



UOHSX00B3WEA

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0031/2018/VZ-13725/2018/321/EDy

Brno 11. května 2018

V řízení o rozkladu ze dne 27. 2. 2018 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0492/2017/VZ-04238/2018/522/RCh ze dne 9. 2. 2018 vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Povodí Labe, státní podnik**, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatele (TDI)**“ zadávané 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,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0492/2017/VZ-04238/2018/522/RCh ze dne 9. 2. 2018

potvrzují

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 15. 12. 2017 návrh ve smyslu § 250 zákona (dále jen „**návrh**“) z téhož dne podaný navrhovatelem – 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 (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – Povodí Labe, státní podnik, IČO 70890005, se sídlem Víta Nejedlého 951, 500 03 Hradec Králové 3 (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část – výkon technického dozoru objednatel (TDI)“ zadávané ve zjednodušeném podlimitním řízení na základě výzvy k podání nabídek ze dne 17. 2. 2017 uveřejněné na profilu zadavatele dne 23. 2. 2017 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dle výzvy k podání nabídek je předmětem veřejné zakázky výkon občasného technického dozoru (TDI) objednatel na stavbě VD Labská, zvýšení retenční funkce rekonstrukcí spodních výpustí v obtokovém tunelu – stavební část, kdy „*[n]áplní činnosti technického dozoru objednatel je uplatňovat v rozsahu platných právních předpisů zájmy objednatel při kontrole realizace stavby se zadávací projektovou dokumentací, s platnými technickými normami ve výstavbě a s přijatými smluvními závazky.*“ Bližší specifikace předmětu veřejné zakázky je obsažena v příkazní smlouvě, jež je jednou z příloh výzvy k podání nabídek. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky je 2 800 000 Kč bez DPH.
3. Dle čl. 6 výzvy k podání nabídek jsou podkladem pro předmět plnění mj. také přílohy výzvy k podání nabídek dle čl. 18, zejm. projektová dokumentace pro provedení stavby (DPS); čístopis 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.

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 53 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

4. Dle výzvy k podání nabídek byly nabídky hodnoceny na základě jejich ekonomické výhodnosti. Zadavatel přitom stanovil dvě hodnotící kritéria, a to nabídkovou cenu bez DPH s váhou 80 % a „[p]očít 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 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.
5. Z „Protokolu o otevírání nabídek“ ze dne 14. 3. 2017 vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem čtyři nabídky.
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 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 níž se má vykonávat rekonstrukce na základě tohoto zadávacího řízení.

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 zadavatel vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona.
10. Dne 23. 11. 2017 podal navrhovatel námitky proti svému vyloučení. Zadavatel námitky rozhodnutím ze dne 5. 12. 2017 odmítl.
11. V podrobnostech k průběhu zadávacího řízení odkazují blíže na úvodní body odůvodnění napadeného rozhodnutí.
12. Navrhovatel následně podal dne 15. 12. 2017 k Úřadu návrh z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterým se u Úřadu domáhal zrušení rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všech následných úkonů zadavatele v zadávacím řízení a jeho následné dokončení zákonným způsobem.

II. Napadené rozhodnutí

13. Po přezkoumání podaného návrhu vydal Úřad dne 9. 2. 2018 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0492/2017/VZ-04238/2018/522/RCh ze dne 9. 2. 2018 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
14. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že součástí zadávací dokumentace byla i podrobná projektová dokumentace ke stavbě. Stavbu obdobného charakteru je proto třeba interpretovat v souvislosti s touto projektovou dokumentací. S ohledem na uvedené byla zadávací dokumentace 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. Při dostatečné odborné úrovni proto mohli dodavatelé dle Úřadu, očekávat, jak bude obdobnost jejich referencí posuzována. Samotné vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení tak Úřad neshledal rozporným se zákonem, a to ani s ohledem na text odůvodnění oznámení o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení, který ač se dle Úřadu může zdát svým rozsahem na první pohled strohý, poskytuje naprosto jasné a zřejmé sdělení. S ohledem na uvedené Úřad napadeným rozhodnutím návrh zamítl.
15. Napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 13. 2. 2018.

III. Námitky rozkladu

16. Uvedené rozhodnutí napadl navrhovatel rozkladem ze dne 27. 2. 2018, který byl Úřadu doručen téhož dne. K podání rozkladu tak došlo v zákonem stanovené lhůtě.
17. Dle navrhovatele je napadené rozhodnutí nezákonné. Navrhovatel je přesvědčen, že došlo k nepřipustnému rozšíření či změně zadávacích podmínek. Hodnotící komise totiž dle navrhovatele vůbec neposuzovala, zda nabídka navrhovatele splňuje zadávací podmínky, jak byly stanoveny v zadávací dokumentaci, ale pouze to, zda splnila určitá dodatečně

stanovená kritéria dle znaleckého posudku. S odkazem na rozhodnutí Úřadu ze dne 29. 12. 2014, č. j. ÚOHS-S674/2014/VZ-27766/2014/533/HKu, a ze dne 10. 8. 2015, č. j. ÚOHS-S0350/2015/VZ-22198/2015/523/LKa, navrhovatel zdůrazňuje, že zadavatel je však povinen přihlížet k tomu, zda uchazeč splnil požadavky zadavatele tak, jak je zadavatel zachytil v zadávacích podmínkách a nikoli tak, jak si je následně sám vykládá. Vzhledem k uvedenému nemohlo být dle navrhovatele zadavatelem konstatováno, že nabídka navrhovatele nesplňuje zadávací podmínky. Na podporu své argumentace navrhovatel odkazuje ještě na rozhodnutí Úřadu ze dne 16. 6. 2011, č. j. ÚOHS-S59/2011/VZ-7454/2011/530/SWa, kde byla řešena otázka jednoznačnosti pojmu „obdobná zařízení“. Navrhovatel k tomu dále dodává, že pouhý implicitní odkaz na projektovou dokumentaci nesplňuje požadavky na jednoznačné a transparentní vymezení minimální úrovně kvalifikace.

18. Dle navrhovatele Úřad posuzoval to, zda bylo možné při zohlednění předpokládané odbornosti dodavatelů dovést kritéria ze zadávací dokumentace, čímž nesprávně vyšel z předpokladu, že zadavatel smí přenášet odpovědnost za úplnost a správnost dokumentace na dodavatele.
19. Dle navrhovatele termín „stavba obdobného charakteru“ není nikde definován a zadavatel v zadávací dokumentaci neuvedl jiný konkrétní požadavek na referenční zakázky než je výše investičních nákladů stavby. Dle navrhovatele si přitom ani sám zadavatel není výkladem pojmu požadavku jistý, což demonstruje na jeho vyjádření v prvním rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení a jeho postoj na základě vydaného znaleckého posudku.
20. Zadavatel nesouhlasí s odkazem Úřadu na závěry z jeho rozhodnutí o jiném úkonu zadavatele v tomto zadávacím řízení, a to rozhodnutí ze dne 25. 9. 2017, č. j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-27878/2017/522/RCh, které dle něj stojí na stejně chybných závěrech, kde však, jakožto účastník, jehož návrhu bylo vyhověno, nebyl oprávněn podat rozklad, proto současně s podáním rozkladu podal i podnět na zahájení přezkumného řízení ve věci citovaného rozhodnutí Úřadu.
21. Navrhovatel je dále přesvědčen, že oznámení zadavatele o vyloučení navrhovatele rovněž nemohlo obstát z důvodu absence odůvodnění. Dodává, že v oznámení o vyloučení se měl zadavatel vypořádat i s tím, že stavby kanalizací, vodovodů a čistíren odpadních vod mohou být značně technicky i organizačně náročné. S žádnými konkrétními parametry referenčních zakázek se však zadavatel v odůvodnění oznámení o vyloučení nevypořádal.

Závěr rozkladu

22. Navrhovatel navrhuje předsedovi Úřadu napadené rozhodnutí zrušit a zrušit následně rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení a všechny na to navazující úkony. Tedy zřejmě navrhovatelem myšleno zrušit napadené rozhodnutí a vrátit věc Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele

23. K rozkladu se vyjádřil zadavatel podáním ze dne 5. 3. 2018, které bylo Úřadu doručeno téhož dne. Zadavatel nesouhlasí s argumentací navrhovatele. Napadené rozhodnutí považuje

za správné a zákonné. Je přesvědčen o zákonnosti svého postupu. Připomíná, že pokud nebyl navrhovatel požadavek obdobnosti jasný, mohl učinit dotaz v průběhu lhůty pro podání nabídky. Zadavatel dále dodává, že Úřad se již v předchozím řízení v rámci posouzení zadavatelova postupu, kde rozhodl o zrušení rozhodnutí zadavatele o zrušení zadávacího řízení, otázkou transparentnosti zadávací dokumentace zabýval, přičemž v rámci odůvodnění rozhodnutí uvedl, že zadávací dokumentace je jednoznačná a zadavatel je povinen provést posouzení obdobnosti referenčních staveb a řádně své závěry odůvodnit, třeba i s využitím konzultace znalce.

24. Odůvodnění oznámení o vyloučení ze zadávacího řízení považuje zadavatel za zcela dostačující, kde v odůvodnění popsal jednak rysy obdobnosti se stavbou přehrady a konstatoval, že ani jedna z referenčních staveb tyto rysy nesplňuje.
25. S ohledem na uvedené navrhuje napadené rozhodnutí potvrdit a podaný rozklad zamítnout.

IV. Řízení o rozkladu

26. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí dle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s ustanovením § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

27. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle ustanovení § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, jsem podle ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
28. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se zcela ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

29. Námitky navrhovatele směřují do nesprávného posouzení postupu zadavatele, jímž došlo k vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na základě nesplnění kritéria „stavby obdobného charakteru“ u referenčních staveb. Úřad v daném případě neshledal, že by při interpretaci pojmu „stavba obdobného charakteru“ v rámci posouzení kvalifikace dodavatele došlo ze strany zadavatele k nepřípustnému rozšíření zadávacích podmínek ani k jejich změně, což odůvodnil tím, že je třeba na zadávací dokumentaci pohlížet jako na jeden funkční celek a zadávací podmínky vykládat ve vzájemných souvislostech. Součástí zadávací dokumentace byla i podrobná projektová dokumentace ke stavbě. Požadavek na „stavbu obdobného charakteru“ je proto dle Úřadu třeba interpretovat v souvislosti s touto projektovou dokumentací.

30. Dle § 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 zákaz diskriminace.
31. Dle § 28 odst. 1 písm. a) zákona jsou zadávacími podmínkami veškeré podmínky stanovené zadavatelem, týkající se průběhu zadávacího řízení, účasti v zadávacím řízení, pravidel pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek, pravidel pro hodnocení nabídek, stejně jako další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, které jsou uvedeny v § 104 zákona.
32. Dle § 28 odst. 1 písm. b) zákona je zadávací dokumentací soubor veškerých písemných dokumentů obsahujících zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení včetně formulářů podle §212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k zákonu. Součástí zadávací dokumentace je tedy i projektová dokumentace stavby, jak správně uvedl Úřad v napadeném rozhodnutí.
33. V rámci zadávacích podmínek je zadavatel povinen popsat podmínky účasti v zadávacím řízení včetně podmínek kvalifikace a technických podmínek, jejichž hlavním účelem je vymezení požadavků zadavatele na předmět veřejné zakázky. Zadavatel je přitom povinen vymezit podmínky účasti v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, jak vyplývá z § 36 odst. 3 zákona, tedy přesně a s potřebnou určitostí (srov. k tomu PODEŠVA, Vilém, SOMMER, Lukáš, VOTRUBEC, Jiří a kol., *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář.*, 2016, Praha: Wolters Kluwer ČR, s. 91). Současně podle uvedeného ustanovení zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, jak správně upozornil i navrhovatel v podaném rozkladu.
34. Z uvedeného tedy vyplývá, jak konstatoval i Krajský soud v Brně v rozsudku ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 3/2009-43, ještě ve vztahu k předchozí právní úpravě zadávání veřejných zakázek, že *„zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka. K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222, dostupný na www.nssoud.cz. Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZVZ. Tato zásada spolu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou stejného zacházení se všemi dodavateli musí být zadavatelem dodržována v rámci celého zadávacího řízení. Úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla. Pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavatelské požadavky na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Je třeba zdůraznit, že je to zadavatel, kdo zadávací dokumentaci vyhotovuje, případně nechává vyhotovovat, a kdo také za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá (§ 44 odst. 1*

ZVZ). Právě uvedené se týká celé zadávací dokumentace, tedy i té její části, kde jsou uvedeny požadavky zadavatele na splnění kvalifikačních předpokladů.

35. V citovaném rozsudku se Krajský soud v Brně mimo jiné dále zabýval interpretací pojmu „obdobný charakter a rozsah“, jenž zadavatel uvedl jako součást požadavku v rámci technických kvalifikačních předpokladů. Soud přitom dospěl k následujícímu závěru: *„Jistě by bylo vhodnější, pokud by zadavatel „významnou dodávku“ konkretizoval blíže (např. uvedením přesného objemu dodávaných výrobků), nicméně pokud tak neučinil, neznamená to, že by splnění tohoto kvalifikačního předpokladu nemohlo být posuzováno. Při hodnocení splnění tohoto požadavku je třeba vycházet ze zásad obecné logiky, jakož i z běžného významu předmětného slovního spojení, a na základě toho pojem „obdobný rozsah a charakter, jako je daná veřejná zakázka“ vyhodnotit a jeho splnění posoudit. Přitom je třeba vyjít z nepochybného úmyslu zadavatele, který požadoval doložit, že dodavatelé dokáží předmětnou zakázku splnit tím, že již zakázky obdobného rozsahu a charakteru realizovali. Zakázkou obdobného rozsahu a charakteru je pak podle názoru zdejšího soudu třeba rozumět takovou zakázku, která nemusí být s předmětnou veřejnou zakázkou totožná, nicméně se jí musí značně blížit (a to jak předmětem plnění, tak jeho rozsahem) a nesmí se od ní v podstatných okolnostech odlišovat. Podle názoru soudu byl tedy daný požadavek ve vztahu k charakteru a předmětu právě posuzované veřejné zakázky stanoven dostatečně určitě a bylo pak na zadavateli, aby tento pojem řádně a transparentně na předložené nabídce aplikoval.“* Závěry z rozsudku se sice vztahují k aplikaci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, v rozhodném znění (dále jen „ZVZ“), jak bylo předestřeno výše, avšak jsou obecně přijímané i ve vztahu k postupu zadavatele dle zákona.
36. Z uvedeného vyplývá, že ani slovní spojení „stavba obdobného charakteru“ použité zadavatelem v posuzovaném zadávacím řízení nelze označit za *a priori* nejasné a neurčité, jak se mylně domnívá navrhovatel. Naopak obecné pojmy užívané v zadávací dokumentaci je nutné vykládat v souvislosti s dalšími požadavky zadavatele a ve vztahu k zadávané zakázce. Tyto závěry vyplývají i z rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 4. 2017, č. j. 29 Af 29/2015-304, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu ze dne 13. 9. 2017, č. j. 6 As 185/2017-31, z něhož vyšel Úřad v napadeném rozhodnutí. Pokud pak navrhovatel brojí proti použití závěrů z tohoto rozsudku, pak je třeba uvést, že se nejedná o to, zda je pojem „stavba obdobného charakteru“ definována v tom či kterém právním předpisu, ale zda lze dospět (slovy uvedeného rozsudku Nejvyššího správního soudu citujícího závěry rozsudku krajského soudu) *„pouhým selským rozumem, jímž zajisté každý rozumný uchazeč o veřejnou zakázku oplývá“* co v zadávací dokumentaci „stavbou obdobného charakteru“ zadavatel mínil.
37. S ohledem na uvedené proto Úřad správně přistoupil k posouzení výkladu pojmu „stavba obdobného charakteru“ jež byl součástí požadavku stanoveného mj. v rámci technického kvalifikačního předpokladu, v kontextu informací obsažených v zadávací dokumentaci.
38. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že 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. Součástí zadávací dokumentace přitom 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 nejen slovně popsána ale i graficky znázorněna.

Pokud jde o samotnou stavbu VD Labská, bylo v projektové dokumentaci shrnuto, že se jedná o stavbu vybudovanou v letech 1910 až 1916. Jde o tížnou zděnou obloukovou přehradní hráz, podle svého významu a rozsahu škod a ohrožení území pod přehradou zařazenou 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 (srov. k tomu čl. B. 1 souhrnné technické zprávy obsažené v zadávací dokumentaci). Dle čl. B. 2.1 souhrnné technické zprávy projektové dokumentace „[ú]čelem stavby je zvýšení retenční funkce nádrže a tím i zvýšení protipovodňové ochrany území pod VD.“ Pod čl. B. 2.6 písm. a) souhrnné technické zprávy projektové dokumentace je dále uvedeno stavební řešení, a to: „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.“ V čl. B. 2.6 písm. b) souhrnné technické zprávy projektové dokumentace je uvedeno, že provádění prací se předpokládá při stálé hladině vody v nádrži na kótě maximální hladiny zásobního prostoru nádrže 684,62 m n. m. a že se neuvažuje s celkovým vypuštěním nádrže během stavby.

39. Pokud tedy zadavatel pod bodem 10.1 výzvy k podání nabídky, mimo jiné požadoval 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 letech,*“ pak je zřejmé, že požadoval prokázání zkušeností s výkonem technického dozoru na stavbě obdobného charakteru ke shora uvedené stavbě, tj. velké přehradě.
40. I přesto, že zadavatel v zadávací dokumentaci užil obecného slovního spojení stavba obdobného charakteru, je z dokumentace zřejmé, co stavbou obdobného charakteru mínil. Dodavatelům tedy muselo být již ze samotného znění zadávací dokumentace zřejmé, co je myšleno „stavbou obdobného charakteru“, zejm. právě vzhledem k podrobnému rozpracování přiložené projektové dokumentace.
41. Navrhovatel přitom jako referenční zakázky předložil technický dozor na výstavbě kanalizací, čistíren odpadních vod či vodovodů.
42. To, že zadavatel následně posuzoval tyto stavby na základě pro stavbu typických znaků, tedy zejm. s ohledem na charakter a funkce stavby, technické řešení a bezpečnostní rizika se stavbou spojená, nemůže být pro kvalifikované dodavatele nikterak překvapující. I když by bylo vhodnější zakomponovat tyto znaky jako konkrétní kritéria do zadávací dokumentace, aby měli navrhovatelé najisto postaveno, co vše bude zadavatel u staveb obdobného charakteru posuzovat, nelze v přezkoumávané věci dospět k závěru, že by se jednalo

o dodatečně stanovené požadavky zadavatele, které nebyly součástí zadávací dokumentace, neboť z požadavku „stavby obdobného charakteru“ vyplývá, že obdobná stavba bude muset splňovat typické znaky stavby, a to stavby, která byla důkladně v zadávací dokumentaci popsána.

43. Ač je třeba souhlasit s navrhovatelem, že v případě nekonkrétnosti mají být zadávací podmínky vykládány co nejdříve a tedy obdobnost brána z různých úhlů pohledu, pak je třeba dodat, že nemohou být vykládány bezmezně. Není možné odhlížet ani od smyslu požadavku na referenční zakázky. Jak totiž vyplývá z § 79 odst. 1 zákona, účelem technické kvalifikace je ověření personálních a technických kapacit dodavatele nebo ověření odborných schopností a zkušeností, jsou-li nezbytné k předmětu plnění veřejné zakázky v dostatečné kvalitě. Smyslem tedy je, aby předmětem hodnocení byly pouze nabídky těch dodavatelů, u nichž jsou v maximální možné míře vyloučeny pochybnosti o tom, že budou reálně schopni řádně, tedy v požadované kvalitě a včas, dodat předmět plnění veřejné zakázky. Uvedené vyplývá i z judikatury, srov. např. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, č. j. 62 Ca 15/2009-71: *„Má-li soud vyjít ze samotného účelu stanovení technických kvalifikačních předpokladů, pak ten směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Tím je minimalizováno zadavatelovo riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění, jež je veřejnou zakázkou. Zadavatelem uplatněné požadavky na splnění technických kvalifikačních požadavků tedy mají zajistit, aby se o přidělení veřejné zakázky účinně ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou ve skutečnosti schopni po stránce technické a materiální tuto zakázku v případě jejich úspěchu v zadávacím řízení po přidělení veřejné zakázky též plnit.“*
44. V daném případě nejen, že je zřejmé, co je stavbou obdobného charakteru, ale navíc navrhovatel předložil referenční zakázky zjevně nevyhovující požadavku obdobnosti.
45. Proto, pokud zadavatel v oznámení o vyloučení podrobně rozvedl jednotlivé znaky stavby obdobného charakteru, pak se nejedná o dodatečně stanovená kritéria, ale o důvody, na základě kterých dospěl k závěru, že navrhovatelem předložené referenční zakázky se netýkají staveb obdobného charakteru. Z oznámení je tedy patrné, čím se zadavatel při posouzení zabýval a co posuzoval.
46. Zadavatel tak postupoval v souladu se zákonem, pokud navrhovatele vyloučil z účasti v zadávacím řízení pro nesplnění podmínek zadávacího řízení, i s tímto závěrem Úřadu se s ohledem na výše uvedené ztotožňují.
47. To, že si zadavatel pro posouzení nabídek nechal nad rámec zpracovat znalecký posudek, ještě neznamena, že by zadavatel dodatečně stanovoval podmínky pro posouzení nabídek, neboť znalcem definovaná „kritéria obdobnosti“ mají oporu v zadávací dokumentaci, nejsou překvapivá, znalec v nich pouze popisuje stěžejní atributy předmětu plnění veřejné zakázky na podkladě zadávací dokumentace, které by, vzhledem k podrobnému rozpracování projektové dokumentace, jež byla součástí zadávací dokumentace, měly být známy každému potenciálnímu dodavateli, vzhledem k jeho odbornosti. Optikou rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 25. 4. 2017, č. j. 29 Af 29/2015-304, je i neodborníkovi na stavební činnost zřejmé, že reference předložené navrhovatelem neodpovídají činností na „stavbě obdobného charakteru“. Z projektové dokumentace totiž vyplývá, že technický dozor má být

prováděn na specifické stavbě vykazující značná bezpečnostní rizika, práce mají probíhat za nesnížené vodní hladiny, tedy i pod vodou, stavba musí odolávat vysokému vodnímu tlaku apod. Ač není možné navrhovateli upírat, že i stavby vodovodů, kanalizací či čističek odpadních vod mohou být značně organizačně a technicky náročné, je zřejmé, že se jedná již od prvního pohledu o stavby odlišné, co do účelu, funkce, technického řešení a bezpečnostních rizik. Jinými slovy řečeno nejedná o stavby vodních děl přehradního typu velkého rozsahu. Znaleckého posudku tedy nebylo třeba, neboť zadavatel si mohl naplnění kritéria posoudit i sám, sám mohl definovat podmínky pro posouzení obdობности, pokud tyto vycházejí ze zadávací dokumentace a žádným způsobem ji nerozšiřují.

48. S ohledem na shora uvedené mám za to, že napadené rozhodnutí nikterak nevybočuje z rozhodovací praxe Úřadu a judikатурních závěrů, když zadavatel neposuzoval ničeho nad rámec stanoveného v zadávací dokumentaci. Napadené rozhodnutí tedy nejde ani proti závěrům uvedeným v navrhovatelem citovaných rozhodnutích.
49. Pokud jde o návrh na přezkum rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 9. 2017, č.j. ÚOHS-S0307/2017/VZ-27878/2017/522/RCh, pak na tomto místě pouze uvádím, že návrhem jsem se již zabýval. Po provedeném předběžném posouzení věci jsem však nedospěl k závěru, že lze mít důvodně za to, že uvedené rozhodnutí Úřadu bylo vydáno v rozporu s právními předpisy. Účastníci řízení pak byli o závěrech podrobněji informováni prostřednictvím sdělení ze dne 3. 4. 2018, č. j. ÚOHS-07105/2018/323/PMo.
50. Další námitka navrhovatele směřovala do nepřezkoumatelnosti oznámení zadavatele o vyloučení navrhovatele, když navrhovatel nově namítl, že se zadavatel měl v odůvodnění oznámení o vyloučení vypořádat i s aspektem technické náročnosti navrhovatelem předložených referenčních staveb, které mohou být technicky i organizačně náročné a nést nemalá rizika. Předně je třeba uvést, že navrhovatel se ve svém návrhu nevymezoval vůči výsledku posouzení, co do nesprávného vyhodnocení konkrétních kritérií obdობности, tj. neargumentoval tak že jím předložené referenční zakázky splňují charakter technickobezpečnostního rizika. Navrhovatel tuto argumentaci neuplatnil ani jako součást svých námitek ze dne 23. 11. 2017 proti oznámení o vyloučení ze dne 9. 11. 2017. Jedná se navíc o skutečnost, kterou navrhovatel mohl tvrdit již vůči zadavateli. Jak vyplývá z § 251 odst. 4 zákona, řízení před Úřadem je ovládáno zásadou koncentrace řízení. Obsahové a formální náležitosti návrhu tedy nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění vad návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem. Pokud by navrhovatel přesto dodatečně svůj návrh měnil či doplňoval, Úřad k takovým podáním nepřihlédne. Obecně se proto na tomto místě vyjadřuji z pohledu zákonnosti k nepřezkoumatelnosti oznámení o vyloučení navrhovatele. Z oznámení o vyloučení je zřejmé, že zadavatel zkoumal, zda navrhovatelem předložené referenční stavby mají obdobné znaky, jako rekonstrukce spodních výpustí VD Labská. Nehodnotil a ani nebyl povinen hodnotit technickou náročnost a složitost referenčních zakázek, ale naplnění znaků „stavby obdobného charakteru“. Ač by odůvodnění oznámení o vyloučení slušelo podrobnějšího vypořádání, je z něj seznatelné, o jaké úvahy zadavatel opírá své rozhodnutí. Uvedl, na jakých rysech posuzoval naplnění prvku „obdობности“, i to že uvedené prvky referenční zakázky navrhovatele nesplňují. Ztotožňuji se proto i se závěrem Úřadu uvedeným v odůvodnění napadeného rozhodnutí o jednoznačnosti a přezkoumatelnosti zadavatelova oznámení o vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení.

51. Ve smyslu § 89 odst. 2 správního řádu jsem přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, který vydání napadeného rozhodnutí předcházel, když napadené rozhodnutí jsem shledal zákonným a věcně správným. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci tak, aby mohl posoudit, zda byly splněny podmínky pro uložení nápravného opatření ve smyslu § 118 odst. 1 zákona. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že byly splněny podmínky pro uložení nápravného opatření, přičemž zjištěný skutkový stav přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.
52. Shrnuji tedy, že závěry Úřadu, obsažené v napadeném rozhodnutí, jsou opřeny o právní normy a judikaturu, jsou dostatečně odůvodněny a jsou vnitřně logicky uspořádané. Úřad proto rozhodl správně a v souladu se zákonem, když rozhodl tak, jak je výše uvedeno.

VI. Závěr

53. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.
54. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

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