



UOHSX00AG45R

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0307/2017/VZ-27878/2017/522/RCh

Brno: 25. září 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 3. 8. 2017 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3,
- navrhovatel - TELMONT Nymburk s.r.o., IČO 25637584, se sídlem Palackého 222, 288 02 Nymburk, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 29. 5. 2017 Mgr. Luborem Černým, advokátem, ev. č. ČAK 16693, se sídlem Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatel (TDI)“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 17. 2. 2017, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 23. 2. 2017,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel - Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3 – **nedodržel** při zadávání veřejné zakázky „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatel (TDI)“ ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne

17. 2. 2017, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 23. 2. 2017, **pravidla** stanovená pro zadání veřejné zakázky tím, že postupoval v rozporu s § 39 odst. 1 v návaznosti na § 127 odst. 2 písm. d) ve spojení s § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, když zrušil předmětné zadávací řízení, aniž by důvody uvedené v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 20. 6. 2017, spočívající v tom, že v zadávací dokumentaci nebyl konkretizován termín „stavba obdobného charakteru“, což mohlo dle zadavatele vést k nestejnému pochopení zadávacích podmínek, a nelze tak provést nediskriminační a transparentní hodnocení, bylo možné považovat za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, jelikož v kontextu celé zadávací dokumentace nelze dovodit, že zadávací podmínky jsou v uvedeném ohledu stanoveny nejednoznačně, a tudíž v rozporu se zákonem, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a doposud nedošlo k uzavření smlouvy.

II.

Jako **nápravné opatření** k nezákonnému postupu zadavatele - Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3 – uvedenému ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **ruší rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení** ze dne 20. 6. 2017 na veřejnou zakázku „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatel (TDI)“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 17. 2. 2017, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 23. 2. 2017.

III.

Zadavateli – Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3 – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0307/2017/VZ ve věci návrhu navrhovatele – TELMONT Nymburk s.r.o., IČO 25637584, se sídlem Palackého 222, 288 02 Nymburk – ze dne 3. 8. 2017 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení **na** veřejnou zakázku „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatel (TDI)“ zadávanou ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 17. 2. 2017, která byla na profilu zadavatele uveřejněna dne 23. 2. 2017.

IV.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3 – ukládá povinnost

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3 (dále jen „zadavatel“) – dne 23. 2. 2017 zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „zákon“) uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele https://zakazky.eagri.cz/contract_display_8236.html (dále jen „profil zadavatele“) zjednodušené podlimitní řízení za účelem zadání veřejné zakázky „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatele (TDI)“. Téhož dne byla na profilu zadavatele uveřejněna také zadávací dokumentace k předmětné veřejné zakázce. Veřejná zakázka byla na profilu zadavatele uveřejněna pod systémovým číslem P17V00000185.
2. Ze zadávací dokumentace je zřejmé, že se jedná o veřejnou zakázku na služby, jejímž předmětem je výkon občasného technického dozoru (TDI) objednatele na stavbě VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část. Náplní činnosti technického dozoru objednatele je uplatňovat v rozsahu platných právních předpisů zájmy objednatele při kontrole realizace stavby se zadávací projektovou dokumentací, s platnými technickými normami ve výstavbě a s přijatými smluvními závazky. Bližší specifikace předmětu zakázky byla obsažena v příkazní smlouvě. Jako předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel uvedl částku 2.800.000,- Kč bez DPH. Nabídky byly hodnoceny na základě jejich ekonomické výhodnosti, přičemž zadavatel hodnotil dvě kritéria hodnocení. Těmito byla jednak nabídková cena bez DPH s váhou 80 % a dále jako druhé kritérium hodnocení „*Počet staveb obdobného charakteru nad rámec kvalifikačního kritéria v investičních nákladech min. 35 mil. Kč bez DPH za posledních 5 let, na kterých uchazeč vykonával technický dozor investora (hodnoceny budou hodnoty od 1 do 5)*“ s váhou 20 %, přičemž kvalifikačním kritériem, na které odkazovalo druhé kritérium hodnocení, byl dle čl. 10.1 zadávací dokumentace seznam významných služeb poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele. Zadavatel požadoval dle § 53 odst. 4 zákona s výslovným odkazem na § 79 odst. 2 písm. b) zákona jako kritérium technické kvalifikace min. 1 osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení služby – výkon technického dozoru stavby obdobného charakteru v investičních nákladech min. 70 mil. Kč bez DPH za jednu stavbu v posledních 5-ti letech a dále osvědčení o odborné kvalifikaci vztahující se k požadované službě – min. 1 osvědčení objednatele o výkonu technického dozoru investora (TDI) na stavbě v investičních nákladech min. 35 mil. Kč bez DPH pro osobu, která bude vykonávat technický dozor na předmětné stavbě, jako kritérium technické kvalifikace dle § 53 odst. 4 zákona s výslovným odkazem na § 79 odst. 2 písm. d) zákona.
3. Z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 14. 3. 2017 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podávání nabídek obdržel celkem čtyři nabídky. Dle „Zprávy o hodnocení nabídek“ ze dne 11. 4. 2017 doporučila hodnotící komise, aby zadavatel pro účely hodnocení vyzval účastníka zadávacího řízení TELMONT Nymburk s.r.o., IČO 25637584, se sídlem Palackého 222, 288 02 Nymburk (dále jen „navrhovatel“) k doplnění dalších údajů nebo dokladů, kterými jako účastník prokazuje splnění kritéria hodnocení č. 2, tj. osvědčení objednatele, nebo smlouvu

s objednatelům a doklad o uskutečnění plnění dodavatele, o řádném poskytnutí a dokončení služeb.

4. Dne 17. 5. 2017 proběhlo druhé zasedání hodnotící komise, kde bylo konstatováno, že vyzvaný účastník dne 18. 4. 2017 dodal včas vyžádané doklady. Hodnotící komise provedla hodnocení a následně posouzení nabídek, na základě čehož doporučila zadavateli vyloučit účastníky zadávacího řízení, kteří se po hodnocení nabídek umístili na prvním a druhém místě, neboť dle jejího názoru nesplnili kritéria technické kvalifikace. Oznámením o vyloučení účastníka ze dne 17. 5. 2017 pak zadavatel oba účastníky ze zadávacího řízení vyloučil.
5. Dne 22. 5. 2017 a 29. 5. 2017 podali vyloučení účastníci zadávacího řízení námítky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení. O těchto námítkách v obou případech rozhodl zadavatel dne 5. 6. 2017 tak, že své předchozí rozhodnutí o vyloučení účastníků zrušil a jako nápravné opatření uvedl nové hodnocení a posouzení nabídek a dokončení zadávacího řízení dle zákona.
6. Ve „Zprávě o hodnocení nabídek“ ze dne 20. 6. 2017 hodnotící komise konstatovala, že typová rozmanitost účastníky zadávacího řízení předložených referencí (příkladem uvádí dozorování v rámci rekonstrukce přehrad a dozorování úpraven vody v rámci rozsáhlých investičních celků v zahraničí) je natolik široká, že není i s přihlédnutím ke specifikaci zadávacích podmínek možno provést transparentní hodnocení nabídek (v tom smyslu, zda lze předložené reference „vzájemně hodnotit“) a doporučila zadavateli, aby zadávací řízení zrušil z důvodu dle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, tedy proto, že se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody zvláštního zřetele hodné, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval bez ohledu na to, zda tyto důvody způsobily či nikoliv. Dne 20. 6. 2017 pak zadavatel vydal rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení z výše uvedeného důvodu.
7. Dne 7. 7. 2017 podal navrhovatel proti rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení námítky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 21. 7. 2017 nevyhověl.
8. Navrhovatel následně podal dne 3. 8. 2017 u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) datovou zprávou z téhož dne návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU NAVRHOVATELE

9. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 3. 8. 2017 úvodem popisuje dosavadní průběh zadávacího řízení s důrazem na okolnosti vedoucí ke zrušení zadávacího řízení. Navrhovatel má za to, že splnil veškeré zadavatelem uvedené zadávací podmínky tak, jak byly stanoveny. Dále navrhovatel popisuje, že i přesto, že splnil požadavky zadavatele na kvalifikaci, byl zadavatelem ze zadávacího řízení nejdříve vyloučen, přičemž toto rozhodnutí posléze sám zadavatel zrušil, a to právě na základě navrhovatelem podaných námitek. Jako přijaté nápravné opatření zadavatel v rozhodnutí o námítkách deklaroval provedení nového hodnocení nabídek a jejich posouzení, a dále pokračování v zadávacím řízení v souladu se zákonem. Zadavatel však následně rozhodl o zrušení zadávacího řízení, proti čemuž navrhovatel v zákonné lhůtě podal námítky, kterým zadavatel nevyhověl.

10. Navrhovatel uvádí, že tímto krokem zadavatele mu vznikla újma spočívající ve zmaření nákladů na přípravu nabídky a v potenciálním ušlém zisku za plnění předmětu veřejné zakázky. Rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení je dle navrhovatele nezákonné, neboť důvody pro tento krok nejsou dány. Navrhovatel se proto domáhá zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a následného dokončení zadávacího řízení zadavatelem zákonným způsobem v souladu se zákonem. Protizákonnost úkonu zadavatele navrhovatel odůvodňuje následovně.
11. Navrhovatel nesouhlasí s argumentací zadavatele, již ve svém rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení uvádí, že typová rozmanitost referenčních staveb je značně široká a hodnotící komise nemůže vzájemně hodnotit účastníky zadávacího řízení předložené referenční akce, neboť hodnocení těchto referenčních akcí nezajistí rovné a spravedlivé hodnocení. Navrhovatel dále nesouhlasí s tvrzením zadavatele, že zadávací dokumentace přesně nespécifikovala, co zadavatel myslel užitím pojmu „stavby obdobného charakteru,“ a že se z tohoto důvodu vyskytly důvody zvláštního zřetele hodné, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv. Pokračování v zadávacím řízení by dle navrhovatele nezpůsobilo nerovné zacházení ani možný diskriminační přístup k účastníkům zadávacího řízení.
12. Navrhovatel má za to, že zadavatel pouze není zpětně spokojen se svou formulací technických kritérií a kritérií hodnocení a jedná se podle něj o snahu zpětně rozšířit rozsah kritéria hodnocení pro obdobné stavby o další technické parametry. Dle navrhovatele byl jediný stanovený parametr pro obdobné stavby „výše investičních nákladů“. Navrhovatel má za to, že jak posuzování, tak hodnocení nabídek by mělo proběhnout podle kritérií, která byla ve výzvě k podání nabídek výslovně uvedena, přičemž na podporu svého tvrzení uvádí navrhovatel rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0350/2015/VZ-22198/2015/523/LKa ze dne 10. 8. 2015, ve kterém Úřad mimo jiné dovedl, že *„zadavatel tedy nebyl oprávněn, s odkazem na v rozhodnutí o vyloučení uvedené důvody, navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučit. Pokud důvody pro vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení nereflektují požadavky zadávací dokumentace (jež si stanovuje sám zadavatel), nemůže takové rozhodnutí o vyloučení obstát.“*
13. Ve svém návrhu dále navrhovatel připouští, že vymezení zadávacích podmínek zadavatelem bylo poněkud vágní, kdy navrhovatel uvádí, že *„zadavatel býval mohl při přípravě zadávacích podmínek veřejné zakázky zvážit i podrobnější a přísnější formulaci požadavků na významné služby k prokázání technické kvalifikace či požadavků na významné služby pro účely hodnocení nabídek v rámci hodnotícího kritéria č. 2.“* Zároveň však dodává, že pokud by zadavatel jako „obdobné stavby“ stanovil pouze vodní díla zahrnutá v § 55 odst. 1 písm. a) zákona č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (dále jen „vodní zákon“), považoval by navrhovatel toto vymezení za nevhodné a nezákonné, jelikož tyto stavby jsou prováděny a spravovány pouze zadavatelem a několika dalšími státními organizacemi. Navrhovatel by v tomto tedy spatřoval nepřipustné vytvoření překážek pro vstup na předmětný trh.
14. Navrhovatel závěrem svého návrhu akcentuje, že vymezení toho, co je dle zadavatele „stavba obdobného charakteru,“ bylo dle formulace v zadávacích podmínkách jednoznačné, přičemž zadavatel v této souvislosti stanovil pouze výši investičních nákladů. Zadavatel je tedy povinen pokračovat v zadávacím řízení. Navrhovatel se proto neztotožňuje s důvody pro

zrušení zadávacího řízení dle § 127 odst. 2 písm. d) zákona, které uvedl zadavatel. Ve vztahu k této situaci je dle navrhovatele případné rovněž rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S674/2014/VZ-27766/2014/533/HKu ze dne 29. 12. 2014, ve kterém Úřad konstatoval, že „[n]yní je tedy nutné, aby zadavatel provedl nové posouzení nabídky navrhovatele, přičemž musí přihlížet k tomu, zda uchazeč splnil jeho požadavky tak, jak je skutečně zachytil v zadávacích podmínkách a nikoli tak, jak si je následně sám zadavatel vykládá.“

15. Závěrem se navrhovatel domáhá zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení a následného dokončení zadávacího řízení zadavatelem zákonným způsobem v souladu se zákonem.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 11. 8. 2017 K NÁVRHU

16. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 11. 8. 2017 k návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele úvodem sděluje, že kromě vymezení zadávacích podmínek obsahovala zadávací dokumentace také projektovou dokumentaci stavby, na které má být předmět veřejné zakázky vykonáván, včetně fotografické dokumentace staveniště a části stavby, která má být rekonstruována. Je tedy zřejmé, že stavba vyžaduje zcela specifické odborně-stavební požadavky jak na provádění stavebních prací, tak na provádění TDI.
17. Vzhledem k výše uvedenému se zadavatel domníval, že použitím sousloví „stavba obdobného charakteru“ ve spojení s kompletní zadávací dokumentací, která obsahovala taktéž projektovou dokumentaci stavby, byl z jeho strany jednoznačně stanoven požadovaný charakter referenčních staveb. Slovo „obdobné“ chápal zadavatel jako „podobné či srovnatelné“. Z tohoto důvodu v dřívější fázi řízení vyloučil účastníky, jejichž reference vyhodnotil jako příliš se lišící od přiloženého projektu stavby a tedy neprokazující požadovanou zkušenost se specifickým stavebním odvětvím. Ve svém rozhodnutí o vyloučení účastníků pak uvedl, že jím nepřijaté reference nepovažuje za stavby dle § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona. Zadavatel nicméně připouští, že tímto se nepřímo dopustil nepřípustného rozšíření zadávacích podmínek, a byl tak nucen na základě podaných námitek účastníků zadávacího řízení své rozhodnutí zrušit a provést nové hodnocení.
18. Po ustanovení nové hodnotící komise a započetí nového hodnocení bylo hodnotící komisí shledáno, že vzhledem k tomu, že „stavba obdobného charakteru“ je s ohledem na předchozí vývoj zadávacího řízení a dokumenty předložené účastníky v nabídkách (které jsou výrazně odlišné od původního očekávání zadavatele) termínem nejednoznačně vymezujícím typ požadovaných relevantních referenčních staveb, nelze dle nejednoznačně vymezeného kritéria hodnocení č. 2 správně, transparentně, objektivně a nediskriminačně nabídky vzájemně hodnotit. Komise výše uvedené vyhodnotila jako důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, a doporučila zadavateli zadávací řízení zrušit.
19. K tvrzení navrhovatele, že v rámci své nabídky doložil veškeré požadované dokumenty a podklady pro účely hodnocení a posuzování nabídek, zadavatel uvádí, že toto konstatování je z hlediska posouzení zákonnosti zrušení zadávacího řízení nadbytečné. Zadavatel má za to, že se s tímto svým pochybením, které mělo za následek vyloučení účastníků ze zadávacího řízení, již vypořádal v rámci rozhodnutí o námitkách a zrušení rozhodnutí o vyloučení

účastníků ze dne 5. 6. 2017. Až při opětovném hodnocení komise konstatovala, že vymezení okruhu referenčních staveb je natolik nejednoznačné, že nelze v souladu se základními zásadami dle § 6 zákona provést hodnocení a další pokračování v řízení by tak bylo nezákonné. Vzhledem k tomu doporučila zadavateli zadávací řízení zrušit.

20. Zadavatel dále v reakci na argumentaci navrhovatele, že zadavatel zřejmě zpětně není spokojen s tím, jak ve výzvě k podání nabídek formuloval požadavky na prokázání technické kvalifikace a kritérium hodnocení č. 2, a nyní se snaží zpětně rozšířit kritéria pro obdobné stavby nad rámec požadované výše investičních nákladů, uvádí následující. Zadavatel poukazuje na to, že i sám navrhovatel ve svém návrhu připouští, že zadavatel „*býval mohl při přípravě zadávacích podmínek veřejné zakázky zvážit i podrobnější a přísnější formulaci*“ požadavků na významné služby pro účely prokázání technické kvalifikace a hodnocení nabídek. Zadavatel hodnotí tyto názory navrhovatele tak, že navrhovatel prakticky přesně popisuje důvody hodné zvláštního zřetele, pro které byl nucen zadavatel zadávací řízení zrušit. Nejasným a formulačně neobratným způsobem vymezil kritérium hodnocení č. 2, které již po skončení lhůty pro podávání nabídek nemohl nijak zpětně upravovat. Pokračování v zadávacím řízení na základě takto stanovených podmínek by znamenalo dle zadavatele porušení zákona.
21. Zadavatel dále odmítá tvrzení navrhovatele, že se snaží zpětně rozšířit kritéria pro podobné stavby, neboť zadávací řízení zrušil a je tak nelogické, aby tím sledoval změnu zadávacích podmínek. Zadavatel zásadně odmítá tvrzení navrhovatele, že pokud by v původních zadávacích podmínkách byl stanoven rozsah referenčních staveb pouze dle § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona, dopustil by se tak diskriminace, protože je to pouze zadavatel a několik dalších státních organizací, kdo takové stavby provádí a spravuje. Zadavatel toto tvrzení odmítá jako nepravdivé a poukazuje to dle něj na neznalost trhu ze strany navrhovatele.
22. Zadavatel pak rozporuje i názor navrhovatele ohledně vymezení povahy „staveb obdobného charakteru“ v zadávacích podmínkách toliko co do výše investičních nákladů. Uvádí, že při použití tohoto sousloví měl na mysli právě technické parametry referenční stavby, nikoliv investiční náklady. Toto nepochopení dle zadavatele prokazuje nejednoznačnost a nejasnost v chápání specifikace kritérií hodnocení. Pokud by bylo pokračováno v zadávacím řízení pouze na základě takto stanovených kritérií, nebyl by tak naplněn legitimní požadavek na kvalifikaci dodavatelů sledovaný zadavatelem, přičemž právě uvedené vedlo k rozhodnutí zadávací řízení zrušit. Na podporu svých tvrzení pak zadavatel odkazuje na komentář k ust. § 127 odst. 2 písm. d) zákona uvedený v Systému ASPI – stav k 6. 8. 2017 [pozn. Úřadu: jedná se komentář - Podešva V. a kol., Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář, Wolters Kluwer (ČR), Praha: 2016)], ve které se v dané souvislosti uvádí, že toto ustanovení dopadá zejména na situace, kdy se zadavatel v průběhu zadávacího řízení dopustil takového porušení zákona, které již nelze napravit žádným nápravným opatřením a v případě pokračování zadávacího řízení by se zadavatel vystavil riziku postihu za spáchání správního deliktu. Zadavatel dovozuje, že vzhledem k nemožnosti doplnění kritérií hodnocení po skončení lhůty pro podávání nabídek, nebylo možno postupovat v předmětné situaci jinak, než zadávací řízení zrušit, neboť subjektivita hodnocení komisí by mohla poškodit práva dodavatelů či ohrozit účel veřejné zakázky. Zadavatel v této souvislosti dále odkazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S199/2015/VZ-17053/2015/543/JWe ze dne 8. 7. 2015,

v jehož rámci Úřad mimo jiné dovodil, že „[n]ení možné odnímat zadavateli právo na zrušení zadávacího řízení v případě, kdy v průběhu zadávacího řízení zjistí, že se dopustil podstatného (ať formálního či věcného) pochybení a nutit jej takto vyhlášené zadávací řízení dokončit. Takový postup zadavatele by měl ve svém důsledku zásadní negativní dopad na řádnou hospodářskou soutěž, což by bylo v rozporu se zákonem.“

23. Závěrem zadavatel shrnuje, že jeho postup byl v souladu se zákonem a zrušení zadávacího řízení bylo jediným možným řešením, jak předejít poškození práv účastníků a nenaplnění účelu veřejné zakázky pokračováním v zadávacím řízení. Žádá proto, aby Úřad návrh navrhovatele pro nedůvodnost zamítl.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

24. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeno dnem 3. 8. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
25. Podle § 256 zákona jsou účastníky správního řízení:
- zadavatel,
 - navrhovatel.
26. Zahájení správního řízení Úřad jeho účastníkům oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-22570/2017/522/RCh ze dne 4. 8. 2017.
27. Vyjádření zadavatele k návrhu a dokumentaci o zadávacím řízení (dále jen „dokumentace“), Úřad obdržel dne 11. 8. 2017. Další část zadávací dokumentace v podobě projektové dokumentace a nabídek účastníků zadávacího řízení pak Úřad obdržel dne 15. 8. 2017.
28. Usnesením č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-23948/2017/522/RCh ze dne 22. 8. 2017 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které v průběhu správního řízení v zadávacím řízení případně provede a k zaslání dokumentace pořízené v této souvislosti.
29. Usnesením č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-23868/2017/522/RCh ze dne 23. 8. 2017 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
30. Zadavatel ani navrhovatel se ve lhůtě stanovené Úřadem ani později v průběhu správního řízení již dále nevyjádřili.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

31. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace, stanovisek předložených účastníky řízení a na základě vlastních zjištění rozhodl o tom, že zadavatel při zrušení zadávacího řízení postupoval v rozporu se zákonem. K tomu Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Posouzení právního postavení zadavatele

32. Podle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud
 - byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 - jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
33. Podle § 4 odst. 5 zákona se za zadavatele považuje také jiná osoba, která zahájila zadávací řízení, ačkoliv k tomu nebyla povinna, a to ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení a do jeho ukončení.
34. Ze zakladatelské listiny zadavatele ze dne 13. 2. 2017 vyplývá, že zadavatel byl založen Ministerstvem zemědělství podle ustanovení § 1 odst. 4 zákona č. 305/2000 Sb., o povodích a podle § 4 odst. 1 zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů. Hlavním předmětem činnosti zadavatele je výkon správy povodí, kterou se rozumí správa významných vodních toků, činnosti spojené se zjišťováním a hodnocením stavu povrchových a podzemních vod v územní působnosti státního podniku Povodí Labe a další činnosti, které vykonávají správci povodí podle vodního zákona, zákona č. 305/2000 Sb., o povodích, a souvisejících právních předpisů, včetně správy drobných vodních toků, jejichž správcem byl podnik určen. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel byl založen za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a jiný veřejný zadavatel v něm uplatňuje rozhodující vliv, je zřejmé, že zadavatel naplňuje znaky veřejného zadavatele dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona, pročež se na něj aplikují ustanovení zákona platné pro veřejné zadavatele.
35. I v případě, pokud by kategorizace zadavatele ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona nebyla jednoznačná, Úřad konstatuje, že vzhledem k tomu, že zadavatel ve smyslu § 53 odst. 1 zákona uveřejněním výzvy k podání nabídek zahájil zadávací řízení, je přinejmenším ve smyslu § 4 odst. 5 zákona ve vztahu k tomuto zadávacímu řízení povinen dodržovat zákon. Úřad v této souvislosti pro úplnost dodává, že postavení společnosti Povodí Labe, státní podnik, jako zadavatele veřejné zakázky ve smyslu zákona není ostatně skutečností, která by byla účastníky správního řízení rozporovaná.

Relevantní ustanovení zákona

36. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazů diskriminace.
37. Podle § 28 odst. 1 písm. a) bodu 2 zákona se pro účely tohoto zákona zadávacími podmínkami rozumí mimo jiné veškeré zadavatelem stanovené podmínky účasti v zadávacím řízení.
38. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona tvoří zadávací dokumentaci veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.

39. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6 zákona.
40. Podle § 39 odst. 4 věty první zákona není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek.
41. Podle § 39 odst. 5 zákona posouzení splnění podmínek účasti nebo hodnocení kritérií podle odstavce 3 zadavatel provede na základě údajů, dokladů, vzorků nebo modelů poskytnutých účastníkem zadávacího řízení. Zadavatel může ověřovat věrohodnost poskytnutých údajů, dokladů, vzorků nebo modelů a může si je opatřovat také sám. Vzorky může zadavatel podrobovat zkouškám a vycházet z výsledků těchto zkoušek.
42. Podle § 42 odst. 1 zákona zadavatel může k provádění úkonů podle tohoto zákona pověřit komisi; tím nejsou dotčeny jiné právní předpisy upravující způsob rozhodování zadavatele a ani tím není dotčena jeho odpovědnost za dodržení pravidel stanovených tímto zákonem. Úkony komise se pro účely tohoto zákona považují za úkony zadavatele.
43. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
44. Podle § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil.
45. Podle § 53 odst. 4 věty první zákona zadavatel může použít jednotlivá pravidla pro zadávací řízení pro nadlimitní režim.
46. Podle § 99 odst. 1 zákona zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci může zadavatel změnit nebo doplnit před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Změna nebo doplnění zadávací dokumentace podmínek musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna.
47. Podle § 119 odst. 1 zákona zadavatel provede hodnocení nabídek podle pravidel pro hodnocení nabídek uvedených v zadávací dokumentaci.
48. Podle § 127 odst. 2 písm. d) zákona zadavatel může zrušit zadávací řízení, pokud se v průběhu zadávacího řízení vyskytly důvody hodné zvláštního zřetele, včetně důvodů ekonomických, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv.

Ustanovení jiných právních předpisů

49. Podle § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona, vodní díla jsou stavby, které slouží ke vzdouvání a zadržování vod, umělému usměrňování odtokového režimu povrchových vod, k ochraně a užívání vod, k nakládání s vodami, ochraně před škodlivými účinky vod, k úpravě vodních poměrů nebo k jiným účelům sledovaným tímto zákonem a to zejména přehrady, hráze, vodní nádrže, jezy a zdrže.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o veřejné zakázce

Zadávací dokumentace

50. Předmětem veřejné zakázky je dle čl. 3 výzvy k podání nabídek „*výkon občasného technického dozoru (TDI) objednatele na stavbě VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část. Náplní činnosti technického dozoru objednatele je uplatňovat v rozsahu platných právních předpisů zájmy objednatele při kontrole realizace stavby se zadávací projektovou dokumentací, s platnými technickými normami ve výstavbě a s přijatými smluvními závazky.*“
51. Dle čl. 6 výzvy k podání nabídek jsou podkladem pro předmět plnění mimo jiné také přílohy výzvy k podání nabídek dle čl. 18, zejména
- projektová dokumentace pro provedení stavby (DPS) – čistopis DPS vypracovaný v roce 2016 společností HG Partner s.r.o., se sídlem Smetanova 200, 250 82 Úvaly, odpovědný projektant Ing. Jaroslav Vrzák,
 - územní souhlas, vydaný dne 10. 5. 2016 Městským úřadem Špindlerův Mlýn, odborem výstavby pod č. j. DOK/Vyst/Mik/486/2016,
 - stavební povolení vydané 30. 11. 2015 Krajským úřadem Královehradeckého kraje, odborem životního prostředí a zemědělství pod č. j. 27453/ZP/2015-8, které nabylo právní moci dne 24. 12. 2015,
 - smlouva o dílo uzavřená mezi příkazcem a zhotovitelem stavby,
 - smlouva mezi příkazcem a Správou silnic Královehradeckého kraje.
52. Zadavatel v čl. 8.2 výzvy k podání nabídek stanovil, že nabídky se budou hodnotit podle jejich ekonomické výhodnosti. V rámci ekonomické výhodnosti nabídek zadavatel hodnotil dvě kritéria hodnocení:
- Nabídková cena bez DPH s váhou 80 %,
 - Počet staveb obdobného charakteru nad rámec kvalifikačního kritéria v investičních nákladech min. 35 mil. Kč bez DPH za posledních 5 let, na kterých dodavatel vykonával technický dozor investora (hodnoceny budou hodnoty od 1 do 5) s váhou 20 %.
53. V čl. 8.3 výzvy k podání nabídek stanovil zadavatel způsob hodnocení jednotlivých kritérií hodnocení, kdy u kritéria hodnocení č. 2 uvádí následující: „*V rámci tohoto kritéria bude hodnocen počet staveb obdobného charakteru nad rámec kvalifikačního kritéria v investičních nákladech min. 35 mil. Kč bez DPH za posledních 5 let, na kterých uchazeč vykonával technický dozor investora. Hodnocen bude počet staveb v intervalu 1 až 5.*“

54. V čl. 9.1 výzvy k podání nabídek si zadavatel vyhradil právo provést posouzení nabídek z hlediska splnění podmínek uvedených v zadávacích podmínkách a podmínek zákona až po hodnocení nabídek.
55. Dle čl. 10.1 výzvy k podání nabídek stanovil zadavatel následující kritéria technické kvalifikace a způsob jejich prokázání:
- Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona, *„seznam významných služeb poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele.“* Na prokázání tohoto kritéria předloží účastník zadávacího řízení *„seznam významných služeb poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení; min. 1 osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení služby – výkon technického dozoru stavby obdobného charakteru v investičních nákladech min. 70 mil. Kč bez DPH za jednu stavbu v posledních 5-ti letech.“*
 - Podle § 79 odst. 2 písm. d) zákona, *„osvědčení o odborné kvalifikaci vztahující se k požadované službě.“* Na prokázání tohoto kritéria předloží účastník zadávacího řízení *„min. 1 osvědčení objednatele o výkonu technického dozoru investora (TDI) na stavbě v investičních nákladech min. 35 mil. Kč bez DPH pro osobu, která bude vykonávat technický dozor na předmětné stavbě a současně 3 roky praxe výkonu TDI této osoby.“*
56. Zadavatel v čl. 10.1 výzvy k podání nabídek stanovil také kritérium profesní způsobilosti, kdy vyžadoval mimo jiné *„doklad, že je dodavatel odborně způsobilý nebo disponuje osobou, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje“,* přičemž jako doklad pro prokázání splnění kritéria měla být prokázána *„autorizace podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků ve výstavbě ve znění pozdějších předpisů pro obor »stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství« nebo »vodohospodářské stavby«“.*
57. V „Projektové dokumentaci,“ konkrétně v její části „Souhrnná technická zpráva,“ je v čl. B. 2.6 „Základní charakteristika objektů“, pod odrážkou a) „Stavební řešení“ uvedeno následující: *„Navrhovaná rekonstrukce výpustí spočívá v nahrazení pěti stávajících výpustí DN1000 dvěma kapacitními výpustmi DN 2000 a jednou výpustí DN 800 s uzávěry, které budou odpovídat současným požadavkům platných norem a vyhlášek a umožní spolehlivé převádění od průtoků minimálních do průtoků povodňových. Součástí rekonstrukce je i řešení nových česlí na vtokovém objektu obtokového tunelu, dále řešení tlumící odtokové komory v odtokovém za uzávěry a nové vystrojení šachty uzávěrů, umožňující bezpečný přístup pro obsluhu, včetně nového potrubí limnigrafu. Z důvodu zajištění dostatečné kapacity bezpečnostních přelivů je v návrhu počítáno se zajištěním ochrany přelivů před vniknutím splavenin a snižováním jejich kapacity případným ucpáním přelivů. Na výtoku z obtokového tunelu dojde k úpravě břehových zdí s ohledem na prováděné úpravy na vodním díle. V rámci akce bude provedena nová elektroinstalace v šachtě uzávěrů včetně ovládání a nového řídicího systému. Dále je uveden popis navrženého technického řešení pro jednotlivé stavební objekty.“*

Průběh zadávacího řízení po podání nabídek

58. Z Protokolu o otevírání nabídek ze dne 14. 3. 2017 vyplývá, že zadavatel ustanovil komisi pro otevírání nabídek na veřejnou zakázku v souladu s § 42 zákona. Zadavatel dle tohoto protokolu obdržel celkem 4 obálky s nabídkami a 0 nabídek v elektronické podobě či po uplynutí lhůty. Po provedení otevírání obálek s nabídkami bylo komisí konstatováno, že všechny nabídky vyhověly požadavkům dle § 107 odst. 2 a § 110 odst. 2 zákona.
59. Ze Zprávy o hodnocení nabídek ze dne 11. 4. 2017 je zřejmé, že zadavatel ustanovil hodnotící komisi. V souladu s § 39 odst. 4 zákona provedla komise hodnocení nabídek před posouzením splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Komise následně konstatovala, že nemůže přistoupit k hodnocení nabídek z důvodu nedostatečného prokázání splnění 2. kritéria hodnocení navrhovatelem. V souladu s § 46 odst. 1 zákona pak doporučila zadavateli požádat pro účely hodnocení navrhovatele o doplnění dalších údajů nebo dokladů, kterými jako účastník zadávacího řízení prokazuje splnění kritéria hodnocení č. 2. Komise také doporučila zadavateli požádat navrhovatele o doplnění dalších údajů nebo dokladů k prokázání splnění technické kvalifikace.
60. Ze Zprávy o hodnocení nabídek č. 2 ze dne 17. 5. 2017 je zřejmé, že navrhovatel k žádosti zadavatele dne 18. 4. 2017 dodal včas doklady, kterými prokazuje splnění kritéria hodnocení č. 2 v počtu 5 kusů. Zadavatel následně přešel k samotnému hodnocení nabídek. V průběhu hodnocení se zadavatel nejprve zabýval kritériem hodnocení č. 2 *„Počet staveb obdobného charakteru nad rámec kvalifikačního kritéria v investičních nákladech min. 35 mil. Kč bez DPH za posledních 5 let, na kterých uchazeč vykonával technický dozor investora (hodnoceny budou hodnoty od 1 do 5)“*, kdy jednotlivě posuzoval veškeré účastníky zadávacího řízení předložené reference. Tímto postupem dospěl k závěru, že pouze dvě z účastníků předložených referencí splňují požadavky zadavatele. Z tabulky v bodu č. 1.1 Zprávy o hodnocení nabídek č. 2 je zřejmé, že účastníci zadávacího řízení doložili typově rozdílné reference, a to z provádění technického dozoru investora na stavbách či rekonstrukcích kanalizací, čistíren odpadních vod, vodovodů, inženýrských sítí, protipovodňových opatření, hrází, koryt vodních toků a úpraven vod. Výsledkem hodnocení nabídek bylo, že bodový zisk za kritérium hodnocení č. 2 byl nulový u všech účastníků, kromě jednoho. Po zohlednění obou kritérií hodnocení sestavila komise pořadí úspěšnosti nabídek a přistoupila k posuzování nabídek z hlediska splnění kvalifikačních kritérií. Po dokončení posuzování nabídek hodnotící komise doporučila zadavateli, aby vyloučil navrhovatele a účastníka, který se umístil na druhém místě, neboť jimi poskytnuté reference dle hodnotící komise nebyly stavbami obdobného charakteru, neboť se nejednalo o stavby dle § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona, a jako vítězného dodavatele vybral účastníka zadávacího řízení, který se umístil na třetím místě. Oznámením o vyloučení účastníka ze dne 17. 5. 2017 pak zadavatel oba účastníky ze zadávacího řízení vyloučil.
61. Proti svému vyloučení podali oba účastníci námitky dne 22. 5. 2017 a 29. 5. 2017. Své námitky zdůvodnili zejména tím, že se zadavatel při posuzování nabídek dopustil porušení zákona, když nezákonně modifikoval zadávací podmínky tím způsobem, že odmítl veškeré předložené reference, které se netýkaly staveb dle § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona, přičemž tato podmínka nebyla v zadávacích podmínkách na žádném místě zmíněna.

62. O námitkách navrhovatele rozhodl zadavatel Rozhodnutím o námitkách stěžovatele a zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení stěžovatele ze zadávacího řízení ze dne 5. 6. 2017. V tomto rozhodnutí dal zadavatel navrhovateli za pravdu v tom, že se dopustil nepřípustné modifikace zadávacích podmínek, když oba účastníky vyloučil z další účasti v zadávacím řízení s ohledem na požadavek, který nebyl jednoznačně uveden v zadávací dokumentaci. Z rozhodnutí o námitkách ze dne 5. 6. 2017 pak dále vyplývá, že zadavatel učiní vhodné nápravné opatření v podobě zrušení svého rozhodnutí o vyloučení navrhovatele. Dále zadavatel v předmětném rozhodnutí o námitkách sděluje, že provede nové hodnocení a posouzení nabídek a bude dále pokračovat v zadávacím řízení dle zákona.
63. Zadavatel následně provedl nové hodnocení a posouzení nabídek, jehož výsledkem byla Zpráva o hodnocení nabídek ze dne 20. 6. 2017. Z této zprávy o hodnocení je zřejmé, že komise opět v souladu s § 39 odst. 4 zákona přistoupila před posouzením splnění podmínek účasti v zadávacím řízení k hodnocení nabídek. V rámci hodnocení komise posoudila též doklady, kterými účastníci zadávacího řízení prokazovali splnění 2. kritéria hodnocení. Komise v této souvislosti dále konstatovala, že *„oproti očekávání zadavatele je typová rozmanitost referenčních staveb značně široká, od technického dozorování v rámci rekonstrukcí přehrad (tedy dozorování staveb typově v podstatě totožných se stavbou, jejíž dozorování je předmětem veřejné zakázky) po dozorování výstavby úpraven vody v rámci rozsáhlých investičních projektů v zahraničí (tedy dozorování staveb, které sice patří mezi vodní díla ve smyslu ust. § 55 vodního zákona, ale požadavky, faktory a rizika, spojená s jejich výstavbou jsou zcela jiného rázu, než požadavky, faktory a rizika spojená s výstavbou či rekonstrukcí přehrad – tedy není zde například faktor zvýšených průtoků, ohrožení života, zdraví a majetku v případě konstrukčního defektu takové stavby a podobně.)“* S ohledem na uvedené komise vyjádřila pochybnost, zda lze takto rozličné reference mezi sebou hodnotit tak, aby bylo zajištěno rovné a spravedlivé hodnocení a aby byl vybrán dodavatel prokazující právě tu odbornost a zkušenosti, jaké si specifická povaha stavby vyžaduje. Dle názoru komise došlo na straně zadavatele k pochybení při stanovování zadávacích podmínek, které jsou nejednoznačné, zejména co se týče specifikace pojmu „stavba obdobného charakteru“. Z důvodu pochybnosti o jednoznačném postupu při hodnocení panuje dle názoru hodnotící komise riziko, že se zadavatel dopustí nerovného, netransparentního a diskriminačního jednání. Komise na základě výše uvedeného proto doporučila zadavateli zrušit zadávací řízení dle § 127 odst. 2 písm. d) zákona.
64. Zadavatel, s ohledem na uvedené závěry komise, přistoupil ke zrušení zadávacího řízení. Odůvodnění Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 20. 6. 2017, kterým zadavatel zadávací řízení zrušil s odkazem na § 127 odst. 2 písm. d) zákona, prakticky kopíruje odůvodnění hodnotící komise, obsažené ve Zprávě o hodnocení nabídek ze dne 20. 6. 2017.
65. V odůvodnění Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 20. 6. 2017 zadavatel mimo jiné uvádí následující: *„Komise tedy vyjadřuje pochybnost, zda lze vzájemně hodnotit uchazeči předložené referenční akce a zda hodnocení těchto referenčních akcí zajistí rovné a spravedlivé hodnocení tak, aby byl vybrán uchazeč prokazující právě tu odbornost a zkušenosti ve specifickém stavebním odvětví, která je dle názoru komise klíčová [...]. Tato výkladová nejistota (pozn. Úřadu – související s termínem – stavba obdobného charakteru) se [...] odrazila v nestejném pochopení požadavku pro toto hodnotící kritérium zadavatelem a jednotlivými uchazeči.“* Zadavatel dále v odůvodnění rozhodnutí o zrušení uvádí,

že s ohledem na obecnost termínu v zadávací dokumentaci existují „*pochybnosti o jednoznačném postupu při hodnocení nabídek*“ a zadavatel se tak může dopustit nerovného netransparentního a diskriminačního jednání vůči účastníkům zadávacího řízení.

Námítky navrhovatele ze dne 6. 7. 2017

66. Navrhovatel ve svých námítkách ze dne 6. 7. 2017 považuje zrušení zadávacího řízení za účelový krok ze strany zadavatele a dle něj nebyly důvody pro zrušení tohoto řízení dány. Navrhovatel rozporuje odůvodnění zadavatele, že s ohledem na typovou rozmanitost předložených referencí nelze provést hodnocení nabídek a že zadávací podmínky jsou nejasně specifikovány.
67. Dle navrhovatele je zřejmé, že obdobnost předložených referencí je specifikována toliko výší investičních nákladů, což podle něj potvrdil i zadavatel, když vyhověl námítkám účastníků proti jejich vyloučení ze zadávacího řízení, a bylo by tedy možné doložit reference z provádění technického dozoru investora na jakékoliv stavbě v investičních nákladech min. 70 mil. Kč bez DPH, neboť žádné další požadavky nebyly ve výzvě k podání nabídek uvedeny.

Rozhodnutí zadavatele o námítkách ze dne 21. 7. 2017

68. V odůvodnění svého rozhodnutí o námítkách zadavatel uvedl, že ze zadávací dokumentace, jejíž součástí byla i kompletní projektová dokumentace k prováděné stavbě, je zcela zřejmé, že se jedná o specifickou a speciální změnu stavby podléhající speciálnímu technickobezpečnostnímu dohledu. Z tohoto důvodu zvolil takové kritérium hodnocení, aby bylo možné ocenit míru zkušeností dodavatele se specifickým stavebním odvětvím a specifickými faktory, které jsou pro toto stavební odvětví unikátní. Zadavatel tedy odmítá názor, že by v rámci prokázání kritéria technické kvalifikace nebo hodnocení nabídek bylo možno doložit referenční listy na jakoukoliv stavbu, jejíž investiční náklady přesáhly uvedenou hranici. Pokud by totiž obdobnost stavby byla posuzována pouze podle této finanční hranice, pozbyl by termín „stavba obdobného charakteru“ svého smyslu ve vymezení zadávacích podmínek, neboť by zde byl uveden zcela nadbytečně.
69. Ohledně překážky v hodnocení nabídek zadavatel uvádí, že pokud by bylo v zadávacím řízení pokračováno dle stávajících zadávacích podmínek, byla by hodnotící komise postavena do pozice, kdy by byla sama nucena určit hranici „obdobnosti“ u jednotlivých referencí. Z takového postupu by pak vyplýval problém v tom, že pokud by hodnotící komise stanovila tuto hranici příliš úzce, dopustila by se nepřipustného rozšíření zadávacích podmínek, kdyby ji naopak nastavila příliš široce, byl by ohrožen účel zadávacího řízení, neboť by mohl být vybrán dodavatel bez dostatečných zkušeností a bez odborné způsobilosti. Ve spojení s tímto zadavatel vysvětluje, že vyhověním námítkám účastníků proti jejich vyloučení nestanovil, že veškeré předložené reference jsou pro účely zadávacího řízení přípustné, pouze že se při posuzování nabídek dopustil nepřipustného rozšíření zadávacích podmínek, kdy hranici přijatelnosti referencí vztáhl pouze k § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona, bez toho, aby tento požadavek uvedl v zadávacích podmínkách.
70. Závěrem zadavatel sděluje, že zadávací podmínky byly z jeho strany vymezeny nedostatečně zejména ohledně termínu „stavby obdobného charakteru“ a jako takové neposkytují

dostatečný podklad pro řádné a transparentní hodnocení nabídek, které by nevyžadovalo značnou subjektivitu ze strany hodnotící komise. Vzhledem k tomu, že je zadávací řízení již ve fázi po uplynutí lhůty pro podávání nabídek, nelze zadávací podmínky nijak dále modifikovat a jediné možné řešení této situace, které by zadavateli umožnilo vyhnout se postihu za spáchání správního deliktu, je zadávací řízení zrušit.

Právní posouzení

71. Předmětem uvedeného správního řízení je posouzení souladu úkonu zadavatele – spočívajícího v zrušení zadávacího řízení – se zákonem. Mezi účastníky správního řízení je konkrétně sporné, zda je zadávací dokumentace zejména s ohledem na vymezení termínu „stavba obdobného charakteru“ formulována dostatečně jasně, resp. zda formulace, kterou volil zadavatel, mohla objektivně vést k nestejnému pochopení zadávacích podmínek ze strany účastníků zadávacího řízení, a zda tedy v průběhu zadávacího řízení nastaly důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval.
72. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zrušení zadávacího řízení předcházela zpráva o hodnocení nabídek ze dne 20. 6. 2017. Z této zprávy vyplývá, že se hodnotící komise pozastavila nad vymezením termínu „stavba obdobného charakteru“, kdy při prvním hodnocení dne 11. 4. 2017 a 17. 5. 2017 tento termín interpretovala pouze jako „stavby odpovídající výčtu v § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona“. Po námitkách účastníků, které upozorňovaly, že taková restriktivní interpretace nemá oporu v zadávacích podmínkách, přičemž připuštění tohoto výkladu by znamenalo nepřípustné rozšiřování zadávacích podmínek, přistoupil zadavatel k novému hodnocení. Hodnotící komise nicméně v opakovaném hodnocení nepřistoupila již k výkladu tohoto pojmu. Hodnotící komise se pouze omezila na vyjádření, že má pochybnosti o určitosti použitého termínu. Zadavatel v této souvislosti upřesnil, že komise byla „postavena do situace, kdy sama musí určit, co lze pojmut jako stavbu obdobného charakteru a co nikoliv, a to zejména za situace, kdy se účastníky předložené reference typově odlišují“. Komise konkrétně prezentovala obavu, že pokud by se pokusila o posouzení obdobnosti jednotlivých referencí, a použila by vymezení příliš úzké, opět by se dopustila nepřípustného rozšiřování zadávacích podmínek. Kdyby naopak použila širší hranici pro obdobnost referencí, mohla by tím ohrozit účel zadávacího řízení, neboť by hrozil výběr dodavatele, který nedisponuje potřebnou odborností a zkušenostmi. Hodnotící komise tedy shledala, že na základě takto formulovaných zadávacích podmínek zřejmě nemůže provést rovné, nediskriminační a transparentní hodnocení nabídek a doporučila proto zadávací řízení zrušit.
73. Zadavatel s ohledem na výše uvedené závěry hodnotící komise přistoupil ke zrušení zadávacího řízení. V rámci odůvodnění oznámení o zrušení zadávacího řízení pak zadavatel v celém rozsahu přejímá závěry hodnotící komise, když zejména sděluje, že podle kritérií hodnocení nelze provést transparentní a zejména nediskriminační hodnocení nabídek.
74. S ohledem na výše uvedené se proto Úřad zabýval otázkou, zda důvody, které zadavatel popsal jako hodné zvláštního zřetele, pro které po něm nelze požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, jsou skutečně natolik závažné, aby kvůli nim byl zadavatel nucen zrušit zadávací řízení. Pro posouzení této otázky považuje Úřad za nezbytné zabývat se zejména

tím, zda lze potvrdit, že zadávací dokumentace je ve vztahu k termínu „stavba obdobného charakteru“ – využitého jak v rámci kritérií technické kvalifikace, tak v rámci kritéria hodnocení – formulována s ohledem na svou nejednoznačnost v rozporu se zákonem, resp. zda lze potvrdit, že by na jejím základě nebylo možné zadávací řízení dokončit, jelikož nelze provést transparentní a nediskriminační hodnocení nabídek. Pro úplnost Úřad dodává, že v obou případech byl termín použit totožným způsobem, závěry Úřadu jsou tak aplikovatelné jak na vymezení kritéria technické kvalifikace, tak na kritérium hodnocení.

Související judikatura

75. Před samotným posouzením relevantních aspektů šetřeného případu považuje Úřad za nezbytné prezentovat klíčové závěry vyplývající z judikatury správních soudů, související právě s posouzením zákonnosti postupu zadavatele při zrušení zadávacího řízení. Předně Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 15. 10. 2015, č. j. 30 Af 65/2013-70 ze kterého vyplývá, že důvodem pro zrušení zadávacího řízení *„může být například porušení postupu předepsaného zákonem o veřejných zakázkách pro zadávání veřejných zakázek, které zadavatel (dodatečně) sám zjistil. Musí se přitom jednat o takový případ, kdy zadavatel již nemá možnost přijmout opatření, kterým by uvedené porušení zákona napravil. [...] Účelem zákona je vytvořit prostředí, v němž si zadavatel bude moci vybrat na základě transparentního postupu a předem definovaných kritérií nejvýhodnější nabídku a vytvořit nediskriminační konkurenční prostředí. Účel zadávacího řízení se nutně musí projevit mimo jiné v omezení možnosti zadávací řízení v jeho průběhu zrušit. Zákon zrušení zadávacího řízení nepreferuje. Jak bylo opakovaně dovozeno – zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli veřejného zadavatele, která by mohla vyústit např. k zadávání veřejné zakázky tzv. na zkoušku.“*
76. Z rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 27. 1. 2017 č. j. 2 Afs 64/2009-109 pak vyplývá, že *„[j]akékoliv zrušení zadávacího řízení v případě veřejné zakázky ale musí být vykládáno restriktivně, aby bylo zamezeno libovůli (svévůli) veřejného zadavatele...“* a dále *„je nutno vyjít toliko z objektivního pojetí důvodů zvláštního zřetele hodných, pro které lze zadávací řízení podle § 84 odst. 2 písm. e) zákona o veřejných zakázkách zrušit.“*
77. Z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 27. 7. 2017, č. j. 30 Af 52/2015-108 lze pak poukázat na tyto závěry. *„[Z]e zadávací dokumentace musí být patrná, v jakých otázkách a jak konkrétně spolu budou jednotlivé nabídky následně soutěžit. Jednotlivá kritéria a jejich hodnocení proto musí být natolik konkrétní, přesné a jednoznačné, aby se každému z uchazečů dostalo informací totožného materiálního obsahu a aby bylo následně přezkoumatelné, zda zadavatel hodnotil nabídky tak, jak předeslal v zadávacích podmínkách. [...] Skutečnost, že tento postup mohl být pro zadavatele [...] velmi náročný a vyžadoval by značné úsilí a rychlost rozhodování, nemůže jít za žádných okolností k tíži uchazečů, kteří splnili všechny požadavky nastavené zadavatelem v zadávací dokumentaci. [...] Krajský soud má za to, že na zadavatele nebyly kladeny žádné nereálné požadavky, které by nereflektovaly jeho běžný chod. Pokud zadavatel vyhlásí veřejnou zakázku takového charakteru a takové hodnoty, musí si být vědom všech okolností, jež mohou nastat, a musí být připraven je flexibilně řešit, aby nedocházelo k dalším pochybením, jež mohou mít negativní vliv na další průběh zadávacího řízení.“*

78. Pro úplnost Úřad doplňuje, že i přesto, že se výše uvedené závěry judikatury vztahují k aplikaci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdější předpisů (dále jen „ZVZ“), jsou výše citované závěry v uvedeném rozsahu natolik obecné, že je Úřad považuje za plně případné i pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele při zrušení zadávacího řízení v rovině stávajícího zákona, a to i přes rozdílné znění § 84 odst. 2 písm. e) ZVZ a § 127 odst. 2 písm. d) zákona. K aktuálně účinnému znění uvedeného ustanovení v zákoně, konkrétně k jeho dovětku, se komentářová literatura [Podešva V. a kol., Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář, Wolters Kluwer (ČR), Praha: 2016] vyjadřuje následovně: *„Zákon nově připouští, že pro účely postupu dle komentovaného ustanovení není rozhodné, zda zadavatel tyto důvody hodné zvláštního zřetele sám způsobil, či nikoliv. Dle názoru autorů komentáře by měla tato možnost dopadat především na situace, kdy zadavatel v rámci svého postupu porušil některé ustanovení zákona a již není možné přijmout žádná jiná nápravná opatření než zrušení samotného zadávacího řízení, přičemž by v následném řízení o přezkoumání úkonů zadavatele mohlo dojít k uložení pokuty za správní delikt právě s ohledem na předmětné porušení ustanovení zákona, které zadavatel de facto sám způsobil. Dle názoru autorů tohoto komentáře by se tak i přesto, že zákon umožňuje, aby důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze na zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení nadále pokračoval, mělo vztahovat k důvodům, které zadavatel způsobil nevědomě.“* Z výše uvedeného vyplývá, že i když došlo z pohledu litery zákona k rozšíření vymezení toho, co lze považovat za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, když došlo zejména k jednoznačnému vyjasnění, že tyto důvody mohou být i na straně zadavatele (srov. § 127 odst. 2 písm. d) zákona [...] *bez ohledu na to, zda tyto důvody zadavatel způsobil či nikoliv*) stále však platí, že tyto důvody musí objektivně a reálně existovat, tedy opět je třeba vyvarovat se jakékoliv svévole ze strany zadavatele.
79. Ve vztahu k posouzení okolností nyní šetřeného případu Úřadu konstatuje následující. Předně je nutné mít na paměti, že účelem každého zadávacího řízení by měl být výběr nejvhodnějšího řešení, potažmo uzavření smlouvy na veřejnou zakázku a následně její realizace, a to při dodržení přesných pravidel daných zákonem a zejména základních zásad zadávacího řízení. Zadávací řízení tak musí být zcela pregnantně vymezeno, podmínky nesmí být měněny v jeho průběhu a vybraný dodavatel nesmí být ex post vyloučen pro subjektivní důvod zadavatele.
80. Účelem institutu prokazování kvalifikace v zadávacím řízení je pak objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy jakýmsi „sítem“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Úřad k tomu dodává, že vymezení kvalifikačních předpokladů je výlučnou pravomocí zadavatele, přičemž zadavatel není povinen po účastnících zadávacího řízení požadovat splnění technických kvalifikačních předpokladů. Je rovněž nesporné, že zadavatel při stanovení kvalifikačních předpokladů nesmí postupovat zcela libovolně. Zadavatel je totiž při vymezení kvalifikačních předpokladů obecně limitován především základními zásadami zadávacího řízení, tj. zásadami nediskriminace, transparentnosti a rovného zacházení a nově i zásadou přiměřenosti.

81. S ohledem na jeden z účelů zadávacího řízení, jímž je pro zadavatele vybrat tu pro něj nejvhodnější nabídku, má zadavatel povinnost již v zadávací dokumentaci vymezit pravidla, na jejichž základě bude tento výběr proveden. Zadavatel tedy musí v zadávací dokumentaci vymezit mj. jednotlivá kritéria hodnocení, na jejichž základě bude provedeno hodnocení nabídek. Účelem je stanovit, jaké aspekty nabídek účastníků považuje zadavatel za stěžejní, ať je to nabídková cena, způsob technického zpracování apod. Účastníkům zadávacího řízení pak tato kritéria hodnocení slouží jako návod, na co se při tvorbě své nabídky soustředit a čemu věnovat největší pozornost, neboť tímto zadavatel dává najevo, na základě čeho a jakým způsobem rozhodne o tom, který z účastníků zadávacího řízení se stane vybraným dodavatelem. S ohledem na zásadu transparentnosti vymezenou v § 6 zákona je nezbytné, aby všichni potenciální dodavatelé mající zájem na participaci na veřejné zakázce měli jasnou a určitou představu, co přesně bude předmětem hodnocení, především pokud zadavatel zvolí za kritérium hodnocení určité aspekty, související s kvalitou plnění. V rámci hodnocení nabídek je pak zadavatel povinen plně respektovat pravidla, která pro tento účel uvedl v zadávací dokumentaci. Jinými slovy, zadavatel je při hodnocení nabídek limitován právě popisem kritérií hodnocení, případně dalšími podmínkami, které definoval v zadávací dokumentaci.
82. Z výše uvedených judikátů lze pro účely posuzovaného případu shrnout, že zrušení zadávacího řízení je jakýmsi *ultima ratio* co do postupu v zadávacím řízení. Jinými slovy, ke zrušení zadávacího řízení může zadavatel přistoupit pouze v situaci, kdy mu zákon neposkytuje žádné jiné řešení (zadavatel již nemá možnost přijmout jiné opatření), a to pouze na základě zákonem taxativně vymezených důvodů tak, aby bylo postaveno na jisto, že se zadavatel při tomto kroku nedopustil žádné libovůle, která by mohla například nepřímo evokovat, že zadavatel neměl od začátku v úmyslu s vybraným dodavatelem smlouvu uzavřít, ale využívá zadávací řízení např. jako „levný prostředek k provedení průzkumu trhu“. Zadavatel je tím, kdo zadávací řízení zahajuje právě za účelem uskutečnění ekonomicky nejvýhodnějšího nákupu zboží či služby, a to od dodavatele objektivně odborně kvalifikovaného k řádné realizaci této zakázky. Jako takový je to právě on, který si určuje podmínky, za kterých bude zakázka přidělena a realizována, a to jak ve vztahu k účastníkům zadávacího řízení a vybranému dodavateli, tak ale i ve vztahu sám k sobě. Jak pro účastníky v průběhu zadávacího řízení, tak vybraného dodavatele, tak i pro zadavatele jsou tyto podmínky závazné ve všech fázích veřejné zakázky. Vzhledem k tomu, že zadavatel má v zadávacím řízení roli „tvůrce pravidel“, je pouze na něm, aby si tato pravidla kvalifikovaně, zodpovědně, ale především odborně správně a kompletně sestavil. Úřad doplňuje, že na zadavatele ve fázi přípravy zadávacích podmínek nepůsobí žádná zákonná časová lhůta, která by mohla vést například k nedostatku časového prostoru pro přípravu těchto podmínek. Lze tedy uzavřít, že zadavatel má proto dostatek prostoru, aby zadávací podmínky posuzoval v širších souvislostech a zejména zvažil konkrétní důsledky, jež může ta která použitá formulace přinést. Pro úplnost Úřad doplňuje, že dodavatelé, kteří shledají, že zadávací podmínky jsou formulovány takovým způsobem, který jim zamezuje jednoznačně a řádně připravit nabídku do zadávacího řízení, mohou zadavatele požádat o vysvětlení problematických aspektů a zadavatel má případně možnost své podmínky upravit, pokud nazná, že dodavatelem poukazovaný nedostatek je natolik závažný, že by mohl vést k nesprávnému průběhu zadávacího řízení. Na tomto místě je nutno podotknout, že v posuzovaném případě k ničemu takovému nedošlo, žádný dodavatel o vysvětlení

zadávacích podmínek nepožádal, ani sám zadavatel v průběhu lhůty pro podávání nabídek neshledal nevhodnou formulaci zadávacích podmínek. K tomuto zjištění došel zadavatel až ve fázi opakovaného hodnocení nabídek, tedy již ve fázi, kdy všichni účastníci zadávacího řízení své nabídky zpracovali a předložili a tyto již byly otevřeny a hodnocené údaje z nich již byly známy.

83. Úřad v této souvislosti připomíná, že za správnost, úplnost či vhodnost zadávacích podmínek co do účelu, kterého má být zadávacím řízením dosaženo, odpovídá pouze a jedině zadavatel, který je povinen vymezit jednotlivé informace vztahující se k předmětu veřejné zakázky natolik jednoznačně, aby nedošlo k pochybnostem a aby dodavatelé byli schopni zpracovat adekvátní a hodnotitelné nabídky. Zadávací dokumentací pak zákon rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení. Zadávací dokumentaci a podmínky v ní obsažené je potřeba vnímat jako celek, tedy ne pouze v rovině například výzvy k podání nabídek, ale také ve spojení s dalšími dokumenty a údaji poskytnutými potenciálním účastníkům spolu s touto výzvou. Obdobný názor vyplývá rovněž z konstantní judikatury, kdy lze příkladně odkázat na závěr Krajského soudu v Brně v rozsudku sp. zn. 62 Af 41/2012 ze dne 6. 6. 2013, v jehož rámci soud mimo jiné dovodil, že *„text jednotlivých ustanovení zadávací dokumentace je nutno vykládat v jejich vzájemné souvislosti.“*
84. Předmětem posuzované veřejné zakázky byl výkon občasného technického dozoru (TDI) objednatele na stavbě VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část. Jak již bylo uvedeno výše, součástí zadávací dokumentace v předmětném zadávacím řízení byla i kompletní projektová dokumentace na stavbu „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu“, kde byla celá stavba se všemi svými částmi podrobně popsána, jak slovně, tak graficky. Nelze proto říct, že by mezi v úvahu přicházejícími dodavateli mohly panovat jakékoli nejasnosti ohledně toho, jaké činnosti a technologie bude dozorovaná stavba zahrnovat, co je její podstatou a jakým způsobem bude třeba technický dozor investora provádět. Stejně se Úřad staví k vymezení kritérií hodnocení, kdy je nesporné, že v rámci hodnocení kritéria hodnocení č. 2 bude hodnocen počet předložených referencí, splňujících v zadávací dokumentaci uvedené podmínky. V souvislosti s předchozí větou je nutné zdůraznit, že reference, které mají být zadavatelem hodnoceny, musí být předloženy v souladu s deklarovanými požadavky zadavatele, přičemž pokud tyto požadavky nesplňují, nelze k nim v rámci hodnocení nabídek ani posuzování kvalifikačních kritérií přihlížet. Toto posouzení přitom náleží zadavateli či zadavatelem sestavené hodnotící komisi.
85. V předmětném zadávacím řízení je z pohledu zadavatele údajně sporný termín „stavba obdobného charakteru“, který zadavatel využil v rámci kritéria hodnocení a který dle jeho slov neumožňuje bez dalšího objektivně určit hranici přijatelnosti či nepřijatelnosti předložených referencí.
86. V souvislosti se samotným výkladem termínu „stavba obdobného charakteru“ zastává Úřad názor, že tento termín má nepochybně určitý obsahový význam, resp. již z jazykového hlediska nemůže být zcela bezobsažný, neboť slovo „obdobný“ lze nahradit například slovy „podobný, srovnatelný.“ Zde je v souladu s již výše uvedeným nutné uvažovat v té rovině, že součástí zadávací dokumentace byla i detailně zpracovaná projektová dokumentace,

ze které bylo naprosto zřejmé, o jakou stavbu se jedná, co je její podstatou, jakým způsobem a za pomoci jakých technologií a postupů bude prováděna. Je proto třeba akcentovat, že samotný pojem „stavba obdobného charakteru“ je nutné interpretovat právě v intencích výše uvedené projektové dokumentace, která tvoří součást zadávací dokumentace, tedy v kontextu všech informací obsažených v zadávací dokumentaci. Za takových podmínek pak nelze bez dalšího přisvědčit názoru, že se jedná o neurčitý či nejasný pojem. Úřad má za to, že tento termín je potřeba interpretovat z hlediska kompletní zadávací dokumentace, ne pouze na základě textové části samotné výzvy k podání nabídek.

87. Nelze tak tvrdit, že pojem „stavba obdobného charakteru“ je za situace, kdy je součástí zadávací dokumentace projektová dokumentace, „bezobsažný“. Takovou stavbou obdobného charakteru bude každá stavba srovnatelná co do technických parametrů, resp. požadavků, faktorů a rizik (sám zadavatel ostatně tyto termíny používá), která musí být zvažována při jejím dozorování, neboť nelze odhlédnout od skutečnosti, že předmětem zadávané veřejné zakázky je technický dozor investora a termín „stavba obdobného charakteru“ se vztahuje k referenčním zakázkám, jejichž realizace ze strany dodavatele má poskytovat zadavateli určitou míru jistoty, že veřejnou zakázku bude plnit takový dodavatel, který ve své předchozí praxi získal, resp. osvědčil zkušenosti nutné pro její řádné plnění. Je pak na zadavateli, aby právě z tohoto pohledu vyhodnotil jednotlivé údaje a doklady předkládané účastníky zadávacího řízení, a pokud dospěje k závěru, že některé z referenčních zakázek se k takovým stavbám obdobného charakteru nevztahují, musí jasným způsobem odůvodnit, z jakého důvodu mu realizace takové referenční zakázky nedává záruku schopnosti daného dodavatele veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat, jinými slovy řečeno musí vymežit, v čem byly požadavky, faktory a rizika spojená s dozorováním posuzované stavby jiná či menší, tj. nesrovnatelná s požadavky, faktory a riziky, která je třeba vzít do úvahy při dozorování zadavatelem plánované stavby.
88. Takový úkol může být pro zadavatele, resp. hodnotící komisi jistě náročnější, a to po stránce odborné či časové, nicméně nelze jej v žádném případě charakterizovat jako objektivně nemožný, neboť jasné srovnávací hledisko (podrobné vymezení stavby, jejíž dozorování bude předmětem plnění veřejné zakázky) je v zadávacích podmínkách obsaženo. Úřad má s ohledem na posledně uvedené za to, že v daném případě je naplněn požadavek judikatury na to, že podmínky zadavatele musí být vymezeny v zadávací dokumentaci takovým způsobem, který je vnímán a chápán všemi subjekty stejně a jednoznačně, a který nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Pro úplnost Úřad doplňuje, že za situace kdy zadavatel pochybí „pouze“ tím, že zadávací podmínky nastaví z jeho pohledu „nešikovně,“ tedy způsobem, který zřejmě ne zcela reflektuje jeho původní představy, avšak není v rozporu ani s účelem zadávacího řízení (v nyní šetřeném případě konkrétně v tom smyslu, že by zadavatel byl nucen uzavřít smlouvu s dodavatelem, který neposkytuje dostatečné záruky o své kvalitě – viz dále bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a není ani v rozporu se zákonem (nelze shledat, že zadávací podmínky jsou nastaveny v rozporu se zákonem – k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž tuto svou „nešikovnost“ identifikuje až následně v procesu hodnocení nebo posouzení, nelze tomuto zjištění, které samo o sobě nezakládá ani bezúčelnost, ani nezákonnost zadávacího řízení, přisuzovat z pohledu účastníků zadávacího řízení zásadní význam. Tato skutečnost pak sama o sobě nemůže být podřazena pod důvody hodné zvláštního zřetele, jelikož při jejím zpětném přezkoumání nelze nikdy vyloučit prvek svévole v postupu zadavatele.

89. Zadavatel se přitom musí zabývat věcným charakterem referenčních zakázek, tj. nebude postačovat, když se omezí na jejich „roztřídění“ podle toho, zda se jedná o vodní díla dle § 55 odst. 1 písm. a) vodního zákona, neboť takto daná zadávací podmínka skutečně není vymezena (což snad ostatně ani není mezi účastníky správního řízení nadále sporné, k tomu srov. bod 17 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
90. V žádném případě však zadavatel ani není nucen akceptovat takové referenční zakázky, jejichž realizace mu nedává záruku schopnosti daného dodavatele veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat (v důsledku čehož by dle jeho vlastních slov nebyl naplněn legitimní požadavek na kvalifikaci dodavatelů), jen musí řádně, tj. především věcně a v potřebné míře podrobností, aby vyhověl zásadě transparentnosti a zároveň nezavdal pochybnostem o svém svévolném postupu, odůvodnit, proč takovým způsobem na konkrétní referenční zakázku nahlíží. Nelze přitom souhlasit ani s navrhovatelem, že obdobnost stavby je v zadávací dokumentaci vymezena „pouze co do výše investičních nákladů“. Tento názor odporuje jak jazykovému, tak logickému výkladu tohoto termínu při zohlednění celkového kontextu zadávací dokumentace. Pokud zadavatel používá sousloví „stavba obdobného charakteru v investičních nákladech min. 70 mil. Kč,“ je zřejmé, že je tím u předložených referencí zamýšleno splnění dvou podmínek, z nichž první je, aby se předložená reference týkala stavby, která ve svých charakteristických aspektech odpovídá stavbě, na kterou je poptáván technický dozor (k tomu viz výše), a druhá podmínka je, aby investiční náklady vynaložené na takovou referenční stavbu byly vyšší než 70 mil. Kč. Z uvedeného plyne, že k předloženým referencím lze přihlédnout pouze za předpokladu, kdy kumulativně splňují obě dvě stanovené podmínky.
91. Pokud má tedy zadavatel za to, že např. „čistírnu odpadních vod“ (viz bod. 60. odůvodnění tohoto rozhodnutí) nelze považovat za stavbu obdobného charakteru ke stavbě, kterou zadavatel požaduje dozorovat, je to pouze a jedině zadavatel, kdo musí sdělit konkrétní důvody, proč tomu tak z jeho pohledu je, a to např. poukazem na odlišný charakter prováděných prací, jejich náročnost, odlišný technologický postup, rizikové faktory apod.
92. Úřad tak na tomto místě konstatuje dílčí závěr, že důvody pro zrušení zadávacího řízení není možno vnímat šířeji, než jak je stanoví zákon. Dle Úřadu je proto nutné uvažovat v tom smyslu, že pokud existuje jakékoliv jiné řešení „neočekávané situace“, resp. nepředpokládaných okolností a důvodů, které identifikuje zadavatel v průběhu zadávacího řízení, přičemž ale tyto důvody nedosahují takové intenzity, že by zadavatel skutečně neměl alternativu, jak v zadávacím řízení legálně a smysluplně postupovat, je nutné trvat na povinnosti zadavatele v zadávacím řízení pokračovat, a to i za cenu toho, že další kroky mohou být pro zadavatele náročnější z odborného, časového či jiného hlediska. Jinými slovy, za situace, kdy lze v zadávacím řízení pokračovat, třeba i za vynaložení přiměřeného zvýšeného úsilí ze strany zadavatele, je pak nepřijatelné, aby určitá „nekomfortní situace“ zadavatele byla zohledňována v jeho prospěch v tom smyslu, že by bylo postupováno na úkor účastníků zadávacího řízení, kteří splnili stanovené podmínky a své nabídky v dobré víře zpracovali a předložili dle zadavatelem určených požadavků.
93. Na tomto místě je třeba vyvrátit obavu zadavatele, že by se pokračováním v zadávacím řízení za použití stávajících podmínek nutně dopustil nezákonného postupu a za každých okolností by se tak vystavil riziku postihu ze spáchání správního deliktu. Úřad již výše vyhodnotil, že zadávací podmínky jsou ve své komplexnosti, tedy při zohlednění projektové

dokumentace definovány tak, že zadavateli nepochybně umožňují provést výklad, při kterém se zadavatel nedopustí nezákonného rozšíření původních požadavků. Úřad se tedy neztotožňuje s obavami zadavatele, že by se při jakémkoliv výkladu termínu „stavba obdobného charakteru“ musela hodnotící komise dopustit nepřipustné modifikace zadávacích podmínek. Je pouze na zadavateli, aby se s relevancí jednotlivých referencí z pohledu splnění nebo nesplnění požadavku na „stavbu obdobného charakteru“ vypořádal, přičemž mantinely výkladu tohoto termínu je nutné hledat právě v zadávací dokumentaci, která představuje v souhrnu s projektovou dokumentací jeden celek.

94. Pro úplnost Úřad dodává, že nepovažuje za případný ani odkaz zadavatele na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S199/2015/VZ-17053/2015/543/JWe ze dne 8. 7. 2015, v jehož rámci Úřad mimo jiné dovodil, že: *„Není možné odnímat zadavateli právo na zrušení zadávacího řízení v případě, kdy v průběhu zadávacího řízení zjistí, že se dopustil podstatného (ať formálního či věcného) pochybení a nutit jej takto vyhlášené zadávací řízení dokončit. Takový postup zadavatele by měl ve svém důsledku zásadní negativní dopad na řádnou hospodářskou soutěž, což by bylo v rozporu se zákonem.“* Závěry uvedeného rozhodnutí nelze aplikovat na posuzovaný případ z toho důvodu, že v posuzovaném případě není sporu ohledně způsobu hodnocení, kdy je sporné kritérium hodnocení jasně stanoveno „počtem předložených referencí“. Tyto reference se nijak dále nebodují, posuzují se pouze v rovině „relevantní / nerelevantní“. Úřad taktéž nepotvrdil, že by posouzení toho, co lze považovat za stavbu obdobného charakteru, bylo v intencích celého kontextu zadávací dokumentace objektivně nemožné. Na rozdíl od odkazovaného rozhodnutí tedy v nyní šetřeném případě nelze konstatovat podstatné pochybení zadavatele při vymezení zadávacích podmínek, a tedy ani porušení zákona.
95. Závěrem Úřad dodává, že má za to, že právě zadavatel jako odborník na problematiku vodní správy by měl být schopen z jeho pohledu relevantní aspekty jednoznačně identifikovat a následně dovodit, proč konkrétní stavbu nelze při zohlednění relevantních aspektů považovat za stavby obdobného charakteru ke stavbě, na které má být prováděn výkon technického dozoru investora dle nyní šetřené veřejné zakázky. Pro úplnost Úřad uvádí, že i přesto, že by měl být sám zadavatel odborníkem v daném odvětví, umožňuje zákon si k hodnocení nabídek přizvat odborníka ve smyslu § 42 zákona, jehož vyjádření může využít v odůvodnění zprávy o hodnocení nabídek.
96. Závěrem pro úplnost považuje Úřad za nezbytné uvést následující. Ve svém rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení zadavatel v podstatné části argumentuje tím způsobem, že důvodem pro zrušení je skutečnost, že zde „existuje pochybnost o jednoznačném postupu při hodnocení“. Z kontextu relevantních okolností daného případu pak vyplývá, že zadavatel vyjadřuje pochybnost ohledně „budoucího hodnocení nabídek“. Úřad v odůvodnění tohoto rozhodnutí již dovodil, že byt nelze vyloučit, že další postup zadavatele, potažmo hodnotící komise může být náročný (nikoli však excesivně), nelze potvrdit, že hodnocení, resp. posouzení nabídek je nyní objektivně nemožné.
97. Jak bylo opakovaně zmíněno, s odkazem na závěry vyplývající z judikatury je nutné zrušení zadávacího řízení z důvodů hodných zvláštního zřetele považovat za určité *ultima ratio* ukončení zadávacího řízení, kdy zadavatel „již nemá možnost přijmout opatření k nápravě“. S ohledem na právě uvedené je pak nutné uvažovat v tom smyslu, že tato podmínka nemůže být z povahy věci naplněna *pro futuro*, tedy v situaci, kdy k porušení postupu či pochybení

ze strany zadavatele dosud ani nedošlo. Jinými slovy, pakliže zadavatel ve spojitosti s údajně nejednoznačným vymezením zadávacích podmínek (ke kterému se Úřad vyjádřil výše) argumentuje pochybností nad „budoucím“ hodnocením ze strany komise, které by nemuselo proběhnout v souladu se zákonem, je na něm, aby tomuto protizákonnému postupu předcházel. Za této situace, kdy lze toliko vyjádřit budoucí pochybnost, není tedy možné uvažovat v tom smyslu, že neexistuje jiná alternativa, resp. že zadavatel již nemá jakoukoliv možnost přijmout nápravu, aby k nediskriminačnímu hodnocení nedošlo bez toho, aby se toto hodnocení vůbec pokusil provést (přičemž jak Úřad dovodil výše, nelze souhlasit, že jakékoliv hodnocení je objektivně nemožné), resp. aby se zadavatel pokusil učinit adekvátní opatření k předcházení nezákonného postupu, než přímo přistoupit ke zrušení zadávacího řízení.

98. Lze tedy shrnout, že v případě, kdy zadavatel používá v rámci zadávacích podmínek termínu „stavba obdobného charakteru“ a zároveň je součástí zadávací dokumentace i kompletní projektová dokumentace ke stavbě, k níž se obdobnost vztahuje, nelze bez dalšího shledat, že zadávací dokumentace je formulována nedostatečně, tedy způsobem, který neumožňuje provést transparentní a nediskriminační hodnocení nabídek. Úřad má za to, že z kontextu celé zadávací dokumentace vyplývá, že pojem „stavba obdobného charakteru“ má konkrétní obsah, přičemž je na zadavateli, aby posoudil účastníky zadávacího řízení předložené reference, zda tyto splňují zadavatelem stanovené požadavky.
99. S ohledem na uvedené skutečnosti Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky tím, že postupoval v rozporu s § 39 odst. 1 v návaznosti na § 127 odst. 2 písm. d) ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když zrušil předmětné zadávací řízení, aniž by důvody uvedené v rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení ze dne 20. 6. 2017, spočívající v tom, že v zadávací dokumentaci nebyl konkretizován termín „stavba obdobného charakteru“, což mohlo dle zadavatele vést k nestejnému pochopení zadávacích podmínek, a nelze tak provést nediskriminační a transparentní hodnocení, bylo možné považovat za důvody hodné zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval, jelikož v kontextu celé zadávací dokumentace nelze dovodit, že zadávací podmínky jsou v uvedeném ohledu stanoveny nejednoznačně, a tudíž v rozporu se zákonem.

K uložení nápravného opatření

100. Úřad s odkazem na § 263 odst. 1 zákona konstatuje, že není vázán návrhem v tom smyslu, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. Úřad jakožto správní orgán je dle § 2 odst. 3 správního řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav.
101. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrželi-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

102. Vycházejí z výše uvedených závěrů Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to způsobem, který je popsán ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Úřad dodává, že tento nezákonný postup zadavatele již ze své podstaty ovlivňuje výběr dodavatele, jelikož po zrušení zadávacího řízení nemůže být žádný dodavatel vybrán pro plnění veřejné zakázky.
103. Pokud jde o třetí podmínku, Úřad konstatuje, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku. Jsou tak naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
104. Nápravu lze v tomto případě zjednat tak, že bude zrušeno „Rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení“ ze dne 20. 6. 2017, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí, jelikož jak bylo dovozeno v odůvodnění tohoto rozhodnutí, důvody obsažené v rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení nemohou obstát.

K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

105. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
106. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok působí právní účinky již dnem vydání rozhodnutí, bez ohledu na jeho právní moc. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy [s důsledky zastavení správního řízení dle § 257 písm. j) zákona] ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
107. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatel (TDI)“, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.

K uložení úhrady nákladů řízení

108. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.

109. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatele (TDI),“ rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. 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 19-4825621/0710, variabilní symbol 2017000307.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek.

Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek.

Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

1. Povodí Labe, státní podnik, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3
2. Mgr. Lubor Černý, advokát, Hvězdova 1716/2b, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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