předmětem zrušeného výroku II napadeného rozhodnutí, nezamítl podle § 265 písm. a) zákona, protože mu bylo vyhověno prostřednictvím změněného výroku III (ve spojení s potvrzeným výrokem I) napadeného rozhodnutí.

VIII. K důvodům změny výroku III a potvrzení výroků IV a V napadeného rozhodnutí

65. Podle § 263 odst. 3 zákona, stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
66. Úřad ve výrocích I i II napadeného rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Každé z těchto porušení zákona bylo podle § 263 odst. 3 zákona samostatným důvodem pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení. Po potvrzení výroku I a zrušení výroku II napadeného rozhodnutí tímto rozhodnutím o rozkladu tedy stále existuje důvod specifikovaný ve výroku I napadeného rozhodnutí pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení, a proto jsem výrok III napadeného rozhodnutí změnil výrokem III tohoto rozhodnutím o rozkladu tak, že důvodem pro uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení je pouze porušení zákona konstatované ve výroku I napadeného rozhodnutí.
67. Vzhledem k tomu, že se výrokem III napadeného rozhodnutí i po jeho změně provedené výrokem III tohoto rozhodnutí o rozkladu ukládá zadavateli nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, bylo na místě potvrdit navazující výroky IV a V napadeného rozhodnutí (blíže viz body 132-137 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

IX. Závěr

68. Po zvážení všech aspektů dané věci jsem dospěl k závěru, že Úřad ve výrocích I, IV a V napadeného rozhodnutí postupoval v souladu s právními předpisy, a proto jsem v tomto rozsahu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl. V případě výroku II napadeného rozhodnutí jsem dospěl k závěru, že je nezákonný z důvodu nepřezkoumatelnosti pro nedostatek skutkových důvodů a nedostatečně zjištěného skutkového stavu, a proto jsem ho zrušil. V návaznosti na potvrzení výroku I napadeného rozhodnutí a zrušení výroku II napadeného rozhodnutí jsem změnil výrok III napadeného rozhodnutí tak, že se i po jeho změně zadavateli ukládá nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. VIA Consult a.s., náměstí Svobody 527, 739 61 Třinec
2. PKS stavby, a.s., Brněnská 126/38, 591 01 Žďár nad Sázavou

Vypraveno dne:

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