



UOHSX00CUQDD

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0163/2019/VZ-32867/2019/323/MBr

Brno: 28. listopadu 2019

V řízení o rozkladu ze dne 17. 9. 2019 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném navrhovatelem –

- **Gardenline, s. r. o.**, IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 17. 9. 2019 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, IČO 48191892, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0190/2019/VZ-24269/2019/521/RŠu ze dne 2. 9. 2019, vydanému ve správním řízení zahájeném na návrh ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Povodí Moravy, s.p.**, IČO 70890013, se sídlem Dřevařská 932/11, 602 00 Brno – Veveří, učiněných při zadávání veřejné zakázky „Bečva, km 44,135 – 45,855 – revitalizace toku Skalička; Bečva, km 4,480 – 44,135 – revitalizace toku Černotín“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 2. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 11. 2. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-004757, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 3. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 11. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 029-064033, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 13. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 051-116664, jehož dalším účastníkem je vybraný dodavatel – společníci společnosti „Bečva, Skalička – Černotín“
- **OHL ŽS, a. s.**, IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno – Veveří,
- **EUROVIA CS, a. s.**, IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, 110 00 Praha 1 – Nové Město, ve správním řízení zastoupena na základě „Smlouvy o společnosti“ ze dne 7. 3. 2019

obchodní společností OHL ŽS, a. s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno – Veveří,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0190/2019/VZ-24269/2019/521/RŠu ze dne 2. 9. 2019

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Povodí Moravy, s.p., IČO 70890013, se sídlem Dřevařská 932/11, 602 00 Brno – Veveří, (dále jen „**zadavatel**“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ dne 6. 2. 2019 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky „Bečva, km 44,135 – 45,855 – revitalizace toku Skalička; Bečva, km 42,480 – 44,135 – revitalizace toku Černotín“, přičemž toto oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 11. 2. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-004757, ve znění opravy uveřejněné dne 11. 3. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 11. 2. 2019 pod ev. č. 2019/S 029-064033, ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 13. 3. 2019 pod ev. č. 2019/S 051-116664 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil v bodě 2.1 „Předmět veřejné zakázky“ zadávací dokumentace ze dne 31. 1. 2019 (dále jen „**zadávací dokumentace**“), kde uvedl, že: „*Předmětem plnění veřejné zakázky je kompletní obstarání všech dodávek služeb a prací souvisejících s předmětem zakázky ,Bečva, km 44,135 – 45,855 – revitalizace toku, Skalička; Bečva, km 42,480 – 44,135 – revitalizace toku, Černotín' spočívající zejména v revitalizaci a podpoře samovolné renaturace vodního toku a nivy, obnově ekostabilizačních funkcí vodních a na vodu vázaných ekosystémů.*“
3. V bodě 2.5 „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 361 724 741,50 Kč bez DPH.

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

4. Z Protokolu o otevírání nabídek ze dne 20. 3. 2019 je patrné, že zadavatel obdržel celkem čtyři nabídky. Zadavatel vyhodnotil nabídku Sdružení „Bečva, Skalička – Černotín“, jež tvoří obchodní společnost OHL ŽS, a. s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno - Veveří, a obchodní společnost EUROVIA CS, a. s., IČO 45274924, se sídlem Národní 138/10, 110 00 Praha 1 - Nové Město, ve správním řízení zastoupena na základě „Smlouvy o společnosti“ ze dne 7. 3. 2019 obchodní společností OHL ŽS, a. s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno - Veveří, (dále jen „**vybraný dodavatel**“) jako nejvýhodnější. Dne 1. 4. 2019 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele (dále jen „**rozhodnutí o výběru dodavatele**“), přičemž téhož dne zadavatel odeslal prostřednictvím elektronického nástroje všem dodavatelům, kteří podali nabídky, oznámení o výběru dodavatele z téhož dne (dále jen „**oznámení o výběru dodavatele**“).
5. Dne 12. 4. 2019 zadavatel obdržel námitky navrhovatele – společnosti Gardenline, s. r. o., IČO 27263827, se sídlem Šeříková 405/13, 412 01 Litoměřice, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 17. 9. 2019 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, IČO 48191892, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha 9, (dále jen „**navrhovatel**“).
6. Zadavatel rozhodnutím ze dne 29. 4. 2019 (odeslaným prostřednictvím elektronického nástroje téhož dne navrhovateli) námitky navrhovatele odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 7. 5. 2019 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**návrh**“) u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“).
8. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0190/2019/VZ.
9. Z návrhu navrhovatele vyplývá, že brojí proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele a proti rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel v návrhu poukazuje na netransparentní a nesprávný postup zadavatele při vyřizování námitek. Zadavatel se dle navrhovatele s podanými námitkami nevypořádal řádně či vůbec, neboť v rozhodnutí o námitkách nevypořádal argumentaci navrhovatele ve všech jejích ohledech, a nepředložil tak navrhovateli přezkoumatelné odůvodnění.
10. Navrhovatel zastává názor, že zadavatel v rozporu se zákonem nevyloučil nabídku vybraného dodavatele ze zadávacího řízení, která obsahovala plnění, které by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí.² Dle názoru navrhovatele měl být vybraný dodavatel vyloučen ve smyslu § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 5 písm. a) zákona.
11. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0190/2019/VZ-18177/2019/521/RŠu ze dne 28. 6. 2019 nařídil ve věci předběžné opatření spočívající v uložení zákazu zadavateli uzavřít smlouvu

² Předpisem je v daném případě zákon č. 334/1992 Sb., o ochraně zemědělského půdního fondu, ve znění pozdějších předpisů, zejména se jedná o § 3 a § 8 – § 10 (dále jen „**ZoZPF**“).

na předmětnou veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení vedeného před Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0190/2019/VZ (dále jen „**předběžné opatření**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

12. Dne 2. 9. 2019 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0190/2019/VZ-24269/2019/521/RŠu (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
13. Jediným výrokem napadeného rozhodnutí Úřad konstatoval, že se návrh navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
14. K namítané nezákonnosti nabídky vybraného dodavatele Úřad uvedl, že nabídka vybraného dodavatele nebyla v důsledku odkupu přebytečné „ornice“ v rozporu s předpisy práva na ochranu životního prostředí (dále jen „**PŽP**“). Úřad v rámci provedeného šetření zjistil, že vzhledem k tomu, že z projektové dokumentace nevyplývalo, že by se odkup přebytečné „ornice“ vztahoval na pozemky pod ochranou zemědělského půdního fondu, nebyl tento odkup přebytečné „ornice“ v rozporu se ZoZPF, resp. s předpisy PŽP. Úřad tedy dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval při výběru dodavatele v rozporu se zákonem, když vybraného dodavatele nevyločil ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost ve smyslu § 48 odst. 5 písm. a) zákona v návaznosti na § 48 odst. 8 zákona.
15. Dále Úřad uvedl, že z oznámení o výběru dodavatele vyplývá, že posuzovaná nabídková cena (po odečtení ceny odkupu vytěženého materiálu ve výši 19 400 Kč) vybraného dodavatele dosahovala výše 317 975 233,22 Kč. Nabídka navrhovatele se umístila jako druhá v pořadí s nabídkovou cenou ve výši 337 854 827 Kč, tedy o 19 879 593,78 Kč více, než činila nabídková cena vybraného dodavatele. Mezi první a druhou posuzovanou nabídkovou cenou je tak markantní rozdíl, že navrhovatelem namítaná finanční výhoda z důvodu ocenění přebytečné „ornice“ ve výši 3 000 Kč je ve vztahu k celkovému pořadí nabídek zcela marginální.
16. K namítané nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách Úřad uvedl, že zadavatel předložil navrhovateli argumentační rámec, kterým jasně a srozumitelně reagoval na tvrzené námitky, když uvedl přepokládaný rozsah celkového objemu skrývek vč. způsobu s jejich nakládáním, ze kterého vyplynul objem vytěženého materiálu („ornice“), u kterého se předpokládá uložení na skládky, příp. odprodej dodavatelům, přičemž rovněž poukázal, že pro veškerou dotčenou zemědělskou půdu byl vydán souhlas k odnětím půdy ze zemědělského půdního fondu (dále jen „**ZPF**“) a současně akcentoval povinnost nakládat s veškerým vytěženým materiálem v souladu s obecně závaznými právními předpisy. K množství odkupu půdy Úřad uvedl, že žádný z dodavatelů v nabídce nenabídl odkup většího množství půdy, než zadavatel předpokládal.
17. Úřad dále uvedl, že zadavatel založil odůvodnění rozhodnutí o námitkách na takové míře obecnosti, jež odpovídala navrhovatelem vzneseným námitkám. Po zadavateli nelze požadovat, aby odůvodnil rozhodnutí o námitkách ve výrazně větší míře podrobností, než v jaké jsou uvedeny argumenty navrhovatele, či aby domýšlel, jakým směrem se měla argumentace navrhovatele ubírat, když navrhovatel své námitky ve větší míře konkretizoval až v podaném návrhu. Úřad tedy neshledal argumentaci předloženou v rozhodnutí

o námitkách jako nedostatečnou či nesrozumitelnou. Zadavatel se dle názoru Úřadu vyjádřil adekvátně ke všem namítaným skutečnostem.

III. Námitky rozkladu

18. Dne 17. 9. 2019 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 2. 9. 2019. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě. Navrhovatel rozklad doplnil dne 21. 10. 2019.
19. Navrhovatel své rozkladové námitky směřuje do dvou hlavních oblastí, které se týkají otázky naplnění zákonných podmínek vyloučení ze zadávacího řízení a přezkumu rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel považuje napadené rozhodnutí za nesprávné a nezákonné, a proto jej v celém rozsahu napadá rozkladem.
20. Navrhovatel úvodem svých rozkladových námitek sděluje, že nesouhlasí se závěry Úřadu, týkající se pojmu „ornice“, a to i ve vztahu k zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Napadené rozhodnutí je dle navrhovatele nepřezkoumatelné, neboť není zřejmé, proč se Úřad přiklonil k vymezení pojmu „ornice“ odtržené od ZoZPF. Úřad dle navrhovatele nevzal v potaz, že ministerstvo životního prostředí předložilo „autentický“ výklad práva, tedy interpretační pravidla zažitá a aprobovaná ustálenou praxí správních orgánů. Úřad rovněž zcela rezignoval na vymezení pojmu „lesní hrabanka“ a jeho konfrontaci s vymezením pojmu „ornice“. Úřad měl dle navrhovatele pojem „ornice“ vyložit ve smyslu výkladových pravidel ve významu obvyklém a běžném.
21. Dle názoru navrhovatele zadavatel a vybraný dodavatel předkládají účelovou a zavádějící argumentaci tím, že ve svých stanoviscích zaměňují pojmy „ornice“, „zemina“, „hrabanka“ a „skrývka ornice“, čímž se snaží napravit pochybení vybraného dodavatele spojené s porušením právních předpisů na úseku životního prostředí. K přípustnosti prodeje „ornice“ navrhovatel uvádí, že tato neplyne ze zadávací dokumentace. Zadávací dokumentace dle navrhovatele výslovně zakazuje prodej odpadů a i přesto Úřad přehlíží skutečnost, že vybraný dodavatel realizuje odkup vytěženého materiálu, který je odpadem.
22. Dále navrhovatel uvádí, že Úřad v napadeném rozhodnutí zcela bagatelizuje otázku ovlivnění nabídkové ceny ve vztahu k odkupované „ornici“. Namítáno však bylo nedodržování povinností vyplývajících z předpisů PŽP, tedy důvody vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. a) zákona, kdy finanční dopady nejsou dle názoru navrhovatele zásadní.
23. K přezkoumání rozhodnutí o námitkách navrhovatel uvádí, že byl poškozen netransparentním vypořádáním námitky ze strany zadavatele, neboť ten v rozhodnutí o námitkách neuvádí, že pod pojem „ornice“ podřazuje i „hrabanku“, což je navrhovateli známo až z průběhu správního řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil transparentnost vypořádání námitek, a to k tíži navrhovatele.
24. V doplnění rozkladu ze dne 21. 10. 2019 navrhovatel opakuje některé argumenty a též uvádí, že Úřad nebyl schopen po seznámení se se spisovým materiálem určit jaký objem „ornice“ by měl být předmětem vynětí ze ZPF a jakým způsobem může dojít k jejímu případnému prodeji, a byl nucen přistoupit ke konzultaci s dalšími institucemi veřejné správy a odborných společností.

25. Navrhovatel opětovně uvádí, že jeho námitky nemohly být vypořádány v souladu s § 245 odst. 1 zákona, neboť chyběla především podrobnost a srozumitelnost vypořádání námitek a zcela chybělo vyjádření ke všem namítaným skutečnostem.
26. Dle názoru navrhovatele se samotný předmět veřejné zakázky nachází v „mlze“, neboť není možné i s odkazem na část 2. 1 v závislosti na 6. 1 určit cenu zakázky a její rozsah. V bodě 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zmíněno, že se zadavatel vyjádřil k otázce zaokrouhlení nabídkové ceny a dále, že tuto skutečnost navrhovatel v návrhu nenamítal, a proto se jí Úřad nezabýval. Dle názoru navrhovatele se zde Úřad dopustil pochybení, když v rozporu s ustanovením § 263 odst. 1 a 2 zákona v rámci zahájeného správního řízení neověřil, zda minimálně v tomto bodě byl dodržen zákon a zda postup zadavatele, v tomto konkrétním případě, by neměl vést k nápravnému opatření spočívajícím ve zrušení zadávacího řízení. Ze zákona není Úřad vázán, v případě nápravných opatření, pouze návrhem, ale je povinen na základě zásady oficiality, kterou je vedení správních řízení v oblasti veřejných zakázek vázáno provést šetření i nad rámec podaného návrhu na zahájení řízení. V dané věci tak dle názoru navrhovatele není možná diskrece správního orgánu natož možnost využít oportunitu. Posouzení této otázky je totiž velmi významné pro posouzení, zda předložené nabídky bylo možné vzájemně mezi sebou porovnat a zda neměl zadavatel v této části vyzvat všechny účastníky zadávacího řízení k doplnění podkladů. Pokud tak neučinil, mohl dle názoru navrhovatele závažným způsobem ovlivnit zadávací řízení v neprospěch všech účastníků veřejné zakázky, kteří nebyli dle jeho rozhodnutí v rámci této zakázky úspěšní. Je zřejmé, že se této otázce Úřad nevěnoval, čímž došlo k ovlivnění jeho rozhodnutí.

Závěr rozkladu

27. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

IV. Řízení o rozkladu

28. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu, a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

29. Úvodem svého vyjádření zadavatel provádí výklad ustanovení § 48 odst. 5 písm. a) zákona, kdy dospívá k závěru, že citované ustanovení zakládá možnost, nikoliv povinnost zadavatele vyloučit nezpůsobilého účastníka, přičemž důkazní břemeno ohledně důvodů pro vyloučení nese zadavatel. V případě vybraného dodavatele je v souladu s § 48 odst. 8 zákona zadavatel povinen dodavatele, u něž je dán některý z důvodů dle § 48 odst. 5 písm. a) až c) zákona, vyloučit; je však opět na zadavateli, aby prokázal existenci důvodu pro vyloučení. I v tomto případě tak dle názoru zadavatele platí obecný závěr Úřadu, vyslovený v bodě 166 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že po zadavateli nelze spravedlivě požadovat, aby uplatnil důvody pro vyloučení ze zadávacího řízení ve smyslu výše uvedených ustanovení, pokud není schopen unést důkazní břemeno. V nynější věci zadavatel nedisponoval důkazy o tom, že by plnění nabízené vybraným dodavatelem vedlo k porušení

povinností podle PŽP. Z nabídky vybraného dodavatele vyplývá toliko závazek k odkupu konkrétního množství vytěženého materiálu, a to za podmínek stanovených obecně závaznými právními předpisy. Tuto možnost zadavatel v zadávací dokumentaci výslovně připustil.

30. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že z položkového rozpočtu, jenž je součástí zadávací dokumentace, vyplývá striktní oddělení „ornice“ a „lesní půdy“. Zadavatel dále cituje z položkového rozpočtu a uvádí, že je zde použito slovní spojení „ornice“ nebo „lesní půda“ a z podrobného popisu této položky však striktní oddělení uvedených pojmů (a druhů půdy) nevyplývá. Rovněž odhadované množství půdy je stanoveno jedním údajem bez rozdělení na „ornici“ a „lesní půdu“. Dle zadavatele nelze mít tedy za to, že by vymezil dva odlišné pojmy „ornice“ a „lesní půda“ (nebo „lesní hrabanka“), které by v položkovém rozpočtu předložil k samostatné finanční kalkulaci, jak tvrdí navrhovatel. Zadavatel proto odmítá názor navrhovatele, že by v zadávací dokumentaci striktně odlišil „ornici“ a „lesní půdu“ způsobem, jakým navrhovatel naznačuje.
31. Zadavatel se ztotožňuje se závěry Úřadu uvedenými v bodě 169 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, a pro úplnost se odkazuje na své sdělení ze dne 10. 6. 2019, v němž se podrobně vyjádřil ke způsobu stanovení skryvek ornice a způsobu jejího následného využití. S ohledem na výše uvedené zadavatel považuje za nadbytečné, aby reagoval na další argumenty navrhovatele, které se týkají vymezení pojmu „ornice“ a otázky přípustnosti jejího prodeje. Zadavatel se opětovně odkazuje na své sdělení ze dne 10. 6. 2019, kde vysvětlil význam pojmu „ornice“ pro účely zadávacího řízení. Dle názoru zadavatele užití pojmu „ornice“ způsobem jaký zvolil, není v rozporu s žádným obecně závazným právním předpisem. Pokud se v tomto smyslu zadávací podmínky jevily navrhovateli jako neurčité či jakkoli zavádějící, mohl na takovou skutečnost zadavatele upozornit před uplynutím lhůty pro podání nabídek, což ovšem dle názoru zadavatele neučinil.
32. Zadavatel též uvádí, že kumulativní cena za odkup veškerého vytěženého materiálu včetně „ornice“ činila v případě vybraného dodavatele 19 400 Kč bez DPH. Cena za odkup „přebytečné ornice“ činila v případě vybraného dodavatele 3 000 Kč bez DPH. Aniž by zadavatel zpochybňoval nutnost dodržovat při zadávání i realizaci veřejných zakázek platné právo, tak s ohledem na rozdíl nabídkových cen mezi vybraným dodavatelem a navrhovatelem (přes 19 milionů korun) konstatuje, že maximální celková hodnota plnění, jehož zákonnost byla navrhovatelem zpochybněna, činí méně než 0,01 % hodnoty veřejné zakázky, a je tedy z tohoto hlediska zcela marginální. Tuto část vyjádření zadavatel uzavírá konstatováním, že cena odkoupeného vytěženého materiálu nebyla způsobilá jakkoli ovlivnit pořadí nabídek v zadávacím řízení.
33. Zadavatel se dále neztotožňuje s námitkou navrhovatele ohledně netransparentnosti rozhodnutí o námitkách. Zadavatel uvádí, že námitka navrhovatele proti odkupu vytěženého materiálu byla formulována velmi obecně. S ohledem na obsah této obecné námítky a na způsob, jakým navrhovatel své výhrady proti postupu zadavatele v tomto směru odůvodnil, byla předmětná námitka dle názoru zadavatele vypořádána dostatečně. Dle názoru zadavatele navrhovatel uplatnil pouze obecnou námitku nezákonnosti odkupu „ornice“, a zadavatel se s ní v rozhodnutí o námitkách vypořádal adekvátním způsobem.

34. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad navrhovatele v plném rozsahu zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu navrhovatele

35. Úvodem svého vyjádření vybraný dodavatel uvádí, že požadavek na nacenění odkupu „ornice“ byl zadavatelem uveden přímo v návrhu smlouvy o prodeji vytěženého materiálu. „Ornice“ zde byla uvedena jako jedna z položek k nacenění. Výklad tohoto pojmu „ornice“ ze strany každého účastníka zadávacího řízení tak byl v podstatě nezbytnou podmínkou pro řádné podání nabídky v rámci zadávacího řízení. Přes tuto skutečnost žádný z účastníků zadávacího řízení, tedy ani navrhovatel, proti tomu, že zadavatel požaduje předložit nabídku rovněž k odkupu „ornice“, ničeho nenamítal.
36. Vybraný dodavatel se odkazuje na bod 171 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad podrobně uvedl, že materiál označený v zadávací dokumentaci jako „ornice“ totiž zahrnuje jak skrývanou svrchní vrstvu zemědělských pozemků, tak skrývanou svrchní vrstvu pozemků ostatních, nespádajících pod ochranu ZPF. Tato skutečnost dle názoru vybraného dodavatele vyplývá ze zadávací dokumentace (projektové dokumentace) a byla uvedena rovněž v rozhodnutí o námitkách.
37. Vybraný dodavatel se neztotožňuje s námitkou navrhovatele, že se Úřad dostatečným způsobem nezabýval výkladem pojmu „ornice“. Dle názoru vybraného dodavatele Úřad správně dovodil, že ze všech uvedených částí projektové dokumentace bezpochyby vyplývá, že ke skrývce kulturní vrstvy půdy, resp. „ornice“ dojde jak na zemědělských pozemcích, tak na pozemcích ostatních, nespádajících pod ochranu ZPF.
38. K tvrzené nepřípustnosti prodeje ornice vybraný dodavatel uvádí, že stanovisko Ministerstva životního prostředí, které Úřad obdržel dne 25. 7. 2019 (dále jen „**stanovisko MŽP**“) v otázce využití „skryté ornice“ akcentuje povinnost dodržování podmínek rozhodnutí výhradně příslušného orgánu ochrany ZPF, jakož i předkládá zmíněné stanovisko MŽP, že s ornici obchodovat nelze. Dle názoru vybraného dodavatele je zákaz obchodování s ornici (uvedený ve stanovisku MŽP) vztažen toliko na ornici získanou z půdy pod ochranou ZPF. Stanovisko MŽP se tak dle vybraného dodavatele nedotýká možnosti prodat ornici pocházející z pozemků, které pod ochranu ZPF nespádají. S ornici skrytou z pozemků pod ochranou ZPF bude vybraný dodavatel postupovat v souladu s požadavky uvedenými v souhlasu k odnětí půdy ze ZPF, když tento požadavek vyplývá rovněž z čl. 2. 3 zadávací dokumentace.
39. Dle vybraného dodavatele bylo jednoznačně konstatováno a ze zadávací dokumentace jasně vyplývá, že materiál v ní označený jako „ornice“ zahrnuje svrchní vrstvu jak zemědělské, tak nezemědělské půdy. Odkup „ornice“ tak bylo možné nabídnout a vybraný dodavatel se tímto postupem nedopustil jakéhokoliv porušení povinnosti.
40. S ohledem na výše uvedené vybraný dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu rozklad v celém rozsahu zamítl.

Stanovisko předsedy Úřadu

41. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
42. Úřad rozhodl ve výroku napadeného rozhodnutí správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K vymezení pojmu ornice

43. Dle názoru navrhovatele Úřad chybně v napadeném rozhodnutí vymezil pojem „ornice“, a to jak ve vztahu k právnímu režimu tohoto pojmu, tak ve vztahu k zadávací dokumentaci v předmětné veřejné zakázce (bod 171 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
44. Úřad nejprve provedl výklad základních právních pojmů vztahujících se k předmětu věci (orná půda, standardní orná půda, travní porost, úhor). Úřad zároveň konstatoval, že výklad pojmu „ornice“ ze ZoZPF nevyplývá, a že v právním řádu České republiky neexistuje žádný právní předpis, který by pojem „ornice“ definoval. Úřad se za účelem upřesnění výkladu pojmu „ornice“ v předmětné projektové dokumentaci obrátil na společnost Sweco Hydroprojekt, která Úřadu sdělila, že ornici se obecně rozumí kulturní vrstva půdy obsahující organické hmoty, která se nachází jak na pozemcích, které spadají pod ochranu zemědělského půdního fondu, tak na ostatních druzích pozemků, které zemědělský půdní fond netvoří.
45. Úřad správně dospěl k závěru, že pojem „ornice“ není v právním řádu České republiky (ke dni vydání napadeného rozhodnutí) nijak definován a správně dovedl též, že „ornice“ neznamena to samé co orná půda podle ZoZPF. Úřad se ve svém právním posouzení zaměřil na dokumenty tvořící součást dokumentace o zadávacím řízení a zaměřil se hlavně na vymezení pojmu „ornice“, tak jak ho vymezil zadavatel v předmětné veřejné zakázce. Z dokumentace o zadávacím řízení dle názoru Úřadu jasně vyplývá, že pokud zadavatel hovoří o „skrývce ornice“ nebo o „sejmutí ornice“ myslí tím i lesní hrabanku (lesní půdu), to znamená, že zadávací dokumentace, jako celek, považuje za „ornici“ i lesní hrabanku, což zadavatel potvrdil ve svém sdělení ze dne 10. 6. 2019, kde uvedl, že „[m]nožství ornice je ve stavební dokumentaci v úrovni dokumentace pro provádění stavby definováno nejpresněji v položkovém rozpočtu, respektive výkazu výměr. V popisu této položky přímo v rozpočtu je uvedeno doplňující upřesnění, že je tato položka tvořena jak ornici [ve smyslu ochrany zemědělského půdního fondu (dále též jen „ZPF“)], tak lesní půdou (hrabankou). Skrývka ornice je uvedena nejenom ve stavebním objektu SO 01, ale i ve stavebním objektu SO 03. Celkový objem skrývky ornice (ve smyslu ornice + lesní půda) je dán součtem objemů uvedených v těchto stavebních objektech.“
46. V krycím listu soupisu prací a dodávek pro část veřejné zakázky „Bečva, km 44,135 – 45, 855 – revitalizace toku Skalička“, pro objekt SO 01 – Revitalizace koryta je položka K 121101101 nazvána jako „Sejmutí ornice s přemístěním na vzdálenost do 50 m“ a současně v plném

popisu této položky je uvedeno následující: „*Sejmutí ornice nebo lesní půdy s vodorovným přemístěním na hromady v místě upotřebení nebo na dočasné či trvalé skládky se složením, na vzdálenost do 50 m.*“

47. Předseda Úřadu nesouhlasí s námitkou navrhovatele, že by Úřad vymezil pojem „ornice“ nepřesně a že by nepřihlédl k právnímu režimu tohoto pojmu a k jeho vztahu v rámci nyní posuzované veřejné zakázky. Z dokumentace o zadávacím řízení jednoznačně vyplývá, že zadavatel pod pojem „ornice“ zahrnul i lesní hrabanku (lesní půdu). Ačkoliv se pravděpodobně jedná o nevhodný a nepřesný způsob užívání pojmu „ornice“ v zadávací dokumentaci, tak se v žádném případě nejedná o porušení zákona ze strany zadavatele nebo vybraného dodavatele. Skutečnost, že zadavatel zahrnul do pojmu „ornice“ i lesní hrabanku (lesní půdu), která nepožívá ochrany podle ZPF, nacházející se na pozemcích mimo ochranu ZPF je zcela prokázána na základě skutkových zjištění (viz další část odůvodnění tohoto rozhodnutí, body 48 – 58).

K namítané povinnosti zadavatele vyloučit vybraného dodavatele

48. Úvodem lze konstatovat, že stěžejní námitkou navrhovatele je, že vybraný dodavatel ve své nabídce nacenil i odkup „ornice“, která dle názoru navrhovatele je pod ochranou ZPF, a s takovou „ornicí“, resp. materiálem nelze obchodovat (nesmí být předmětem obchodu). To, že vybraný dodavatel v nabídce *de facto* s touto „ornicí“ obchoduje (odkupuje ji od zadavatele) podle navrhovatele znamená, že porušuje PŽP, což zakládá důvod pro vyloučení vybraného dodavatele podle ustanovení § 48 odst. 8 zákona ve spojení s ustanovením § 45 odst. 5 písm. a) zákona. Takové obchodování s „ornicí“ považuje navrhovatel za nelegální a v rozporu se stanoviskem MŽP.
49. Úřad se uvedenou námitkou zabýval v bodech 169 – 193 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Ze skutkových zjištění učiněných Úřadem vyplývá, že zadavatel užíval pojem „ornice“ souhrnně pro různé typy pozemků (lesních i zemědělských). Úřad dospěl k závěru, že předmětem odkupu vytěženého materiálu je „ornice“, která nepožívá ochrany podle ZoZPF, neboť se jedná o „ornici“ (vytěžený materiál), která vznikne na lesních pozemcích.
50. Předseda Úřadu se s tímto posouzením zcela ztotožňuje a doplňuje následující. Z níže uvedených skutkových zjištění nelze dovodit, že by byla předmětem odkupu „ornice“, se kterou nelze obchodovat, resp. „ornice“ pod ochranou ZPF, se kterou musí být zacházeno v souladu se souhlasem Krajského úřadu Olomouckého kraje, Odboru životního prostředí a zemědělství, který dne 5. 2. 2018 (dále jen „**souhlas k odnětí půdy ze ZPF**“) tento souhlas vydal.
51. Zadavatel v bodě 2.3 „Nakládání s vytěženým materiálem“ zadávací dokumentace uvedl, že v průběhu stavebních prací předpokládá vytěžení velkého objemu materiálu, zejm. štěrku. „*Předpokládané množství a druhy materiálu (zejm. frakce štěrku) jsou stanoveny projektovými dokumentacemi. **Vybraný dodavatel bude povinen s veškerým vytěženým materiálem nakládat v souladu s obecně závaznými právními předpisy³, zajistit třídění skutečně vytěženého materiálu, vést evidenci ohledně množství a druhu skutečně vytěženého materiálu i ohledně způsobu, jakým s vytěženým materiálem naložil, a tyto skutečnosti bude povinen prokázat zadavateli na základě jeho výzvy.***“

³ Zvýraznění doplněno předsedou Úřadu.

V případě vytěženého materiálu, který lze využít v rámci realizace této zakázky, bude vybraný dodavatel oprávněn tento materiál takto využít. Vytěžený materiál, který není odpadem, a vybraný dodavatel jej nevyužije v rámci realizace této zakázky, bude zadavatelem prodán vybranému dodavateli v množství, které bude vybraným dodavatelem uvedeno v jeho nabídce, na základě samostatné kupní smlouvy.

Dodavatelé v nabídkách uvedou, jaké množství vytěženého materiálu koupí od zadavatele za účelem jiného využití. Dodavatelé mohou v nabídkách uvést nejvýše množství odpovídající 100 % množství předpokládaného projektovými dokumentacemi. Dodavatelé tedy na základě podkladů zadavatele i vlastních zkušeností s realizací obdobných zakázek v nabídkách stanoví minimální množství materiálu, které se zavážou od zadavatele odkoupit. Zadavatel dále umožní odkup většího množství materiálu, než jaké dodavatel stanovil v nabídce. Z tohoto důvodu je odkup materiálu v režimu vyhrazené změny závazku dle § 100 ZZVZ“.

52. V bodě 6.1 „Požadavky na zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel mj. uvádí: „Dodavatel v rámci stanovení nabídkové ceny zohlední předpokládané množství a druhy vytěženého materiálu dle projektové dokumentace (viz též čl. 2.3 této zadávací dokumentace) a způsob, jakým s dílčími částmi tohoto materiálu naloží, respektive náklady, které mu vzniknou v souvislosti s nakládáním s materiálem v závislosti na zvoleném způsobu.

Má-li dodavatel v úmyslu koupit od zadavatele část vytěženého materiálu za účelem jeho dalšího využití mimo realizaci této veřejné zakázky, uvede v nabídce kupní cenu za vytěžený materiál samostatně, a to zvlášť pro stavbu „Bečva, km 44,135 – 45,855 – revitalizace toku Skalička“ a zvlášť pro stavbu „Bečva, km 42,480 – 44,135 – revitalizace toku Černotín“.

53. V technické zprávě SO 01 je uvedeno, že v rozsahu úprav bude na zemědělských plochách (ornice) i na lesních pozemcích (hrabanka) provedena skrývka humózních vrstev v průměrné tloušťce 0,35 m. Ornice bude mezideponována na ploše staveniště, zeminy kontaminované invazními druhy (křídlatka, netýkavka aj.) budou uloženy odděleně a následně odvezeny na skládku tak, aby nedošlo ke kontaminaci zeminy z nepostižených ploch. V rámci SO 01 budou provedeny skrývky humózních vrstev, respektive hrabanky v celkovém objemu 35 472 m³, celkový objem výkopů zeminy bude 187 546 m³. Část materiálu skrývek kontaminovaná invazními druhy (cca 11 960 m³) bude odvezena na skládku k likvidaci. Nekontaminovaná část bude dílem využita k ohumusování ploch s plánovanou výsadbou (5 572 m³), dílem poslouží k rekultivaci určených zemědělsky využívaných pozemků.
54. V souhrnné technické zprávě pro část „Bečva, km 42,480 – 44,135 – revitalizace toku Černotín“ je uvedeno, že realizací stavby nedojde k tvorbě nebezpečného odpadu – nadbytečná zemina z výkopů má charakter inertního materiálu, který je možné použít pro další zpracování v místě stavby (zásypy atp.). Přebytečná zemina z výkopů a odtěžený naplavený sediment budou odstraněny vhodným způsobem. Mohou být odvezeny na skládku či odběrateli, který je využije k jiným účelům. Použitím materiálů ani jejich výrobou nevznikají nebezpečné odpady.
55. V souhrnné technické zprávě pro část „Bečva, km 44,135 – 45, 855 – revitalizace toku Skalička“ je uvedeno, že v rámci přípravy stavby je třeba stanovit systém nakládání s přebytečnými vytěženými zeminami. Skrývky ornice budou prováděny v rámci realizace SO 01 a SO 03. Rozsah skrývek se předpokládá v celkovém objemu 41 947 m³ při mocnosti skrývané vrstvy průměrně 350 mm. Materiál skrývek bude mezideponován v rámci

staveniště. Část ornice kontaminovaná invazními druhy bude odvezena na skládku, část bude zpětně využita v rámci stavby (7780 m³). Přebytek nekontaminované zeminy (humózního materiálu) v objemu cca 22 207 m³, který stavba nevyužije, bude v rámci rekultivace rozprostřen na zemědělské pozemky v katastru Ústí p. č. 385/1, p. č. 385/14, p. č. 386/1, p. č. 386/6, p. č. 386/10, p. č. 392 a p. č. 398.

56. V krycím listu nabídky vybraný dodavatel uvedl cenu za vytěžený materiál následovně. V části „Bečva, km 44,135 – 45, 855 – revitalizace toku Skalička“ uvedl cenu 4 300 Kč⁴ a v části „Bečva, km 42,480 – 44,135 – revitalizace toku Černotín“ uvedl cenu 15 100 Kč. Celkem tedy za vytěžený materiál nabídl vybraný dodavatel 19 400 Kč.
57. Ze smlouvy o prodeji vytěženého materiálu (z části III. Cena za vytěžený materiál) vyplývá, že v části „Bečva, km 44,135 – 45, 855 – revitalizace toku Skalička“ je za materiál souhrnně označován přebytný zemní materiál, přebytná ornice a přebytný kámen ze záhozu. V části „Bečva, km 42,480 – 44,135 – revitalizace toku Černotín“ jsou za materiál souhrnně označovány písčité štěrky, středně zrnité písky, písčité zeminy a jednozrnité hlinité zeminy.
58. Na základě výše uvedeného je zřejmé, že zadavatel neužíval pojem „ornice“ zcela přesně, ale zároveň je potřeba zdůraznit tu skutečnost, že pojem „ornice“ neužíval v rozporu se zákonem ani s jiným právním předpisem, neboť právní řád České republiky neobsahuje právní předpis, který by pojem „ornice“ nějakým způsobem definoval. Je též zřejmé, že zadavatel pod pojem „ornice“ zahrnul i lesní hrabanku (lesní půdu) z nezemědělských (lesních) pozemků, které nepožívají ochrany ZPF. Ze skutkových zjištění též vyplývá, že zadavatel nenabízí k odkupu půdu, která požívá ochrany ZPF. Předseda Úřadu má též za to, že, zadavatel žádný odkup „ornice“ pod ochranou ZPF nepřipustil. Lze souhlasit s návrhovatelem, že odkup „ornice“, která je pod ochranou ZPF je nezákonný a odporující PŽP. Nicméně v posuzované věci z ničeho nevyplývá, že by zadavatel takový obchod vůbec zamýšlel a vybraný dodavatel by se takového „nelegálního obchodu s ornici“ chtěl účastnit.
59. Stěžejní právní otázkou k posouzení i nadále zůstává otázka, zdali zadavatel měl či neměl povinnost vyloučit vybraného dodavatele ze zadávacího řízení. Jak jsem již uvedl výše, zadavatel neužíval pojmu „ornice“ zcela přesně, ale z výše citovaných dokumentů, které jsou součástí dokumentace o zadávacím řízení, jasně vyplývá, že zadavatel pod pojem „ornice“ zahrnul nejen půdu pod ochranou ZPF, ale i půdu, která ochrany ZPF nepožívá. Považuji za vhodné doplnit, že dva účastníci zadávacího řízení (včetně vybraného dodavatele) odkup přebytné „ornice“ nacenili a žádný ze čtyř účastníků zadávacího řízení nerozporoval zadávací dokumentaci ve vztahu k vymezení pojmu „ornice“ nebo k jejímu odkupu (nedošlo k podání námitek proti zadávací dokumentaci).
60. Je na místě znovu zdůraznit, že zadavatel výslovně v bodě 2.3 zadávací dokumentace stanovil dodavateli, resp. budoucímu potenciálnímu vybranému dodavateli povinnost, že s veškerým vytěženým materiálem je potřeba nakládat v souladu s PŽP. To dle názoru předsedy Úřadu znamená též, že zadavatel předpokládá účast odborně zdatných osob, které mají s podobnou veřejnou zakázkou zkušenosti, a které jsou si vědomy povinností vyplývajících z PŽP a ze zákona.

⁴ Z ceny 4 300 Kč byla přebytná „ornice“ vybraným dodavatelem naceněna ve výši 3 000 Kč v objemu 200 m³.

61. Z podané nabídky vybraného dodavatele, ze smlouvy o prodeji vytěženého materiálu ani z dokumentace o zadávacím řízení (viz výše) nelze dovodit, že by docházelo k porušování PŽP a byly by zde dány důvody pro vyloučení vybraného dodavatele. Jestliže zadavatel u materiálů u hlavních stavebních objektů (objektu SO 01 a objektu SO 03) předpokládal, že část skrývek kontaminovaných invazními druhy bude odvezena na skládku nebo odběrateli (viz techn. zprávy a souhrnné techn. zprávy), a to v objemu 11 960 m³, a pokud takový objem skrývky Úřad porovnal s předpokládanou skrývkou z lesních pozemků a zjistil, že tento objem skrývky je stejný, pak Úřad v bodě 183 odůvodnění napadeného rozhodnutí dospěl ke správnému závěru, že zadavatel předpokládal prodej „ornice“ právě z lesních pozemků.
62. Navrhovatel neprokázal, že by bylo úmyslem vybraného dodavatele obchodovat s „ornicí“ pod ochranou ZPF. Navrhovatel též nepředložil žádné důkazy, které by svědčily o tom, že o odkupu „ornice“ pod ochranou ZPF dojde. Jediným „důkazem“ navrhovatele je jeho tvrzení a vlastní výklad zadávací dokumentace ve vztahu k pojmu „ornice“, který však nemá oporu v dokumentaci o veřejné zakázce, jak bylo dovozeno výše.
63. S přihlédnutím ke skutkovým zjištěním a po právním zhodnocení nyní posuzované věci musím stejně jako Úřad v napadeném rozhodnutí konstatovat, že nabídka vybraného dodavatele není v důsledku ocenění přebytné „ornice“ v rozporu s PŽP ani se zákonem. Ustanovení § 48 odst. 5 písm. a) zákona obecně zakládá možnost, nikoli povinnost zadavatele vyloučit nezpůsobilého účastníka zadávacího řízení, přičemž důkazní břemeno ohledně důvodů pro vyloučení nese zadavatel. Ve vztahu k vybranému dodavateli se aplikuje ustanovení § 48 odst. 8 zákona, kdy je zadavatel povinen vyloučit vybraného dodavatele, u nějž je dán některý z důvodů pro vyloučení podle ustanovení § 48 odst. 5 písm. a) až c), nicméně záleží zcela opět na zadavateli, aby prokázal existenci důvodů pro vyloučení. Zadavatel neprokázal, že by vybraný dodavatel porušoval PŽP a Úřad nezjistil pochybení zadavatele v tomto posouzení.
64. Na základě uvedeného předseda Úřadu konstatuje, že zadavatel nepostupoval při výběru dodavatele v rozporu se zákonem, když vybraného dodavatele nevyloučil ze zadávacího řízení pro nezpůsobilost ve smyslu § 48 odst. 5 písm. a) zákona v návaznosti na § 48 odst. 8 zákona, neboť nebylo prokázáno, že nabídka vybraného dodavatele by obsahovala plnění, které by vedlo k nedodržování povinností vyplývajících z PŽP.
65. Úřad též *obiter dictum* uvedl, že pokud snad chtěl navrhovatel rozporovat zadavatelem stanovené zadávací podmínky (ze kterých vyplývala možnost dodavatelů odkoupit přebytnou „ornici“, či užívání termínu „ornice“ zadavatelem), měl tak učinit nejpozději do skončení lhůty pro podání nabídek, tj. do 18. 3. 2019 do 9:30 hod.
66. I s tímto názorem Úřadu se předseda Úřadu musí ztotožnit, neboť je zřejmé, že navrhovatel pochopil zadávací podmínky jiným způsobem, než jiní dodavatelé, kteří se rozhodli nějakým způsobem nacenit odkup přebytné „ornice“, resp. přebytné zeminy, šterku, písku atd. Tomuto nedorozumění šlo zcela jistě předejít podáním žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace a případně námitkami proti zadávacím podmínkám. Pokud měl navrhovatel za to, že zadávací dokumentace umožňuje uchazečům obchodovat s půdou pod ochranou ZPF, mohl v tomto ohledu vznést dotaz na zadavatele, neboť nešlo o postup, jehož možná aplikace vyplynula až z podaných nabídek. Navrhovatel by tak věděl, co přesně zadavatel

myslí pojmem „ornice“ a že se nejedná o prodej půdy (přebytečné zeminy), která požívá ochrany podle ZoZPF. Navrhovatelovy obavy, že svým jednáním (odkupem „ornice“) poruší PŽP by tak mohly být jednoduše rozptýleny.

67. Navrhovatel též nesouhlasí se závěry Úřadu ohledně rozdílnosti nabídkových cen jeho nabídky a vybraného dodavatele. Navrhovatel zdůrazňuje, že rozdílnost nabídkových cen není podstatná, když z nabídky podané vybraným dodavatelem vyplývá, že dochází k nedodržování povinností vyplývajících z předpisů PŽP a jsou tedy dány důvody vyloučení dle § 48 odst. 5 písm. a) zákona.
68. Lze souhlasit s navrhovatelem, že pokud by docházelo k porušování PŽP a byly by dány zcela jasné důvody pro vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení podle zákona (které by byl zadavatel schopen prokázat), pak není na místě, aby se taková situace zhojila konstatováním, že na výsledné pořadí nabídek uvedené porušení PŽP nemá vliv, neboť i bez odkupu „ornice“ se pořadí nabídek nezmění a vybraný dodavatel bude mít i nadále pro zadavatele nejvýhodnější nabídku, a to o několik milionů Kč. Při aplikaci na nyní posuzovanou věc to znamená, že pokud by vybraný dodavatel porušil PŽP (v tomto případě odkupem „ornice“, se kterou nelze obchodovat), tak nelze zhojit situaci konstatováním, že bez tohoto odkupu „ornice“ by byla situace i nadále stejná, co se týče výsledného pořadí nabídek. Nicméně v nyní posuzované věci není pravdou, že by se vybraný dodavatel snažil o odkup „ornice“, se kterou nelze obchodovat, resp. se k ní choval v rozporu s pravidly fungování ZPF danou zejména ZoZPF a v rozporu se souhlasem k odnětí půdy ze ZPF. Uvedené tvrzení navrhovatele tedy nemá oporu ve skutkových zjištěních.
69. Předseda Úřadu též doplňuje, že uvedená část odůvodnění napadeného rozhodnutí týkající se vzájemného porovnání nabídek vybraného dodavatele a navrhovatele a reakce na navrhovatelovu námitku finanční výhodnosti z důvodu ocenění přebytečné „ornice“ na výsledné pořadí nabídek, je uvedena pouze jako podpůrná argumentace. I přesto, že závěry Úřadu jsou správné a i bez odkupu přebytečné „ornice“ je rozdílnost nabídkových cen vybraného dodavatele a navrhovatele skutečně více, než 19 milionů Kč, jedná se o podpůrnou argumentaci Úřadu, která nebyla nosným důvodem zamítnutí návrhu navrhovatele. Stěžejním důvodem pro zamítnutí návrhu v napadeném rozhodnutí byla skutečnost, že nabídka vybraného dodavatele neporušuje PŽP ani zákon a nejsou dány důvody pro vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení podle zákona. Tento stěžejní důvod byl přezkoumán předsedou Úřadu, který dospěl ke stejnému závěru (viz body 59 – 64 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
70. V doplnění rozkladu navrhovatel uvádí, že Úřad nebyl schopen po seznámení se se spisovým materiálem určit jaký objem „ornice“ by měl být předmětem vynětí ze ZPF a jakým způsobem může dojít k jejímu případnému prodeji, a byl nucen přistoupit ke konzultaci s dalšími institucemi veřejné správy a odborných společností.
71. Na uvedeném postupu nespátřuji nic nestandardního, neboť Úřad má povinnost postupovat tak, aby byl zjištěn skutkový stav do té míry, o němž nejsou důvodné pochybnosti a to v rozsahu, který je nezbytný pro soulad jeho úkonu s požadavky uvedenými v § 2 správního řádu.
72. Jelikož Úřad není specializován v oblasti nakládání se zemědělskou, lesní a jinou půdou (pozemky), tak je naprosto logické a žádoucí, aby se obrátil na specializované subjekty

v dané oblasti, jejichž odborné stanovisko může být v konkrétní věci důležité pro další průběh probíhajícího správního řízení. To vše činí v souladu se zněním § 3 správního řádu.

73. Na základě výše uvedeného odmítám rozkladové námitky týkající se nezákonnosti nabídky vybraného dodavatele jako neopodstatněné.

K namítané netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách

74. Navrhovatel uvádí, že byl poškozen netransparentním vypořádáním námitky ze strany zadavatele, neboť ten v rozhodnutí o námitkách neuvádí, že pod pojem „ornice“ podřazuje i „hrabanku“, což je navrhovateli známo až z průběhu správního řízení. Navrhovatel je přesvědčen, že Úřad v napadeném rozhodnutí nesprávně posoudil transparentnost vypořádání námitek, a to k tíži navrhovatele. V doplnění rozkladu navrhovatel zopakoval, že jeho námitky nemohly být vypořádány v souladu s § 245 odst. 1 zákona, neboť chyběla především podrobnost a srozumitelnost vypořádání námitek a zcela chybělo vyjádření ke všem namítaným skutečnostem.
75. Úřad v napadeném rozhodnutí nejprve zrekapituloval obsah námitek navrhovatele, obsah rozhodnutí o námitkách a také argumentaci navrhovatele obsaženou v návrhu ve vztahu k rozhodnutí o námitkách.
76. Úřad dále provedl přezkum rozhodnutí o námitkách, zda ob stojí v testu zákonnosti ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, tedy zda se zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyjádřil podrobně a srozumitelně ke všem skutečnostem v námitkách tvrzených a zda je tak rozhodnutí o námitkách přezkoumatelné.
77. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že zadavatel předložil navrhovateli argumentační rámec, kterým jasně a srozumitelně reagoval na tvrzené námitky, když uvedl předpokládaný rozsah celkového objemu skryvek vč. způsobu s jejich nakládáním, ze kterého vyplynul objem vytěženého materiálu („ornice“), u kterého se předpokládá uložení na skládky, příp. odprodej dodavatelům, přičemž rovněž poukázal, že pro veškerou dotčenou zemědělskou půdu byl vydán souhlas k odnětím půdy ze ZPF a současně akcentoval povinnost nakládat s veškerým vytěženým materiálem v souladu s obecně závaznými právními předpisy. Zadavatel rovněž dodal, že žádný z dodavatelů v nabídce nenabídl odkup většího množství půdy, než zadavatel předpokládal.
78. K námitce, že vybraný dodavatel a další jiný dodavatel se podílejí na obchodu s přebytečnou „ornicí“, který je dle navrhovatele nepřipustný zadavatel uvedl, že pro veškerou zemědělskou půdu, která bude trvale dotčena předmětnou stavbou, tedy po provedení stavby využita k nezemědělským účelům, byl v souladu s § 3 odst. 1 písm. c) ZoZPF vydán souhlas k odnětí půdy ze ZPF. Úřad dospěl k závěru, že pokud se tedy navrhovatelova tvrzení pohybují na úrovni konstatování zřejmých faktů (vybraný dodavatel a jiný dodavatel nabídli odkup „ornice“, uvedení cen odkupů vytěžených materiálů), nelze po zadavateli spravedlivě požadovat, aby se tímto konstatováním v rozhodnutí o námitkách podrobně zabýval a z vlastní vůle např. uváděl, v jakém rozsahu dodavatelé nabízeli k odkupu ten který druh vytěženého materiálu.
79. Při přezkumu závěrů ke kterým Úřad dospěl, musím konstatovat, že zadavatel skutečně reagoval na všechny námitky navrhovatele dostatečným způsobem. Čím více je konkrétní námitka stručnější a obecnější, tím obecněji se s ní zadavatel může vypořádat. Neztotožňuji

se tak s názorem navrhovatele, že jeho námitky nejsou vypořádány dostatečným způsobem nebo, že by došlo ze strany zadavatele k nějakému přehlížení námitek navrhovatele. To znamená, že Úřad na základě skutkových zjištění dospěl ke správnému závěru, který řádně a transparentně odůvodnil, a zároveň Úřad uvedl veškeré úvahy, ke kterým při posouzení námitek a rozhodnutí o námitkách dospěl.

80. S uvedeným posouzením zákonnosti rozhodnutí o námitkách provedeným Úřadem se plně ztotožňuji. Zároveň doplňuji, že ačkoliv rozhodnutí o námitkách skutečně neobsahuje informaci o tom, že pod pojem „ornice“ podřazuje zadavatel i „lesní hrabanku“, tak nelze dospět k závěru, že je dané rozhodnutí o námitkách nepřezkoumatelné, neboť z námitek podaných navrhovatelem nelze tuto konkrétní námitku vůbec vyčíst.
81. Rozhodnutí o námitkách je založeno na takové míře obecnosti, jež odpovídá vzneseným námitkám navrhovatele. Stejně jako Úřad musím konstatovat, že po zadavateli nelze požadovat, aby odůvodnil rozhodnutí o námitkách ve výrazně větší míře podrobností, než v jaké jsou uvedeny argumenty navrhovatele, či aby domýšlel, jakým směrem se měla argumentace navrhovatele ubírat, když navrhovatel své námitky ve větší míře konkretizoval až v podaném návrhu.
82. Lze opětovně poukázat na to, že navrhovatel mohl požádat o vysvětlení zadávací dokumentace, případně mohl do skončení lhůty pro podání nabídek napadnout námitkami zadávací podmínky předmětného zadávacího řízení. Navrhovatel tak však neučinil.
83. S ohledem na výše uvedené a s ohledem na body 194 – 217 odůvodnění napadeného rozhodnutí odmítám námitky navrhovatele vztahující se k nepřezkoumatelnosti a netransparentnosti rozhodnutí o námitkách jako neopodstatněné.

K ostatním námitkám

84. Dle názoru navrhovatele se samotný předmět veřejné zakázky nachází v „mlze“, neboť není možné i s odkazem na část 2. 1⁵ v závislosti na 6. 1⁶ určit cenu zakázky a její rozsah. Navrhovatel uvádí, že v bodě 30 odůvodnění napadeného rozhodnutí je zmíněno, že se zadavatel vyjádřil k otázce zaokrouhlení nabídkové ceny a dále, že tuto skutečnost navrhovatel v návrhu neuplatnil, a proto se ji Úřad nezabýval. Dle názoru navrhovatele se zde Úřad dopustil pochybení, když v rozporu s ustanovením § 263 odst. 1 a 2 zákona v rámci zahájeného správního řízení neověřil, zda minimálně v tomto bodě byl dodržen zákon a zda postup zadavatele, v tomto konkrétním případě, by neměl vést k nápravnému opatření spočívajícím ve zrušení zadávacího řízení. Navrhovatel uvádí, že ze zákona není Úřad vázán, v případě nápravných opatření, pouze návrhem, ale je povinen na základě zásady oficiality, kterou je vedení správních řízení v oblasti veřejných zakázek vázáno provést šetření i nad rámec podaného návrhu na zahájení řízení. V dané věci tak dle názoru navrhovatele není možná diskrece správního orgánu natož možnost využít oportunitu. Posouzení této otázky je totiž velmi významné pro posouzení, zda předložené nabídky bylo možné vzájemně mezi sebou porovnat a zda neměl zadavatel v této části vyzvat všechny účastníky zadávacího řízení k doplnění podkladů. Pokud tak neučinil, mohl dle názoru navrhovatele závažným způsobem ovlivnit zadávací řízení v neprospěch všech účastníků

⁵ Zadávací dokumentace – doplněno předsedou Úřadu.

⁶ Zadávací dokumentace – doplněno předsedou Úřadu.

veřejné zakázky, kteří nebyli dle jeho rozhodnutí v rámci této zakázky úspěšní. Je zřejmé, že se této otázce Úřad nevěnoval, čímž došlo k ovlivnění jeho rozhodnutí.

85. Jedna z námitek navrhovatele obsažená v podaných námitkách brojí proti nabídkové ceně vybraného dodavatele, která dle tvrzení navrhovatele nebyla v souladu se zadávacími podmínkami řádně zaokrouhlena a vybraný dodavatel tak měl být dle navrhovatele vyloučen ze zadávacího řízení. Tuto námitku navrhovatel v návrhu již neuplatnil, tudíž Úřad nebyl povinen se k této námitce vyjadřovat, neboť je to právě jen navrhovatel, který nese odpovědnost za obsah svého návrhu, kterým určuje rozsah přezkumu provedeného Úřadem. Navrhovatel tedy nemá ani pravdu v tom, že Úřad může jít „nad rámec“ jím podaného návrhu, neboť navrhovatel nesprávně směřuje samotný návrh (rámec přezkumu) a návrh na uložení nápravného opatření. Úřad je tedy návrhem vázán, není však vázán návrhem na uložení nápravného opatření (petitem návrhu). Navrhovatele lze odkázat na odbornou literaturu, která k vázanosti Úřadu podaným návrhem uvádí následující: *„ÚOHS není vázán návrhem v tom, jaké nápravné opatření navrhovatel požaduje. ÚOHS jakožto správní orgán je dle § 2 odst. 3 spr. řádu povinen v rámci správního řízení šetřit práva nabytá v dobré víře, jakož i oprávněné zájmy osob, jichž se činnost správního orgánu v jednotlivém případě dotýká, a může zasahovat do těchto práv jen za podmínek stanovených zákonem a v nezbytném rozsahu. Proto přijme pouze takové nápravné opatření, které odstraňuje nezákonný stav. Pokud by tedy např. navrhovatel žádal zrušení zadávacího řízení, ačkoliv k pochybení zadavatele došlo až v procesu hodnocení nabídek, ÚOHS v tomto smyslu není vázán návrhem a jako nápravné opatření pouze zruší rozhodnutí o výběru dodavatele a veškeré časově navazující (či související) úkony.“* (viz Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář.* Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 956.).
86. Stejný postoj k této otázce zaujímá i další komentář, kde je uvedeno následující: *„Navrhovatel obligatorně v návrhu uvede, čeho se v řízení před ÚOHS domáhá (tzv. petit návrhu). Podle komentovaného ustanovení není správní orgán, v rozsahu návrhu na uložení konkrétního nápravného opatření, tímto návrhem vázán. Z komentované právní úpravy vyplývá například to, že nápravné opatření uložené v řízení může být mírnější, ale i přísnější, než které bylo požadováno navrhovatelem v návrhu. ÚOHS musí, pokud jde o nápravná opatření, respektovat princip proporcionality a volit taková nápravná opatření, která jsou nezbytná k účelnému zhojení chybného postupu zadavatele. Proto i v případě, kdy se navrhovatel domáhá zrušení určitého úkonu (například zrušení rozhodnutí o výběru dodavatele), může být bez ohledu na petit návrhu rozhodnuto o zrušení celého zadávacího řízení, pokud vyjde najevo, že vadný postup zadavatele nelze zhojit zrušením jednotlivého úkonu (například pokud byly zadávací podmínky stanoveny v rozporu se ZVZ). Naopak ÚOHS je oprávněn uložit mírnější (odlišné) nápravné opatření, pokud navrhovatel požaduje zrušení zadávacího řízení jako celku, avšak nápravy lze dosáhnout jen zrušením určitého úkonu (například rozhodnutí o výběru dodavatele společně s úkony posouzení nabídky, které takovému rozhodnutí předcházely).“* (Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. *Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář.* 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 1234.).
87. Úřad je tak v rámci přezkumu vázán návrhem (námitkami uvedenými v návrhu) nikoliv petitem návrhu, kterým se navrhovatel zásadně dožaduje uložení nápravného opatření.

Uvedený názor je podpořen odbornou literaturou citovanou výše. Navrhovatele lze též odkázat na ustanovení § 251 odst. 1 zákona, ze kterého vyplývá, že právě svým návrhem navrhovatel vymezuje rozsah přezkumu, který má Úřad provést, neboť Úřad nemá zákonné zmocnění pro to, aby mohl posuzovat návrh i tzv. „nad rámec“ a pátrat po důvodech pro uložení nápravného opatření v návrhu neuvedených.

88. Pokud navrhovatel namítal nějaké pochybení ve svých námitkách, avšak nikoliv již v návrhu, pak má Úřad oprávněně za to, že byl navrhovatel vypořádáním námitek uspokojen (rozhodnutím o námitkách) a toto domnělé pochybení již dále neuplatňuje u Úřadu.
89. Ve smyslu ustanovení § 89 odst. 2 správního řádu jsem tedy přezkoumal zákonnost napadeného rozhodnutí a jeho věcnou správnost v rozsahu vznesených námitek a současně jsem přezkoumal i zákonnost postupu Úřadu, když jsem napadené rozhodnutí shledal zákonným a věcně správným, přičemž zároveň konstatuji, že napadené rozhodnutí je přezkoumatelné. Úřad ve správním řízení dostatečně zjistil skutkový stav věci. Současně Úřad všechny podklady pro vydání rozhodnutí řádně označil a uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a které ho vedly k závěru, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v souladu se zákonem, přičemž zjištěný skutkový stav Úřad přezkoumal z hlediska naplnění zákonných ustanovení. Dále Úřad uvedl všechny právní předpisy (a v nich obsažené právní normy), které v dané věci aplikoval a současně dostatečně odůvodnil jejich použití.

VI. Závěr

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

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Mgr. Martin Horák., Jandova 208/8, 190 00 Praha 9
2. Povodí Moravy, s.p., Dřevařská 932/11, 602 00 Brno – Veveří
3. OHL ŽS, a.s., Burešova 938/17, 602 00 Brno – Veveří

Vypraveno dne:

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