



UOHSX00AZ5ZJ

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0492/2017/VZ-04238/2018/522/RCh

Brno: 9. února 2018

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 15. 12. 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:

Návrh navrhovatele – TELMONT Nymburk s.r.o., IČO 25637584, se sídlem Palackého 222, 288 02 Nymburk – ze dne 15. 12. 2017 se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

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. Dle Výzvy k podání nabídek je „*[n]áplní 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, která tvořila jednu z příloh Výzvy k podání nabídek. 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 podání 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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) v souvislosti s přezkumem této veřejné zakázky již jednou rozhodoval, když vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-27878/2017/522/RCh ze dne 25. 9. 2017, jehož předmětem bylo posouzení, zda zadavatel zrušil zadávací řízení v souladu se zákonem. Zadavatel se v daném případě v souvislosti se zrušením zadávacího řízení odvolával na existenci důvodů hodných zvláštního zřetele, pro které nelze po zadavateli požadovat, aby v zadávacím řízení pokračoval. Tyto důvody spočívaly dle zadavatele zejména v údajné nejasnosti a nejednoznačnosti zadávacích podmínek co se týče obsahu pojmu „stavba obdobného charakteru“, což dle zadavatele neumožňovalo obdržení porovnatelných nabídek.
5. Úřad ve svém rozhodnutí dovodil, že na zadávací dokumentaci je třeba pohlížet komplexně a zohlednit veškeré její součásti. Úřad mimo jiné konstatoval, že vzhledem k tomu, že součástí zadávací dokumentace byla i podrobná projektová dokumentace k předmětné stavbě, nelze dovodit, že by pojem „stavba obdobného charakteru“ byl při zohlednění všech souvislostí zadávacích podmínek pojmem bezobsažným či zcela nejasným. Úřad proto zrušil zadavatelovo rozhodnutí o zrušení zadávacího řízení.
6. Dne 8. 11. 2017 proběhlo druhé zasedání hodnotící komise. Ze Zprávy o hodnocení nabídek č. 2 vyplývá, že si zadavatel nechal vypracovat Znalecký posudek č. 43-2017 ze dne 3. 11. 2017, zpracovaný Prof. Ing. Jaromírem Říhou, CSc., soudním znalcem (dále jen „znalecký posudek“), jehož předmětem bylo stanovení technických parametrů, požadavků a rizik staveb obdobného charakteru tak, jak byly zadavatelem vymezeny v rámci požadavků na splnění technické kvalifikace, a dále požadavků na hodnocení nabídek. Na základě tohoto znaleckého posudku komise vymezila následující kritéria obdobnosti:
 - a) Charakter stavby z hlediska její funkce
 - b) Technické řešení
 - c) Parametry stavby, velikost a rozsah
 - d) Způsob provádění
 - e) Bezpečnostní a jiná rizika.
7. V rámci výše uvedených kritérií komise vždy posuzovala dílčí hlediska, a to ad a) zda doložená referenční stavba je vzdouvací stavbou na vodním toku s významným zásobním objemem, ad b) zda doložená referenční stavba obsahuje technické řešení odpovídající technickému řešení rekonstrukce popsané v projektové dokumentaci, ad c) zda doložená referenční stavba je vodním dílem přehradního typu vybavené funkčním zařízením, tj. spodními výpustmi a bezpečnostními přelivy, ad d) zda doložená referenční stavba je stavbou, kde byly prováděny činnosti typické pro hydrotechnické stavby, část činností byla prováděna pod vodou, popř. při částečném vzduť, popř. za podmínek možného zaplavení staveniště vodou z nádrže a ad e) zda doložená referenční stavba je vodním dílem a z charakteru a parametrů díla byla zařazena do III. kategorie, popř. vyšší I. nebo II. kategorie. Členové komise přitom vycházeli ze Souhrnné evidence zařazení vodních děl do I. – III. kategorie z hlediska technickobezpečnostního dohledu, MZe ČR, 2016.

8. Komise posuzovala jednotlivé předložené referenční listy z hlediska výše uvedených kritérií, tedy zda jsou tyto referenční stavby stavbami obdobnými ke stavbě, na niž se má vykonávat rekonstrukce na základě tohoto zadávacího řízení. Výsledkem posuzování bylo vyloučení dvou účastníků zadávacího řízení včetně navrhovatele z důvodu nesplnění technické kvalifikace a následně výběr nejvhodnějšího dodavatele, který jako jediný předložil reference, které komise vyhodnotila jako relevantní a splňující zadávací podmínky.
9. Dne 10. 11. 2017 bylo navrhovateli doručeno Oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení ze dne 9. 11. 2017. V tomto oznámení zadavatel krátce popsal postup komise při stanovení kritérií pro posuzování referenčních listů s tím, že „*[K]omise provedla posouzení všech doložených referenčních staveb a konstatovala, že nesplňují žádné z kritérií a nejsou tedy stavbami obdobného charakteru.*“ S ohledem na výše uvedené byl navrhovatel vyloučen s odkazem na § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
10. Dne 23. 11. 2017 podal navrhovatel námitky proti svému vyloučení. O těchto námitkách rozhodl zadavatel dne 5. 12. 2017 tak, že námitky odmítl.
11. Navrhovatel následně podal dne 15. 12. 2017 k Úřadu návrh z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU NAVRHOVATELE

12. Navrhovatel ve svém návrhu ze dne 15. 12. 2017 úvodem popisuje dosavadní průběh zadávacího řízení s důrazem na vymezení požadavků technické kvalifikace v zadávacích podmínkách a na okolnosti svého vyloučení ze zadávacího řízení. Navrhovatel má za to, že splnil veškeré zadavatelem uvedené zadávací podmínky tak, jak byly zadavatelem stanoveny. Navrhovatelem předložené referenční listy odpovídají požadavkům zadavatele na významné služby, přičemž tyto požadavky navrhovatel spatřuje pouze ve výši investičních nákladů vynaložených na předmětnou referenční stavbu. Dále navrhovatel uvádí, že i přesto, že předložil referenční listy splňující požadavky zadavatele na kvalifikaci, byl vyloučen ze zadávacího řízení s odvoláním na komisi vymezená kritéria obdoby a tvrzení, že reference navrhovatele tato nesplňují.
13. S ohledem na uvedené je navrhovatel přesvědčen, že zákonné důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení nejsou dány, a rozhodnutí zadavatele je tak zcela nezákonné. Navrhovatel se proto domáhá zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení a následného „*dokončení zadávacího řízení zadavatelem zákonným způsobem v souladu se zákonem*“. Protizákonnost úkonu zadavatele navrhovatel konkretizuje následovně.
14. Navrhovatel předně konstatuje, že ze zákona vyplývá, že zadavatel stanovuje zadávací podmínky v zadávací dokumentaci, a to vždy v dostatečné míře podrobnosti (a transparentnosti) nezbytné pro účast dodavatelů v zadávacím řízení, přičemž k vyloučení účastníka zadávacího řízení může přistoupit pouze, pokud neprokáže splnění těchto podmínek.
15. Nejzásadnější pochybení zadavatele spatřuje navrhovatel ve skutečnosti, že kritéria, na základě kterých postupovala komise při posuzování obdoby předložených referencí, stanovila právě až komise, a to dodatečně bez toho, aby tato byla součástí zadávacích podmínek. Dle navrhovatele se tak nejedná o kritéria, která by museli účastníci zadávacího

řízení splňovat, a nelze tak na jejich základě dojít k vyloučení některého z účastníků bez toho, aby byl tímto postupem porušen zákon ze strany zadavatele.

16. Svá tvrzení podkládá navrhovatel rozhodovací praxí Úřadu, jmenovitě rozhodnutím č. j. ÚOHS-S674/2014/VZ-27766/2014/533/HKu ze dne 29. 12. 2014, ze kterého vyplývá, že zadavatel „*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*“ a dále rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0350/2015/VZ-22198/2015/523/LKa ze dne 10. 8. 2015, ze kterého lze dovodit, že vzhledem k tomu, že zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci, jaké budou požadavky pro splnění technických kvalifikačních předpokladů, avšak kvalifikaci navrhovatele posoudil z hlediska splnění jiných než stanovených požadavků a na základě tohoto posouzení jej vyloučil, postupoval v rozporu se zákonem.
17. Navrhovatel dále poukazuje na nejednoznačnost stanovení požadavků na obdobné služby nebo jiné požadavky v rámci kvalifikace a odvolává se na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S59/2011/VZ-7454/2011/530/SWa ze dne 16. 6. 2011 ohledně stanovení postupu hodnocení splnění požadavků na kvalifikaci v takovém případě. Z výše uvedeného rozhodnutí vyplývá, že „*[J]estliže zadavatel při vymezení technických kvalifikačních předpokladů použil termín umožňující různý výklad, nemůže tuto skutečnost přičítat k tíži dodavatelů a musí zvolit takový výklad zadávacích podmínek, který umožňuje účast v zadávacím řízení co nejširšímu okruhu dodavatelů.*“ K tomu navrhovatel dodává, že s ohledem na výše uvedené rozhodnutí Úřadu musí zadavatel jednoznačně přijmout i doklady předložené dodavateli, kteří se řídili striktně jen textem uvedeným ve výzvě k podání nabídek, a to i pokud by chtěl zadavatel argumentovat tak, že komisí vymezená kritéria bylo možné dovodit ze zadávací dokumentace.
18. Ve svém návrhu se navrhovatel dále vrací k prvnímu rozhodnutí Úřadu v tomto zadávacím řízení, tedy č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-27878/2017/522/RCh ze dne 25. 9. 2017, a to konkrétně k jeho bodům 87., 91. a 95. V těchto bodech Úřad popisuje, jaký by měl být z jeho pohledu správný způsob, jak dokončit předmětné zadávací řízení. Zadavatel by se měl zabývat charakterem jednotlivých referenčních zakázek předložených účastníky zadávacího řízení a stanovit, zda jsou tyto z jeho pohledu stavbami obdobnými ke stavbě, na které má být v rámci předmětné zakázky vykonáván technický dozor. Pokud shledá, že se nejedná o obdobnou zakázku, je nucen tento svůj názor odůvodnit, tedy „*vymezit, 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.*“ Úřad dále poukazuje na možnost, kterou zadavateli dává zákon v § 42 zákona, tedy že si může k hodnocení nabídek přizvat odborníka, jehož vyjádření může využít v odůvodnění zprávy o hodnocení nabídek.
19. Z pohledu navrhovatele se však zadavatel doporučeními Úřadu uvedenými ve výše zmíněném rozhodnutí neřídil. Dle jeho názoru pouze v rozporu se zákonem „*dodatečně stanovil pět kritérií, které mají referenční zakázky splňovat, a namísto transparentního, podrobného a přesvědčivého posouzení referenčních zakázek doložených účastníkem (ať již podle kritérií stanovených v zadávacích podmínkách nebo alespoň podle zadavatelem dodatečně nezákonně doplněných kritérií) zadavatel následně jen stroze uvedl, že »komise provedla posouzení všech doložených referenčních staveb a konstatovala, že nesplňují žádné*

z kritérií a nejsou tedy stavbami obdobného charakteru.« V tomto postupu zadavatele navrhovatel spatřuje odklon od rozhodnutí Úřadu, ale také od zákona.

20. Závěrem svého návrhu se navrhovatel pozastavuje nad využitím znalce pro stanovení kritérií obdobnosti referenčních staveb. Z pohledu navrhovatele to poukazuje na skutečnost, že pokud zadavatel, který by měl být sám odborníkem v dané oblasti, cítí potřebu obrátit se na odborníka ve věci stanovení těchto kritérií, nelze po účastnících zadávacího řízení spravedlivě požadovat, či od nich očekávat, že budou schopni tato kritéria samostatně odvodit ze zadávací dokumentace. Navrhovatel se domnívá, že je zadavatel povinen při posuzování kvalifikace zohlednit pouze ty požadavky, které v zadávacích podmínkách výslovně a zcela jednoznačně uvedl. Závěrem v této souvislosti navrhovatel uzavírá, že je zřejmé, že vymezení požadavků pouze *„implicitním odkazem na projektovou dokumentaci obecně naprosto nesplňuje požadavky zákona.“*
21. Navrhovatel je přesvědčen, že důvody pro jeho vyloučení ze zadávacího řízení nejsou dány, a rozhodnutí zadavatele je tak nezákonné. Domáhá se proto zrušení rozhodnutí o jeho vyloučení ze zadávacího řízení a všech následných úkonů zadavatele v tomto řízení a jeho následné dokončení zákonným způsobem dle zákona.

III. VYJÁDŘENÍ ZADAVATELE ZE DNE 22. 12. 2017 K NÁVRHU

22. Zadavatel na úvod svého vyjádření ze dne 22. 12. 2017 k návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele krátce shrnuje technické kvalifikační požadavky vymezené v zadávacích podmínkách a dodává, že součástí zadávací dokumentace byla i podrobná projektová dokumentace ke stavbě, na níž má být vykonáván technický dozor investora, včetně fotografické dokumentace staveniště a části stavby, na které bude prováděna rekonstrukce. Dle zadavatele je z této projektové dokumentace zřejmé, že *„stavba bude vyžadovat zcela specifické odborně-stavební požadavky jak na provádění stavebních prací, tak na provádění TDI.“*
23. Zadavatel nerozporuje tvrzení navrhovatele ohledně zaslání sedmi referenčních listů, resp. osvědčení a souhlasí, že tyto referenční stavby skutečně splňovaly požadavky zadavatele co do finančního objemu za jednotlivé akce. Bylo však na posouzení zadavatele či jím složené komise, zda jsou tyto referenční stavby stavbou obdobného charakteru k předmětné stavbě, tedy zda splňují i druhý požadavek vymezený v zadávacích podmínkách pro technickou kvalifikaci.
24. Dále zadavatel shrnuje průběh zadávacího řízení předcházející vydání prvního rozhodnutí Úřadu v tomto zadávacím řízení a zmiňuje některé pasáže z tohoto rozhodnutí, zejména týkající se určitosti pojmu „stavba obdobného charakteru“ ve vztahu ke komplexní zadávací dokumentaci a dále stejně jako navrhovatel ve svém návrhu cituje zadavatel body z rozhodnutí Úřadu týkající se dalšího postupu zadavatele v zadávacím řízení ohledně posuzování referenčních akcí a možnosti přizvat si k posuzování a hodnocení nabídek odborníka.
25. Zadavatel uvádí, že dle svého mínění jednal v souladu s doporučeními Úřadu, kdy využil zákonné možnosti obrátit se při posuzování a hodnocení nabídek na soudního znalce a požádal jej o definování znaků obdobnosti referenčních staveb k stavbě, na níž má být vykonáván technický dozor investora. Součástí znaleckého posudku bylo i posouzení znalce,

kteřé z dodavateři předloženyř referenční akcí dle jeho odborného názoru vykazují znaky obdobnosti a které nikoliv. Komise následně jednala v souladu se znaleckým posudkem, kdy pro posouzení obdobnosti použila totožná kritéria, která vymezil znalec ve svém znaleckém posudku, a na základě tohoto posouzení došla ke stejnému názoru jako oslovený soudní znalec, tedy vyloučila ty účastníky, kteří nepředložili referenční listy na stavby obdobného charakteru.

26. K tvrzení navrhovatele, že jediným kritériem obdobnosti referenční stavby je investiční objem 70 milionů Kč bez DPH, zadavatel podotýká, že tento názor byl již vyloučen v prvním rozhodnutí Úřadu v tomto zadávacím řízení, kde bylo uvedeno, že *„(P)okud 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 (...), 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 přihlídnout pouze za předpokladu, kdy kumulativně splňují obě dvě stanovené podmínky.“*
27. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že formulace pěti znaků obdobnosti byla nezákonným rozšířením zadávací dokumentace. I přesto, že jsou tyto znaky obdobnosti nazývány „kritérii“, nelze tyto *„považovat za kritéria profesní kvalifikace ve smyslu ust. § 79 ZZVZ neboť byly formulovány pouze pro interní účely posuzování nabídek tak, aby Komise měla jasné nediskriminační a transparentní vodítka pro stejné a objektivní posouzení obdobnosti všech referenčních staveb s předmětnou stavbou VD Labská a vyloučil se tak subjektivní faktor.“* Zadavatel tedy prostřednictvím soudního znalce formuloval klíčové znaky stavby, na niž má být prováděn technický dozor investora a následně nechal komisi posoudit, zda jsou tyto klíčové znaky přítomny u jednotlivých referenčních zakázek dodavatelů. Z pohledu zadavatele se tak jednalo pouze o stanovení nediskriminačního, transparentního a objektivního metodického postupu pro posuzování obdobnosti referenčních staveb.
28. Další námitkou navrhovatele, na kterou zadavatel ve svém vyjádření reaguje, je, že zadavatel ve svém rozhodnutí o vyloučení účastníka řádně neodůvodnil, proč jednotlivé referenční zakázky nepovažuje za stavby obdobného charakteru ke stavbě, jejíž technický dozor je předmětem veřejné zakázky. Zadavatel svůj postup obhajuje tak, že v situaci, kdy ve svém odůvodnění detailně popisuje pět znaků, ve kterých spatřuje specifčnost konstrukce, rizik, parametrů a způsobu provádění u stavby přehrady a pak dovodí, že žádná z navrhovatelem předložených referencí nesplňuje žádné z uvedených kritérií, je takové odůvodnění zcela dostačující a jasné. Zadavatel totiž očekává od dodavatele ucházejícího se o plnění veřejné zakázky určitou úroveň odbornosti, a domnívá se proto, že by takovému dodavateři měl být na první pohled zřejmý rozdíl mezi stavbou přehrady a stavbou obecní kanalizační či vodárenské soustavy. Nepovažuje tedy za nutné u každé této reference konkrétně a jednotlivě popisovat důvody nesplnění znaků obdobnosti, zvláště když se ve všech sedmi případech jedná o typově totožné zakázky, tedy čističky odpadních vod, kanalizace a vodovody.
29. Zadavatel také odmítá tezi navrhovatele, že od něj nelze spravedlivě očekávat, že bude schopen samostatně dovodit znaky obdobnosti ze zadávací dokumentace, když i sám

zadavatel jako odborník v dané oblasti na toto vymezení potřebuje využít služby soudního znalce. Zadavatel tento svůj krok vnímá jako podřízení se doporučením Úřadu a aby „rozptýlil jakékoliv případné pochybnosti o tom, že definice pěti znaků obdobnosti a metodiky posouzení obdobnosti u referenčních staveb nebyla zpracována účelově, ale osobou nezávislou, nestrannou a nemající na výsledku soutěže jakýkoliv osobní zájem“, a to i přesto, že disponuje zaměstnanci s dostatečnou odbornou erudicí a profesními zkušenostmi.

30. Závěrem svého vyjádření se zadavatel neztotožňuje ani s tvrzením navrhovatele ohledně vymezení požadavků zadavatele implicitním odkazem na projektovou dokumentaci. Zadavatel má za to, že použití pojmu „stavba obdobného charakteru“ s odkazem na projektovou dokumentaci je jasným, konkrétním a srozumitelným požadavkem pro osobu s dostatečnou úrovní odbornosti.
31. Zadavatel je přesvědčen, že jeho postup není v rozporu se zákonem, a naopak je v souladu s doporučeními Úřadu. Navrhuje proto, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

IV. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

32. 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 15. 12. 2017, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
33. Podle § 256 zákona jsou účastníky správního řízení:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
34. Zahájení správního řízení Úřad jeho účastníkům oznámil dopisem č. j. ÚOHS-S0492/2017/VZ-36963/2017/522/RCh ze dne 18. 12. 2017.
35. Vyjádření zadavatele k návrhu Úřad obdržel dne 22. 12. 2017 prostřednictvím datové schránky. Kompletní dokumentaci o zadávacím řízení včetně nabídek účastníků zadávacího řízení (dále jen „dokumentace“) pak Úřad obdržel dne 27. 12. 2017.
36. Usnesením č. j. ÚOHS-S0492/2017/VZ-37802/2017/522/RCh ze dne 4. 1. 2018 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.
37. Usnesením č. j. ÚOHS-S0492/2017/VZ-02674/2018/522/RCh ze dne 26. 1. 2018 Úřad účastníkům řízení určil lhůtu pro vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
38. Zadavatel ani navrhovatel se ve lhůtě stanovené Úřadem ani později v průběhu správního řízení již dále nevyjádřili.

V. ZÁVĚRY ÚŘADU

39. 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 vyloučení účastníka zadávacího řízení nepostupoval v rozporu se zákonem. K tomu Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Posouzení právního postavení zadavatele

40. 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.
41. 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.
42. 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, protože se na něj aplikují ustanovení zákona platné pro veřejné zadavatele.
43. 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

44. 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 zákazu diskriminace.
45. 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.
46. 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.
47. Podle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku.

48. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
49. Podle § 37 odst. 1 písm. a) a b) podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit mimo jiné jako podmínky kvalifikace a technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku.
50. Podle § 39 odst. 2 písm. a) zákona v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení.
51. 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.
52. 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.
53. 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.
54. Podle § 42 odst. 3 zákona zadavatel může pro své rozhodování použít i vyjádření přízvaných odborníků; tím není dotčena jeho odpovědnost za dodržení pravidel stanovených tímto zákonem.
55. 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.
56. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
57. 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.

Ustanovení jiných právních předpisů

58. Podle § 61 odst. 1 zákona č. 254/2001 Sb., o vodách a o změně některých zákonů (dále jen „vodní zákon“) se technickobezpečnostním dohledem nad vodními díly rozumí zjišťování

technického stavu vodního díla ke vzdouvání nebo zadržování vody, a to z hlediska bezpečnosti a stability a možných příčin jejich poruch. Provádí se zejména pozorováním a prohlídkami vodního díla, měřeními jejich deformací, sledováním průsaku vod, jakož i hodnocením výsledků všech pozorování a měření ve vztahu k předem určeným mezním nebo kritickým hodnotám. Součástí technickobezpečnostního dohledu je i vypracování návrhů opatření k odstranění zjištěných nedostatků.

59. Podle § 61 odst. 2 vodního zákona se z hlediska technickobezpečnostního dohledu vodní díla rozdělují do I. až IV. kategorie podle rizika ohrožení lidských životů, možných škod na majetku v přilehlém území a ztrát z omezení funkcí a užitků ve veřejném zájmu.
60. Podle § 61 odst. 3 vodního zákona vymezení vodních děl podléhajících technickobezpečnostnímu dohledu, stanovení kritérií a postupu pro zařazení vodních děl do kategorií, rozsah a četnost provádění technickobezpečnostního dohledu u jednotlivých kategorií vodních děl a v jednotlivých etapách jejich přípravy, výstavby, rekonstrukce nebo provozu a náležitosti programu technickobezpečnostního dohledu stanoví Ministerstvo zemědělství vyhláškou.
61. Podle § 61 odst. 9 vodního zákona může provádět technickobezpečnostní dohled nad vodními díly I. až III. kategorie, zpracovávat posudky pro zařazení vodních děl do I. až IV. kategorie z hlediska technickobezpečnostního dohledu a zpracovávat program technickobezpečnostního dohledu jen odborně způsobilá osoba pověřená Ministerstvem zemědělství. Je-li taková osoba vlastníkem vodního díla I. nebo II. kategorie, nesmí na něm vykonávat technickobezpečnostní dohled sama a zpracovávat pro něj program technickobezpečnostního dohledu.
62. Podle § 61 odst. 10 vodního zákona pověření k výkonu činností podle odstavce 9 věty první lze udělit pouze osobě, která má odborné, personální a materiální vybavení a splňuje předpoklady pro kvalifikovaný výkon těchto činností.
63. Podle § 4 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 je každý stavební objekt a inženýrský objekt zaříděn do druhu a oboru stavebnictví podle klasifikace stavebních děl a produkce, která je uveřejněna na Portálu o veřejných zakázkách spravovaném Ministerstvem pro místní rozvoj.

Skutečnosti zjištěné z dokumentace o zadávacím řízení

64. 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.“
65. 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. J.V.,
 - 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.
66. 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 %.
67. 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.“*
68. 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.
69. 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.“* K 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.“*
70. 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«.

71. V „Projektové dokumentaci,“ konkrétně v její části „Souhrnná technická zpráva,“ je v čl. B.1 uvedeno, že: *„VD Labská bylo podle svého významu a rozsahu škod a ohrožení území pod přehradou zařazeno pro účely technickobezpečnostního dohledu ve smyslu § 61 zákona č. 254/2001 Sb., o vodách a změně některých předpisů (vodní zákon), ve znění pozdějších předpisů do II. kategorie.“*
72. 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

73. 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 nabídky. Po provedení otevírání obálek s nabídkami bylo komisí konstatováno, že všechny nabídky vyhovely požadavkům dle § 107 odst. 2 a § 110 odst. 2 zákona.
74. 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.
75. Ze Zprávy o hodnocení nabídek č. 2 ze dne 8. 11. 2017 je zřejmé, že zadavatel ustanovil pro účely posuzování a hodnocení nabídek komisi. Členové komise měli k dispozici znalecký posudek č. 43-2017 ze dne 3. 11. 2017, zpracovaný Prof. Ing. Jaromírem Říhou, CSc., soudním znalcem, který se zabýval určením technických parametrů, požadavků a rizik staveb obdobného charakteru tak, jak byly zadavatelem vymezeny v rámci požadavků na splnění technické kvalifikace a také požadavků na hodnocení nabídek. Komise se usnesla, že pro

účely posouzení, zda jsou účastníky řízení předložené referenční stavby stavbami obdobného charakteru ke stavbě, na níž má být vykonáván technický dozor, vymezí kritéria obdobnosti takto:

- a) Charakter stavby z hlediska její funkce
- b) Technické řešení
- c) Parametry stavby, velikost a rozsah
- d) Způsob provádění
- e) Bezpečnostní a jiná rizika,

příčemž u každého z těchto kritérií komise posuzovala následující:

ad a) Zda doložená referenční stavba je vzdouvací stavbou na vodním toku s významným zásobním objemem,

ad b) Zda doložená referenční stavba obsahuje technické řešení odpovídající technickému řešení rekonstrukce popsané v projektové dokumentaci,

ad c) Zda doložená referenční stavba je vodním dílem přehradního typu vybavené funkčním zařízením, tj. spodními výpustmi a bezpečnostními přelivy,

ad d) Zda doložená referenční stavba je stavbou, kde byly prováděny činnosti typické pro hydrotechnické stavby, část činnosti prováděna pod vodou, popř. při částečném vzduť, popř. za podmínek možného zaplavení staveniště vodou z nádrže,

ad e) Zda doložená referenční stavba je určeným vodním dílem a z charakteru a parametrů díla byla zařazena do III. kategorie, popř. I. nebo II. kategorie.

76. Komise dále konstatovala, že navrhovatel dodal dne 18. 4. 2017 doplňující doklady v podobě osvědčení objednatele. Navrhovatel v rámci Písemného objasnění či doplnění nabídky předložil sedm referenčních listů na následující akce:

- Kanalizace a ČOV Loděnice,
- Kanalizace a vodovod Všeradice,
- Stará Červená Voda – ČOV a tlaková splašková kanalizace,
- Kanalizace a ČOV Dobříč,
- Velké Přítočno, Dolany – kanalizace a čistírna odpadních vod – TDI,
- Rozvody kanalizace a ČOV v obcích Hřebečnický, Krakov, Panoší Újezd, Slabce a Všetaty,
- Jizbice – kanalizace a vodovod.

77. Komise dále přistoupila k hodnocení nabídek před jejich posouzením v souladu s § 39 odst. 4 zákona. Jako nejvhodnější nabídka byla vyhodnocena nabídka navrhovatele. Komise dále přistoupila k posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení u vybraného dodavatele – navrhovatele. Komise konstatovala, že žádná z navrhovatelem předložených referenčních staveb nesplňuje požadavky zadavatele na prokázání kvalifikace, neboť se nejedná o stavby obdobného charakteru ke stavbě, na níž má být vykonáván předmět veřejné zakázky. Komise veškeré reference posuzovala z hlediska výše uvedených pěti kritérií obdobnosti se závěrem,

že žádná z referencí nesplňuje ani jedno ze stanovených kritérií. S ohledem na provedené posouzení komise doporučila navrhovatele vyloučit ve smyslu § 48 odst. 2 písm. a) zákona, neboť nesplnil technickou kvalifikaci.

78. Zadavatel následně Oznámením o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 9. 11. 2017 (dále jen „oznámení o vyloučení“) vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. V odůvodnění oznámení o vyloučení zadavatel mimo jiné konstatoval následující. Zadavatel má za to, že žádná z celkem sedmi referenčních zakázek předložených navrhovatelem jako účastníkem zadávacího řízení nesplňuje zadavatelem stanovený technický kvalifikační předpoklad, jelikož se nejedná o stavby obdobného charakteru. Z odůvodnění se dále podává, že zadavatel definoval totožných pět kritérií obdobnosti (srov. předchozí bod odůvodnění tohoto rozhodnutí), které následně blíže konkretizuje. Příkladně lze uvést, že ve vztahu ke kritériu „Charakter stavby z hlediska její funkce“ z odůvodnění oznámení o vyloučení vyplývá, že komise potažmo zadavatel posuzoval, zda konkrétní referenční stavbu lze považovat za vzdouvací stavbu na vodním toku. V souvislosti s kritériem „Bezpečnostní a jiná rizika“ pak zadavatel posuzoval, zda konkrétní referenční stavba je „určeným vodním dílem a z charakteru parametrů díla byla zařazena do III. kategorie, popř. vyšší I. nebo II. kategorie. Komise vycházela ze *Souhrnné technické evidence zařazení vodních děl do I. – III. kategorie z hlediska technickobezpečnostního dohledu, MZe ČR 2016*“. V závěru oznámení o vyloučení navrhovatele zadavatel konstatuje, že posuzoval všechny navrhovatelem předložené referenční stavby a dospěl k závěru, že žádná z předložených staveb nesplňuje žádné z kritérií, a tedy předložené referenční stavby nelze považovat za stavbu obdobného charakteru.
79. Proti svému vyloučení podal navrhovatel dne 23. 11. 2017 námítky ze dne 22. 11. 2017 a následně návrh na zahájení správního řízení ze dne 15. 12. 2017.

Právní posouzení

80. Předmětem nyní vedeného správního řízení je posouzení souladu úkonu zadavatele – spočívajícího ve vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení – se zákonem. Mezi účastníky správního řízení je konkrétně sporné, zda jsou dány důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení z důvodu nesplnění technického kvalifikačního předpokladu. V této rovině je pak rovněž otázkou, jaké jsou vlastně požadavky zadavatele pro účast v zadávacím řízení, které musí dodavatel splnit, a také zda se zadavatel nedopustil nepřípustného rozšíření zadávacích podmínek, když si pro účely posuzování referenčních zakázek účastníků definoval pět pomocných kritérií obdobnosti. V neposlední řadě je mezi účastníky správního řízení sporné i to, zda je odůvodnění zadavatele v rozhodnutí o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení dostatečné.
81. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že se zadavatel obrátil na soudního znalce Prof. Ing. Jaromíra Říhu, CSc. za účelem vypracování znaleckého posudku, jehož cílem mělo být určení technických parametrů, požadavků a rizik staveb obdobného charakteru tak, jak byly zadavatelem vymezeny v rámci požadavků na splnění technické kvalifikace, a dále požadavků na hodnocení nabídek v rámci hodnotícího kritéria 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.“ Při druhém

zasedání komise měla komise tento znalecký posudek k dispozici a použila jej jako podklad pro svůj postup. Z hlediska charakteristických aspektů poté komise posuzovala jednotlivé účastníky předložené referenční zakázky. Na základě tohoto posuzování pak doporučila zadavateli vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení s odkazem na § 48 odst. 2 písm. a) zákona z důvodu, že navrhovatel nesplnil zadávací podmínky, konkrétně technický kvalifikační předpoklad ve smyslu § 79 odst. 2 písm. b) zákona, tak jak byl vymezen v čl. 10.1. zadávací dokumentace (viz bod 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel následně navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení v souladu s doporučením komise.

82. S ohledem na výše uvedené se Úřad zabýval otázkou, zda důvody, které zadavatel popsal jako důvody pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení, skutečně nastaly, resp. zda lze považovat vyloučení navrhovatele za souladné se zákonem. Pro posouzení této otázky považuje Úřad za nezbytné zabývat se nejdříve tím, zda se vymezením kritérií pro posouzení obdoby dopustila komise, respektive zadavatel rozšíření či změny zadávacích podmínek, či zda tato kritéria lze při zohlednění předpokládané odbornosti dodavatelů odvodit z komplexní zadávací dokumentace, kterou tvoří další přílohy, a zejména pak projektová dokumentace. Za tímto účelem je opět nutné vyjádřit se ke komplexnosti a konkrétnosti zadávací dokumentace v celém jejím rozsahu.
83. Předně Úřad uvádí, 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. V této souvislosti je nicméně nutné zdůraznit, že 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. Úřad dále odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 9. 2017, č. j. 6 As 185/2017-31 ze kterého vyplývá následující: *„(...) lze plně přisvědčit krajskému soudu, že dodavatelé nemohli mít s porozuměním pojmu »stavby obdobné budovám občanské vybavenosti« žádné obtíže. O tom ostatně svědčí absence žádostí o dodatečné informace ke kvalifikační dokumentaci (...). Stěžovatel zde poněkud uměle konstruoval nesrozumitelnost pojmů užitých žalobcem v zadávací dokumentaci. Pojmům užitých v zadávací dokumentaci je naopak třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam (...). Krajský soud v tomto směru trefně poznamenal, že »postačí nahlédnout do § 6 vyhlášky č. 398/2009 Sb. (...) a pokusit se jednotlivé tam uvedené typy budov připodobnit k budovám jiným, tam nevyjmenovaným. K této úvaze přitom postačí pouhý selský rozum, jímž zajisté každý alespoň průměrně rozumný uchazeč o veřejnou zakázku oplývá.«“*
85. Pro úplnost Úřad doplňuje, že i přesto, že se výše uvedené závěry judikatury vztahují k aplikaci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen

„ZVZ“), jsou výše citované závěry natolik obecné, že je lze vztáhnout a považovat za plně případné i pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele v rovině stávajícího zákona.

86. 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 na straně zadavatele, který nereflektuje zadávací podmínky.
87. 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 „sítím“, 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.
88. Výše uvedenými otázkami, tedy určitostí, kompletností a jasností zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky se Úřad částečně zabýval ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-27878/2017/522/RCh ze dne 25. 9. 2017, které se týkalo předmětného zadávacího řízení. V tomto rozhodnutí vyslovil Úřad mimo jiné závěr, že zadávací dokumentace pro předmětnou veřejnou zakázku je vypracována v kontextu všech informací v ní obsažených dostatečně podrobně, jasně a určitě, včetně kritérií hodnocení potažmo podmínek kvalifikace. Úřad v posl. citovaném rozhodnutí mimo jiné dovedl, že v souvislosti s výkladem termínu „stavba obdobného charakteru“ je nutné uvažovat v tom smyslu, 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.“ S ohledem na skutečnost, že součástí zadávací dokumentace byla i podrobná projektová dokumentace ke stavbě, na níž má být vykonáván předmět veřejné zakázky, nelze přisvědčit názoru, že by dodavatelům nemohlo být zřejmé, co je považováno za stavbu obdobného charakteru. Jinými slovy, 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.
89. Úřad přisvědčuje navrhovateli v tom, že zadavatel nemůže po dodavatelích požadovat splnění podmínek, které nejsou v zadávací dokumentaci uvedeny. S odkazem na výše uvedené závěry vyplývající z judikatury je nicméně nutné zdůraznit, že podmínky definované v zadávací dokumentaci je nutné vykládat ve vzájemných souvislostech, tedy při zohlednění všech v zadávací dokumentaci vymezených informací, které nepochybně mohou být vymezeny na různých místech zadávací dokumentace.

90. Úřad na tomto místě opětovně odmítá simplifikující konstrukci navrhovatele, že požadavek na obdobnost staveb v zadávacích podmínkách byl vymezen toliko co do výše vynaložených investičních nákladů (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Uvedenou konstrukci Úřad odmítl již v rozhodnutí ve věci sp. zn. S0307/2017/VZ, kde mimo jiné konstatoval, že v daném případě i prostý jazykový výklad vede k tomu, že je nutné uvažovat o 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, a druhá podmínka je, aby investiční náklady vynaložené na takovou referenční stavbu byly vyšší než 70 mil. Kč. Výklad, který prezentuje navrhovatel, by ostatně *ad absurdum* vedl k tomu, že zadavatel by měl za obdobné stavby v tomto smyslu považovat např. dopravní stavby, rekonstrukci silnic nebo chodníků, stavbu občanské vybavenosti atd., pakliže investiční hodnota zakázky přesáhla 70 mil. Kč. Takový výklad by nepochybně vedl k absurdnímu důsledku a zejména pak popření smyslu a účelu kvalifikace (srov. bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
91. Předmětem plnění posuzované veřejné zakázky byl výkon 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, jaké jsou klíčové charakteristiky stavby, jaká technickobezpečnostní rizika hrozí, resp. obecně, jakým způsobem bude třeba technický dozor investora provádět, jelikož tyto informace byly v zadávací dokumentaci explicitně, bez možnosti nejednoznačného výkladu uvedeny. Ostatně, není to ani navrhovatel, kdo by nejednoznačnost informací vyplývajících z projektové dokumentace zpochybňoval.
92. Jak již Úřad konstatoval v rozhodnutí ve věci sp. zn. S0307/2017/VZ, zadavatel není nucen akceptovat takové referenční zakázky, jejichž realizace mu nedává záruku schopnosti daného dodavatele veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě splnit. Úkolem zadavatele je nicméně řádně, tj. především věcně a v potřebné míře podrobností, aby vyhověl zásadě transparentnosti a zároveň nezavdal důvod k pochybnostem o svém svévolném postupu, odůvodnit, proč takovým způsobem na konkrétní referenční zakázku nahlíží. Pokud má tedy zadavatel za to, že např. „čistírnu odpadních vod“ 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.
93. Zadavatel za tímto účelem využil možnosti, kterou mu poskytuje § 42 odst. 3 zákona, a obrátil se na soudního znalce v oboru stavebnictví, odvětví vodní stavby. Úřad konstatuje, že konkrétním smyslem předmětného ustanovení § 42 odst. 3 zákona je právě doplnění odborného pohledu komise, potažmo zadavatele, při posouzení specifických, např. technických aspektů. Toto opatření by mělo zamezit jakýmkoliv pochybnostem o odbornosti závěrů, případně o svévoli zadavatele. Úřad doplňuje, že nemá důvod rozporovat odborné závěry znalce v daném případě. Na tomto místě je nutno upozornit na

zadání posudku, což bylo „určení technických parametrů, požadavků a rizik staveb obdobného charakteru **tak, jak byly zadavatelem vymezeny v rámci požadavků na splnění technické kvalifikace a dále požadavků na hodnocení nabídek dle podkladu (Výzva k podání nabídek a zadávací podmínky) v rámci hodnotícího kritéria č. 2**“ Z textu zadání je zřejmé, že úkolem znalce nebylo vymezit charakteristické aspekty obdobných staveb obecně, standardně, či z pohledu zadavatele co nejvhodnějším způsobem, ovšem pouze ve vztahu k obsahu zadávací dokumentace. Vzhledem k tomu, že úvahy znalce byly ohraničeny touto podmínkou, je potřeba na znalecký posudek a na jím stanovená kritéria obdobnosti nahlížet jako na jakýsi nezávisle určený derivát zadávacích podmínek. Znalec tedy ve svém posudku neměl možnost zadávací podmínky rozšířit, neboť to nebylo jeho úkolem, naopak by takový postup mohl vést k nesplnění zadání.

94. Úřad zjistil, že znalec při zpracování znaleckého posudku vycházel především z podkladů poskytnutých zadavatelem, tedy z projektové a zadávací dokumentace, ale také z nabídek jednotlivých účastníků zadávacího řízení a dále ze souvisejících právních předpisů. Jak vyplývá ze znaleckého posudku, znalec neměl k dispozici odlišné údaje a informace, než které měli k dispozici samotní dodavatelé při podávání nabídek. Nelze tak bez dalšího přisvědčit, že znalcem definována „kritéria obdobnosti“ nemají oporu právě v zadávací dokumentaci nyní šetřené veřejné zakázky.
95. Soudní znalec ve svém posudku nejprve obšírným způsobem definoval předmět zadávacího řízení a dále se věnoval podrobnému popisu stavby VD Labská z hlediska jejích charakteristických znaků. Zejména uvedl, že VD Labská je určeným vodním dílem ve smyslu vyhlášky Ministerstva zemědělství č. 471/2001 Sb., o technickobezpečnostním dohledu nad vodními díly, v platném znění (dále jen „vyhláška o technickobezpečnostním dohledu“), a pro účely technickobezpečnostního dohledu je zařazena do II. kategorie. Dále se věnoval také popisu obtokového tunelu, jako části stavby, která má být rekonstruována. Samotnou rekonstrukci pak znalec popsal v další části svého posudku co do stavebních činností, které bude nutno za účelem jejího uskutečnění provést, a také co do dalších aspektů těchto činností vzhledem ke specifčnosti stavby, na níž má být rekonstrukce prováděna. V posudku je rovněž uvedeno časové vymezení stavebních činností z hlediska průběhu těchto činností a jejich návaznosti. Následující část se věnuje popisu předmětného zadávacího řízení, který obsahuje základní informace o řízení, o kritériích technické kvalifikace a dále také o jednotlivých účastnících zadávacího řízení, přičemž zmíněn je vždy krátký profil dodavatele a jeho předložených referencí. V další části znaleckého posudku se soudní znalec věnuje již samotnému nálezu. Ve smyslu § 61 vodního zákona se v případě VD Labská jedná o vodní dílo ke vzdouvání nebo zadržování vody. Zároveň podléhá technickobezpečnostnímu dohledu, dle § 3 vyhlášky o technickobezpečnostním dohledu.
96. Úřad opětovně konstatuje, že tyto informace, resp. závěry znalce nejsou nikterak překvapivé, když zadavatelem určený znalec pouze interpretuje stěžejní aspekty plnění předmětu veřejné zakázky na podkladě dostupné zadávací dokumentace, které měly být každému v úvahu přicházejícímu dodavateli, který je zároveň odborníkem v dané oblasti, známy. Tyto závěry tedy rozhodně nelze považovat za překvapivé.
97. Soudní znalec následně navrhl následující kritéria pro vymezení pojmu „stavba obdobného charakteru“:

- a) Charakter stavby z hlediska její funkce
- b) Technické řešení
- c) Parametry stavby – velikost, rozsah
- d) Způsob provádění
- e) Bezpečnostní a jiná rizika,

přičemž každé z výše zmíněných kritérií blíže definoval a uvedl také, z čeho při jejich vymezení vycházel, tedy z jaké části zadávací dokumentace či právní úpravy tato kritéria vyplývají. Následně soudní znalec přiblížil, v čem je předmětná stavba specifická z hlediska technického dozoru investora, a to zejména z důvodů, že tento dozor podléhá speciální právní úpravě, bude nutno jej přizpůsobit skutečnosti, že část prací je prováděna pod vodou, součástí rekonstrukce jsou také trhací práce, je zde kladen vysoký důraz na ověření kvality řešení spodních výpustí apod. V poslední části znaleckého posudku pak soudní znalec odpověděl na zadavatelem položené otázky, přičemž mimo jiné také v odpovědi na otázku č. 3: *„Příklady staveb dle osvědčení doložených účastníky do nabídek, které nejsou stavbami obdobného charakteru dle požadavku Výzvy“* uvedl, že *„[S]tavbami obdobného charakteru nejsou stavby zdravotně technické (vodovody, kanalizace, úpravny vody, čistírny odpadních vod), meliorační a krajinné (závlahy, odvodnění, běžná protierozní opatření, čerpací stanice, stavby spojené s pozemkovými úpravami), ani hydrotechnické stavby malého rozsahu (malé vodní nádrže a jejich hráze, spádové stupně, pevné jezy a pohyblivé jezy a zdymadla menší velikosti, úpravy na vodních tocích včetně ochranných hrází, zdí, apod.), které nesplňují požadavky uvedené v odpovědi na otázku č. 2. Stavbami obdobného charakteru nejsou ani skládky odpadů.“* V odpovědi na otázku č. 2: *„Přehled staveb obdobného charakteru dle čl. 8.2 »Výzvy k podání ...« ve vazbě na předmět plnění čl. 3 »Výzvy«* znalec uvedl zkrácený popis jednotlivých dříve vymezených kritérií obdobnosti. Zároveň soudní znalec provedl posouzení jednotlivých referenčních staveb účastníků zadávacího řízení z hlediska jejich obdobnosti s předmětnou stavbou s výsledkem, že v zadávacím řízení figuruje pouze jediný dodavatel, který předložil relevantní reference.

98. Úřad přezkoumal znalce vymezená kritéria, která při svém posuzování využila i komise a následně i zadavatel v oznámení o vyloučení z hlediska jejich obecnosti, relevance a předvídatelnosti. Úřad konstatuje, že v případě výše vymezených pěti kritérií nelze uvažovat o jejich způsobilosti rozšířit kvalifikační požadavky zadavatele uvedené v zadávacích podmínkách ve spojení s informacemi vyplývajícími z kompletní zadávací dokumentace. Úřad považuje za zásadní, že jde o natolik obecná kritéria – např. bezpečnostní a jiná rizika, charakter stavby z hlediska funkce – že dodavatelé pohybující se v dané oblasti měli tyto aspekty reflektovat. Jednotlivá vymezená kritéria jsou tedy pro posouzení obdobnosti natolik obecná a natolik zásadní, že jejich volbu nelze hodnotit jako překvapivou či nečekanou. Z pohledu Úřadu se jedná o natolik základní aspekty předmětné stavby, že dostatečně odborně způsobilému dodavateli muselo být zřejmé, že právě tyto budou předmětem posouzení jednotlivých předložených referencí, byť ne nutně v jejich výslovném znění, avšak jistě v jejich významu a smyslu. Jak bude rozvedeno dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí, nelze samotnou textovou formulaci kritérií považovat za „novou informaci“, pokud je tato informace v určité formě již v zadávací dokumentaci obsažena. Úřad má za to, že termín „stavba obdobného charakteru“ nelze považovat za pojem bezobsažný; naopak konkrétní

význam měl být dodavatelům znám. Nezohlednění takové informace ze strany navrhovatele pak nelze klást k tíži zadavateli. Úřad proto takto vymezená kritéria nevnímá jako nepřípustné rozšíření či změnu zadávacích podmínek, pouze jako jakési základní body, na které se má komise při posuzování obdoby jednotlivých zakázek zaměřit, aby toto posouzení bylo dostatečně relevantní a hodnotné.

99. Úřad má za to, že téměř vždy lze uvažovat v tom smyslu, že každý zadavatelem uvedený odborný termín, spojení, očekávání, vlastnost nebo funkci lze blíže konkretizovat, potažmo vytvořit argumentaci, proč je termín vymezen nedostatečně. Jednotlivé sporné situace nicméně nelze paušalizovat, naopak vždy je nutné zohlednit specifika daných případů. Úřad si uvědomuje, že zadávací řízení je přísně formalizovaný proces, který probíhá dle předem daných pravidel. Na druhé straně přísný formalismus nemůže zcela abstrahovat od reálného prostředí, jehož účelem je přece jen samotné zadání veřejné zakázky. Nelze akceptovat takový přístup, že zadavatel by měl každý termín v zadávací dokumentaci definovat do konečných jednotek právě proto, aby byla zadávací dokumentace i pro naprostého laika zcela jednoznačná, resp. nenapadnutelná. Takový přístup by ve svém důsledku vedl k tomu, že termín „obdobné/obdobný“ by v situaci, kdy nebude definován přesný taxativní výčet všech alternativ, nebylo možné v zadávací dokumentaci využít. Obdobný závěr vyplývá rovněž z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R0172/2017/VZ-36169/2017/321/OMa ze dne 12. 12. 2017 kde předseda Úřadu mimo jiné potvrdil, že nelze akceptovat takovou situaci „ve které by bylo nutné na začátku definovat všechny pojmy až k axiomům (protože téměř každý pojem lze konkretizovat, viz např. předmět veřejné zakázky – jaké veřejné zakázky? Jaký konkrétní předmět? Apod.), které by bylo nutné postupně rozvíjet, aby mohla být zadávací dokumentace v tomto ohledu „nenapadnutelná“. Jedná se však o nepředstavitelnou situaci, která by zadávací řízení značně zkomplikovala, učinila složitější a ve výsledku nepřehlednější, což by bylo v rozporu se zásadami zadávacího řízení (opět zásadou transparentnosti a v některých případech i zásadou materiální pravdy). Je proto racionální dojít k závěru, že pokud je výklad souvislostí jednoznačně logický, je nutné tyto souvislosti vykládat v souladu s touto logikou.“
100. V této souvislosti Úřad dále odkazuje na již výše citovanou judikaturu, konkrétně na rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 9. 2017 sp. zn. 6 As 185/2017. V daném případě soud přisvědčil argumentaci Krajského soudu v Brně, že dodavatelé znalí prostředí nemohli mít problém s interpretací pojmu stavba „obdobná k budově občanské vybavenosti“, byť tento termín (očekávání zadavatele) nebyl nikde v zadávací dokumentaci explicitně specifikován. Nejvyšší správní soud za indicii dostatku povědomí dodavatelů považoval např. i absenci žádostí o dodatečné informace. Zdůraznil ale, že je nutné vycházet z obecně přijímaného významu, a to na podkladě určitého „typového připodobnění“. Jako vodítko přitom správní soudy považovaly právní předpis, který definoval typový výčet budov, avšak nutné říci, nikoliv zcela konkrétní. Úřad má za to, že tímto vodítkem je v nyní šetřeném případě projektová dokumentace. Právě tato projektová dokumentace měla sloužit jak dodavatelům, tak zadavateli pro „připodobnění“, pakliže zadavatel využil termín, který z formálního hlediska explicitně nespécifikoval. Jak správní soudy, tak Úřad na tomto místě zdůrazňuje právě předpoklad racionálního dodavatele, který je v tomto prostředí odborníkem a který nepřehlídí veškeré informace uvedené v zadávací dokumentaci.

101. Pokud by se měl Úřad vyjádřit jednotlivě k vymezeným kritériím obdobnosti, je například zřejmé, že v případě předmětné zakázky, kdy se jedná o stavbu se specifickou funkcí a se specifickým účelem, bude právě tento znak ve své obecné rovině jedním z těch aspektů, které zadavatel zohlední při svém posuzování „obdobnosti“. Funkcí VD Labská je vzdouvání a zadržování vody, což je funkce jednoznačně odvoditelná z projektové dokumentace, a taktéž i funkce jednoznačně odlišná například od funkce kanalizace, resp. čističky odpadních vod. Předmětem rekonstrukce VD Labská je rekonstrukce spodních výpustí v obtokovém tunelu, z čehož vyplývá, že se jedná o rekonstrukci technického zařízení plnicího specifickou funkcí. Technické požadavky na přehradu a hráze navíc vyplývají ze zvláštních právních předpisů, opět se nejedná o novou či dodavatelům neznámou informaci. Rovněž je zřejmé, že při posuzování relevance referenčních zakázek budou hrát roli i parametry těchto zakázek, neboť, jak bylo zmíněno výše, jedná se o specifickou stavbu se speciální funkcí, a je zde proto třeba počítat s příslušnými vlivy, jako například tlak a rychlost vody v rekonstruované oblasti. Ze Souhrnné evidence zařazení vodních děl do I. – III. kategorie z hlediska technickobezpečnostního dohledu Ministerstva zemědělství ČR také vyplývá, že VD Labská svými rozměry spadá do II. kategorie. Tato informace nepochybně taky jednoznačně vyplývala z projektové dokumentace a jako taková měla být reflektovaná, a dodavatelům měla poskytnout určité vodítko ohledně toho, které referenční zakázky bude zadavatel hodnotit jako obdobné. Vzhledem k tomu, že v rámci rekonstrukce budou prováděny specifické a v zadávací dokumentaci popsané činnosti při současném předpokladu očekávaných technickobezpečnostních rizik, nebylo od zadavatele nikterak nečekané, že bude přihlížet také k tomu, zda s dozorem těchto činností mají jednotliví účastníci zkušenosti.
102. Úřad konstatuje, že pokud tedy zadavatel akcentoval z hlediska posouzení obdobnosti referenčních staveb právě např. technickobezpečnostní riziko nebo charakter stavby z hlediska funkce, nelze uvažovat v tom smyslu, že šlo o hledisko subjektivní, tedy neočekávané. Pokud pak navrhovatel při přípravě nabídky tyto aspekty obdobnosti zcela přehlížel, případně se spoléhal na to, že např. u dozoru na stavbách kanalizací a čistíren odpadních vod je technickobezpečnostní riziko srovnatelné s dozorem na stavbě tzv. velké přehradu, nelze takový přístup navrhovatele považovat za racionální a odůvodnitelný. Pro úplnost Úřad uvádí, že navrhovatel nerozporuje samotný výsledek posouzení z hlediska nesprávného vyhodnocení kritérií (k tomu viz dále bod 104. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nebyl to pak ani navrhovatel, ani jiný dodavatel kdo by v této souvislosti požadoval od zadavatele vysvětlení této části zadávací dokumentace (srov. § 98 a násl. zákona), resp. by rozporoval její nejednoznačnost v námitkách (srov. § 242 odst. 4 zákona).
103. Navrhovatel se ve svém návrhu domnívá, že zadavatel se svým postupem dopustil porušení zásad zadávání veřejných zakázek uvedených v § 6 zákona. Úřad má za to, že zadavatel postupoval ke všem účastníkům zadávacího řízení totožně a na základě stejných podmínek. Úřad tedy neshledává, že by byly z jeho strany porušeny zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace. S dodržením zásady přiměřenosti se Úřad rámcově vypořádal již ve svém prvním rozhodnutí v tomto zadávacím řízení, kdy dovedl, že zadávací podmínky jsou stanoveny tak, že nezavádějí důvod na ně nahlížet jako na příliš přísně stanovené. V úvahu tedy již přichází pouze porušení zásady transparentnosti. Účelem této zásady je mimo jiné, aby na příslušnou veřejnou zakázku mohlo být, zejména z pohledu dodavatelů, nahlíženo jako na čitelnou a předvídatelnou a rovněž aby tato zakázka mohla podléhat efektivní veřejné

kontrole a správnímu přezkumu. Smyslem zásady transparentnosti je zabránění jakýmkoli formám svévolného jednání zadavatele. Z pohledu Úřadu v tomto konkrétním případě k porušení zásady transparentnosti nedošlo. Jak již bylo zmíněno výše, jednání zadavatele spočívající zejména v postupu komise, která si pro účely posuzování referencí stanovila kritéria obdobnosti, nelze hodnotit jako zcela nepředvídatelné, neboť veškerá použitá kritéria bylo možno při vynaložení dostatečné odbornosti vyvodit ze zadávací dokumentace, jak ostatně také učinil i soudní znalec. Ostatně i samotný fakt, že zadavatel tato kritéria neurčil svévolně a bez bližšího odůvodnění, ale využil pro jejich vymezení služeb nezávislého odborníka ve smyslu § 42 odst. 3 zákona, implikuje, že chtěl zadavatel tento krok učinit takovým způsobem, který by nedal účastníkům zadávacího řízení záminku domnívat se, že se jedná ze strany zadavatele o nějaký druh svévolného jednání. Jak vymezení kritérií, tak posuzování referencí dle těchto kritérií proběhlo na základě jednoznačného klíče, je zpětně přezkoumatelné, odůvodněné a nelze říci, že by proběhlo neprůhledně, překvapivě či svévolně. Výše uvedené podporuje i skutečnost, že referenční zakázky, které byly komisí uznány jako obdobné stavbě, na které má být vykonávána rekonstrukce, jsou typově zcela jasně odlišné od referenčních zakázek, které jako obdobné shledány nebyly.

104. Úřad zdůrazňuje, že navrhovatel se ve svém návrhu nevymezuje vůči výsledku posouzení nabídek zadavatelem, co do nesprávného vyhodnocení konkrétních kritérií. Navrhovatel neargumentuje tak, že jim uváděné stavby např. z hlediska funkce, technickobezpečnostních rizik splňují hledisko obdobnosti. Ostatně, navrhovatel nepochybně ani to, že daná kritéria jsou příliš konkrétní, a tedy ani dodavatel jako odborník takovou míru konkrétnosti nemohl předpokládat. Navrhovatel zpochybňuje pouze jejich explicitní nestanovení, k čemu se nicméně Úřad mimo jiné s odkazem na závěry vyplývající z judikatury již podrobně vyjádřil výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí.
105. Navrhovatel trvá na tom, že jím předložené významné služby splňují požadavky zadavatele na významné služby tak, jak byly uvedeny v zadávací dokumentaci. Vzhledem k tomu, že tento svůj názor zakládá navrhovatel na domněnce, že jediným požadavkem zadavatele je výše investičních prostředků vynaložených na referenční stavbu, přičemž takový výklad Úřad odmítá (viz bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je třeba tento názor navrhovatele vyhodnotit jako mylný. Ohledně splnění komisí posuzovaných kritérií obdobnosti však navrhovatel ve svém návrhu neuvádí žádnou konkrétní argumentaci, tedy nevyslovuje nesouhlas například s tím, že se jím předložené referenční zakázky (srov. bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí) charakterem či funkcí neshodují se stavbou, jejíž dozor je předmětem veřejné zakázky. Rovněž nerozporuje nesplnění ani dalších z vymezených kritérií obdobnosti. Jestliže tedy obecná kritéria vytvořena zadavatelem Úřad neshledává za nepřípustné rozšíření zadávacích podmínek a z argumentace navrhovatele nevyplývá žádná úvaha, proč by tato kritéria měla být z jeho strany splněna, tedy proč by navrhovatelem předložené stavby měly být např. z hlediska technickobezpečnostního rizika stavbami obdobného charakteru, nelze než dospět k závěru, že navrhovatelem předložené referenční zakázky nesplňují zadavatelem stanovený požadavek na technickou kvalifikaci.
106. Úřad uzavírá, že v posuzovaném případě stanovil zadavatel technické kvalifikační požadavky za účelem prokázání zkušeností dodavatelů s plněním předmětu veřejné zakázky vzhledem k její specifičnosti. Tato specifičnost spočívá mimo jiné ve zvýšených nárocích jak na kvalitu provedených prací, tak na úroveň a zevrubnost kontroly kvality těchto prací kvůli vyššímu

bezpečnostnímu riziku škod na majetku, případně i lidských životech v případě, že by tato kvalita nebyla dodržena. Jak Úřad podrobně dovodil, dodavatelé měli při přípravě nabídek k dispozici jednoznačnou projektovou dokumentaci, ze které vyplývá explicitní popis všech klíčových aspektů předmětné veřejné zakázky. Úřad má za to, že pomocná kritéria zvolená zadavatele nelze považovat za kritéria nečekaná, resp. kritéria rozšiřující požadavky v zadávací dokumentaci. Úřad v této souvislosti zdůrazňuje, že zadávací podmínky je nutné vykládat komplexně, tedy při zohlednění všech informací obsažených v zadávací dokumentaci. Nelze uvažovat v tom smyslu, že každý pojem v zadávací dokumentaci musí být explicitně definován až do konečných jednotek tak, aby byla zadávací dokumentace nenapadnutelná. S ohledem na komplexnost informací obsažených v zadávací dokumentaci má Úřad za to, že zadavatelem zvolená kritéria lze považovat za kritéria obecná, která mohli a měli dodavatelé pohybujiící se na relevantním trhu reflektovat.

107. Vyloučení účastníka ze zadávacího řízení je závažný krok, kterým se ukončuje účast dodavatele v zadávacím řízení, a ten již nemá možnost dosáhnout na plnění předmětu veřejné zakázky ani v situaci, kdy by ostatní dodavatelé odmítli se zadavatelem podepsat smlouvu či by odstoupili z jiného důvodu, nebo by jejich účast v řízení byla jinak ukončena. V souvislosti s tímto má zadavatel povinnost odeslat účastníkovi, který byl ze zadávacího řízení vyloučen, bezodkladně oznámení o vyloučení. Toto oznámení musí být odůvodněno natolik, aby bylo přezkoumatelné, na základě jakých skutečností a po uplatnění jakých úvah zadavatel dospěl k závěru o naplnění důvodu pro vyloučení účastníka. Odůvodnění oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení bylo předmětem jedné z námitek navrhovatele. Ten považuje zadavatelovo odůvodnění za strohé, nedostatečné a dle něj nenaplnující požadavky dle zákona, nazývá ho pouhou deklarací. Předmětem posouzení Úřadem byla tedy i úroveň, detailnost, srozumitelnost a přezkoumatelnost tohoto odůvodnění, přičemž Úřad dospěl k následujícímu závěru.
108. Zadavatel ve svém odůvodnění oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení předně uvádí, že referenční list na zakázku „Rozvody kanalizace a ČOV v obcích Hřebečnický, Krakov, Panoší Újezd, Slabce a Všetaty“, kterým účastník prokazuje splnění technické kvalifikace, a ani další zakázky z referenčních listů poskytnutých navrhovatelem nesplňují požadavek zadavatele na prokázání splnění technické kvalifikace, tj. že se nejedná o stavby obdobného charakteru jako stavba, na níž má být plněn předmět veřejné zakázky. V další části odůvodnění zadavatel popisuje, o jaké úvahy tento svůj závěr opírá. Jedná se zde především o vymezení kritérií obdobnosti, přičemž každé z kritérií je popsáno z hlediska jeho obsahu a také je zde uvedeno, jakým způsobem komise při posuzování dle jednotlivých kritérií postupovala, tedy čím konkrétně se zabývala u jednotlivých referencí za účelem stanovení jejich obdobnosti. Závěr tohoto posouzení je takový, že *„[K]omise provedla posouzení všech doložených referenčních staveb a konstatovala, že nesplňují žádné z kritérií a nejsou tedy stavbami obdobného charakteru.“* Tento závěr, ač se může zdát strohý, obsahuje jednoznačné sdělení navrhovatelů, že se komise zabývala všemi jeho předloženými referencemi, přičemž ani jedna z těchto nesplňuje žádné z kritérií obdobnosti, která byla popsána v předchozí části odůvodnění. Nelze tak říci, že by navrhovatel neměl být zřejmý a jasný závěr posouzení nabídek, či že by mohly být pochybnosti o tom, jakým způsobem a s jakým výsledkem toto posouzení proběhlo. Jinými slovy, navrhovatel se dostalo jednoznačné informace o tom, jak zadavatel dospěl k jeho vyloučení, jaká konkrétní kritéria považuje komise a následně zadavatel za zásadní a taktéž jednoznačné informace, že ani

jedna z jeho staveb žádné kritérium nesplňuje. Navrhovatel měl tedy dostatek informací pro to, aby se závěry zadavatele polemizoval jak v námitkách, tak v návrhu. Lze tedy konstatovat, že odůvodnění rozhodnutí o vyloučení splnilo z pohledu navrhovatele svůj účel. Úřad opětovně připomíná, že navrhovatel ani v námitkách, ani následně v návrhu před Úřadem neargumentuje tak, že např. bezpečnostní hledisko bylo na konkrétní stavbě splněno, ačkoliv z odůvodnění oznámení o vyloučení se mu dostalo jednoznačné informace, že u všech referenčních staveb zadavatel neshledal naplnění tohoto kritéria.

109. Úřad považuje za vhodné zdůraznit, že v daném případě nelze přehlížet jednoznačné skutkové okolnosti. Zadavatel požadoval prokázat zkušenosti s výkonem technického dozoru investora na stavbě obdobného charakteru ke stavbě tzv. velké přehrady. Z výčtu navrhovatelem předložených referenčních staveb (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je zřejmé, že navrhovatel pro účely prokázání této zkušenosti předkládá stavby kanalizací, čistíren odpadních vod nebo vodovodů. Vzhledem ke zřejmému rozdílu v charakteru navrhovatelem předložených referencí, který spočívá zejména v rozdílném účelu, v rozdílné funkci stavby a také v odlišných technickobezpečnostních požadavcích na její rekonstrukci, nemá Úřad důvod závěry zadavatele, že výkon dozoru na těchto stavbách nelze považovat za srovnatelný k výkonu dozoru na stavbě přehrady, jakkoli zpochybňovat.
110. Pro úplnost se Úřad vyjadřuje rovněž k navrhovatelem citovaným rozhodnutím Úřadu, kterými podporoval svá tvrzení. Prvním z těchto rozhodnutí je rozhodnutí ve věci ÚOHS-S674/2014/VZ-27766/2014/2014/533/HKu ze dne 29. 12. 2014, které dopadá na situaci, kdy se zadavatel při posouzení nabídek odchýlil od jednoznačného znění zadávací podmínky, týkající se způsobu provádění předmětu plnění veřejné zakázky, co se týče konkrétních poptávaných činností. Jak Úřad dovodil v daném rozhodnutí, podmínka, na základě které zadavatel vyloučil konkrétního dodavatele, neměla reálnou oporu v zadávací dokumentaci, a zadavatel se dopustil nepřiměřeného zpřísnění původně stanovených podmínek. V nyní posuzovaném případě ovšem nelze přisvědčit názoru, že by zadavatel použil výklad neodpovídající zadávacím podmínkám či tyto podmínky svým výkladem nepřiměřeně rozšířil (viz bod 93. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Obdobná je situace i u rozhodnutí č. j. ÚOHS/S0350/2015/VZ-22198/2015/523/LKa ze dne 10. 8. 2015, kdy zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil požadavky pro splnění technických kvalifikačních předpokladů, avšak kvalifikaci navrhovatele posoudil z hlediska splnění jiných než stanovených požadavků. V tomto případě nicméně došlo ze strany zadavatele ke zřejmému rozšíření vymezení kvalifikačních kritérií, neboť zadavatel při stanovování kritérií technické kvalifikace využil taxativní výčet stavebních činností, ohledně kterých požadoval předložit reference, přičemž tento výčet uvedl souslovím „*či vybudování nových akcí tohoto dopravního charakteru*“. Z takového vymezení poměrně jasně vyplývá, co zadavatel myslel stavbami „*tohoto dopravního charakteru*“. Při posuzování nabídek však zadavatel předmětné kritérium doplnil o požadavek, aby tyto stavby byly prováděny v hustě zastavěném území, čímž se dopustil neoprávněného rozšíření zadávacích podmínek, a tím i porušení zákona. Jak již bylo uvedeno výše, v nyní posuzovaném případě se při vymezení kritérií obdobnosti nejednalo o posouzení jiných technických kvalifikačních požadavků, než které vyplývají ze zadávací dokumentace. Konečně, ani rozhodnutí č. j. ÚOHS-S59/2011/VZ-7454/2011/530/SWa ze dne 16. 6. 2011 není dle Úřadu přílehlavé ve vztahu k nyní šetřenému případu. Úřad v odkazovaném případě dovodil, že zadavatel nevymezil konkrétní parametry referenční zakázky – tunelové myčky nádobí – formou přesné technologie mytí, provozní kapacity, šíře

dopravníkového pásu. Zadavatel přesto vyloučil dodavatele mimo jiné z důvodu, že v referenční zakázce uváděná technologie neodpovídá očekávání zadavatele. Úřad v daném případě uznal, že toto konkrétní specifikum nemohli dodavatele zvažující účast v zakázce na dodávku tunelové myčky předpokládat, a proto nelze tuto skutečnost přičítat k tíži dodavatelů. V nyní šetřeném případě nicméně zadavatel nepovažuje výkon technického dozoru investora na stavbě tzv. velké přehrady za obdobný k výkonu technického dozoru na stavbě kanalizace či čistírny odpadních vod, a to mimo jiné s ohledem na jiná technickobezpečnostní rizika či jinou funkci stavby, tedy aspekty, které dodavatelé pohybující se na relevantním trhu dle Úřadu měli zvažovat.

111. Lze tedy shrnout, že zadavatelem poskytnutá zadávací dokumentace byla stanovena dostatečně jasně a konkrétně. Samotné vymezení kritérií obdobnosti pak nelze považovat za rozšíření či změnu zadávacích podmínek, neboť tato kritéria byla odvozena pouze z textu zadávací dokumentace a z příslušných právních předpisů, přičemž za tímto účelem byl osloven nezávislý odborník. Lze tedy potvrdit, že při dostatečné odborné úrovni mohli dodavatelé očekávat, jak bude obdobnost jejich referencí posuzována. Samotné vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení pak není v rozporu se zákonem, a to ani s ohledem na text odůvodnění oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, který ač se svým rozsahem může zdát na první pohled strohý, poskytuje naprosto jasné a zřejmé sdělení.
112. S ohledem na uvedené skutečnosti a dílčí závěry Úřad neshledal, že by se zadavatel dopustil navrhovatelem namítaného porušení zákona, a proto rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad již výše došel k závěru, že nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona. Vzhledem k uvedenému Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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 má 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. Eva Kubišová
Místopředsedkyně

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