



UOHSX00F509L

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0104/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-28954/2021/162/DHa

Brno 09.09.2021

V řízení o rozkladu ze dne 28. 6. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne obviněným –

- **Město Český Těšín**, IČO 00297437, se sídlem náměstí ČSA 1/1, 737 01 Český Těšín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0070/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19641/2021/500/Alv ze dne 11. 6. 2021 vydanému ve správním řízení vedeném ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, obviněným v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky s názvem „**Centrální dopravní terminál Český Těšín a Parkoviště P+R**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 24. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-003383, ve znění oprav uveřejněných dne 30. 1. 2020, dne 5. 2. 2020, dne 13. 2. 2020, dne 17. 2. 2020, dne 18. 2. 2020, dne 24. 2. 2020, dne 26. 2. 2020, dne 2. 3. 2020, dne 4. 3. 2020, dne 13. 3. 2020, dne 16. 3. 2020, dne 20. 3. 2020, dne 30. 3. 2020, dne 31. 3. 2020, dne 6. 4. 2020 a dne 29. 4. 2020,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0070/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19641/2021/500/Alv ze dne 11. 6. 2021,

r u š í m

a **správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0070/2021/VZ** ve věci možného spáchání přestupků podle § 268 odst. 1 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, jichž se měl obviněný – Město Český Těšín, IČO 00297437, se sídlem náměstí ČSA 1/1, 737 01 Český Těšín – dopustit při zadávání veřejné zakázky s názvem „Centrální dopravní terminál Český Těšín a Parkoviště P+R“, a sice

přestupku, kterého se měl obviněný údajně dopustit **tím, že stanovil zadávací podmínky citované veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti** stanovenou v § 6 odst. 1 citovaného zákona, když stanovil požadavek na prokázání zkušeností člena realizačního týmu dodavatele – stavbyvedoucího prostřednictvím doložení referenčních stavebních prací tohoto člena týmu, jakožto kritérium technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. c) a d) citovaného zákona uvedené v čl. 10. odst. 10.5 bodu 2. písm. a) odrážce třetí zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky a zároveň jako hodnotící kritérium ve smyslu § 116 odst. 2 písm. e) citovaného zákona uvedené v čl. 14. odst. 14.1, 14.2 a 14.4 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky, nejednoznačně, neboť znění obou zmíněných zadávacích podmínek bylo odlišné a připouštělo tak rozdílný výklad, díky čemuž nebylo zřejmé, jaké referenční stavební práce mají být v rámci prokazování splnění předmětných zadávacích podmínek ze strany dodavatelů dokládány, čímž stanovil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky v rozporu se zákonem, přičemž jmenovaný obviněný dne 21. 12. 2020 uzavřel s vybraným dodavatelem – společností HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 3217/16, 150 00 Praha 5 – Smlouvu o dílo,

a přestupku, kterého se měl obviněný dopustit **tím, že stanovil zadávací podmínky citované veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 78 odst. 2 citovaného zákona**, když v rámci kritéria ekonomické kvalifikace uvedeného v čl. 10. odst. 10.4 zadávací dokumentace předmětné veřejné zakázky stanovil požadavek na doložení minimálního ročního obrátu dodavatele ve výši, která přesahuje dvojnásobek předpokládané hodnoty předmětné veřejné zakázky vztahované k jednomu roku plnění této veřejné zakázky, čímž stanovil zadávací podmínky předmětné veřejné zakázky v rozporu se zákonem, přičemž jmenovaný obviněný dne 21. 12. 2020 uzavřel s vybraným dodavatelem – společností HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 3217/16, 150 00 Praha 5 – Smlouvu o dílo,

z a s t a v u j i,

neboť dle § 257 písm. f) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení sankce podle § 268 téhož zákona.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Dne 24. 1. 2020 obviněný – Město Český Těšín, IČO 00297437, se sídlem náměstí ČSA 1/1, 737 01 Český Těšín (dále jen „**obviněný**“ či „**zadavatel**“) – zahájil dle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Centrální dopravní terminál Český Těšín a Parkoviště P+R“, přičemž toto oznámení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 27. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-003383, ve znění oprav uveřejněných dne 30. 1. 2020, dne 5. 2. 2020, dne 13. 2. 2020, dne 17. 2. 2020, dne 18. 2. 2020, dne 24. 2. 2020, dne 26. 2. 2020, dne 2. 3. 2020, dne 4. 3. 2020, dne 13. 3. 2020, dne 16. 3. 2020, dne 20. 3. 2020, dne 30. 3. 2020, dne 31. 3. 2020, dne 6. 4. 2020 a dne 29. 4. 2020 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Obviněný dne 21. 12. 2020 uzavřel se společností HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 3217/16, 150 00 Praha 5 (dále jen „**vybraný dodavatel**“) smlouvu o dílo na realizaci předmětu plnění veřejné zakázky (dále jen „**smlouva o dílo**“). Oznámení o zadání veřejné zakázky bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 30. 12. 2020.
3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 248 zákona k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, jakož i k projednání přestupků podle tohoto zákona, včetně ukládání pokut za jejich spáchání, obdržel dne 2. 12. 2020 podnět ze dne 24. 11. 2020 k prošetření postupu obviněného.
4. Dne 24. 2. 2021 Úřad přípisem č. j. ÚOHS-06771/2021/542/AJo, který byl obviněnému doručen téhož dne, zahájil podle § 249 zákona ve spojení s § 78 odst. 2 zákona č. 250/2016 Sb., o odpovědnosti za přestupky a řízení o nich, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o přestupcích**“) správní řízení z moci úřední ve věci podezření ze spáchání přestupků obviněným.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 11. 6. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0070/2021/VZ, č. j. ÚOHS-19641/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I. rozhodl tak, že se obviněný dopustil přestupku tím, že stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zásadou transparentnosti stanovenou v § 6 odst. 1 zákona, když stanovil požadavek na prokázání zkušeností člena realizačního týmu dodavatele – stavbyvedoucího prostřednictvím doložení referenčních stavebních prací tohoto člena týmu, jakožto kritérium technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. c) a d) zákona uvedené v čl. 10. odst. 10.5 bodu 2. písm. a) odrážce třetí zadávací dokumentace (dále jen „**ZD**“) veřejné zakázky a zároveň jako hodnotící kritérium ve smyslu § 116 odst. 2 písm. e) zákona uvedené v čl. 14. odst. 14.1, 14.2 a 14.4 ZD veřejné zakázky, nejednoznačně, neboť znění obou zmíněných zadávacích podmínek bylo odlišné a připouštělo tak rozdílný výklad, díky čemuž nebylo zřejmé, jaké

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

referenční stavební práce mají být v rámci prokazování splnění předmětných zadávacích podmínek ze strany dodavatelů dokládány, čímž stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem, přičemž obviněný uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo.

6. Výrokem II. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že obviněný se dopustil přestupku tím, že stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu s ustanovením § 78 odst. 2 zákona, když v rámci kritéria ekonomické kvalifikace uvedeného v čl. 10. odst. 10.4 ZD veřejné zakázky stanovil požadavek na doložení minimálního ročního obratu dodavatele ve výši, která přesahuje dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky vztažené k jednomu roku plnění této veřejné zakázky, čímž stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem, přičemž obviněný uzavřel s vybraným dodavatelem smlouvu o dílo.
7. Výrokem III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému za spáchání výše uvedených přestupků pokutu ve výši 110 000 Kč.
8. Výrokem IV. napadeného rozhodnutí Úřad uložil obviněnému uhradit náklady řízení ve výši 1 000 Kč.
9. Úřad v odůvodnění výroku I. napadeného rozhodnutí posoudil zadávací podmínky stanovené v čl. 10.5 ZD a čl. 14 ZD. Úřad shledal, že tyto zadávací podmínky neobsahovaly totožné požadavky na dokládané referenční stavební práce, ale naopak se v několika bodech lišily. U obou dotčených zadávacích podmínek byl rozdíl v popisu referenčních stavebních prací, které mohou dodavatelé ve vztahu k jedné či druhé zadávací podmínce dokládat, a dále v tom, kolik jich minimálně musí dodavatelé doložit, aby bylo dané podmínce vyhověno, na jaké pozici měla osoba, jejíž zkušenosti jsou dokládány, v rámci referenčních stavebních prací působit, a také v jakém časovém období musely být dokládány referenční stavební práce realizovány. Úřad tak dospěl k závěru, že způsob, jakým byl vymezen požadavek zadavatele na doložení zkušeností člena realizačního týmu dodavatele – stavbyvedoucího, je nejednoznačný a zmatečný, přičemž byl schopný způsobit nejistotu případných zájemců o účast v předmětném zadávacím řízení ohledně toho, jaké referenční stavební práce mohou ve vztahu k prokázání kvalifikace a ve vztahu k hodnocení nabídek dokládat. Uvedená nejistota pak dle Úřadu neumožnila těmto zájemcům podat vzájemně porovnatelné nabídky a reálně se projevila i při posuzování splnění kvalifikace účastníků zadávacího řízení, při hodnocení podaných nabídek zadavatelem a také ve vylučování jednotlivých účastníků zadávacího řízení pro nenaplnění předmětných zadávacích podmínek. Nejasné zadávací podmínky připouštějí rozdílný výklad ohledně požadavků zadavatele na kvalifikaci dodavatele, a takový postup zadavatele při zadávání veřejné zakázky je fakticky nekontrolovatelným. Nejednoznačnost ZD je projevem nedodržení zásady transparentnosti zadávacího řízení, neboť po dodavatelích nelze spravedlivě požadovat, aby obsah požadavků obviněného stanovených v zadávací dokumentaci domýšleli pouze dle svého uvážení, bez poskytnutí dostatečného vodítka ze strany zadavatele. Úřad shledal, že zadavatelem stanovené zadávací podmínky byly v rozporu se zákonem.
10. K výroku II. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že jelikož je předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve výši 81 000 000 Kč bez DPH a stanovená doba plnění veřejné zakázky je 540 kalendářních dnů od protokolárního předání a převzetí staveniště, tak roční předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 54 750 000 Kč. Maximální možný limit minimální výše ročního obratu dodavatele ve smyslu § 78 odst. 2 zákona je tedy 109 500 000 Kč bez DPH.

Zadavatel stanovil požadavek na doložení ročního obratu dodavatele minimálně ve výši 150 000 000 Kč bez DPH. Úřad tak po svém přepočtu dospěl k závěru, že zadavatel požadoval doložení ročního obratu dodavatele ve výši překračující dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky (odpovídající jednomu roku plnění). Zadavatel dle Úřadu stanovil dotčenou zadávací podmínku v rozporu s § 78 odst. 2 zákona.

III. Rozklad obviněného

11. Dne 28. 6. 2021 byl Úřadu proti napadenému rozhodnutí doručen rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 14. 6. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

12. Zadavatel předně v rozkladu předestřel obecný výklad principu předvídatelnosti práva a k tomu související ústavněprávní judikaturu. Podle názoru zadavatele se Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí opírá o takový výklad některých ustanovení zákona, který je s ohledem na dosavadní rozhodovací činnost Úřadu zcela nový, překvapivý a v přímém rozporu s doslovným textem zákona. Zadavatel má za to, že napadené rozhodnutí vykazuje znaky narušení principu právní jistoty, předvídatelnosti práva a legitimní předvídatelnosti postupu orgánů veřejné moci.
13. Dále zadavatel brojí proti postupu Úřadu v průběhu správního řízení o přestupku při vyřizování jeho žádosti o nahlížení do spisu, neboť mu nebyl zpřístupněn celý spis, ale pouze přepis relevantních částí spisu. Zadavatel má za to, že Úřad postupoval v rozporu se závěry Nejvyššího správního soudu učiněnými v rozsudku č. j. 8 As 236/2016 – 51 ze dne 28. 6. 2017. K této námitce zadavatel doplňuje, že Úřad postupoval v rozporu s pravidly pro nahlížení do spisu, která jsou zveřejněná na webových stránkách Úřadu.
14. Následně zadavatel v rozkladu brojí proti výroku I. napadeného rozhodnutí. Zadavatel nesouhlasí se závěrem Úřadu, že by byly sporné zadávací podmínky nejednoznačné. To potvrzuje dle zadavatele i ta skutečnost, že se do předmětného zadávacího řízení přihlásil vysoký počet účastníků zadávacího řízení, a ten fakt, že žádný z těchto účastníků nepodal námítky směřující proti obsahu ZD.
15. Zadavatel nesouhlasí s názorem Úřadu, že společnost Metrostav a.s., IČO 00014915 se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8 (dále jen „**Metrostav a.s.**“) vyloučil z toho důvodu, že u dokládáných referenčních stavebních prací tato společnost ve své nabídce neuvedla údaj, že se jednalo o „výstavbu dopravního terminálu“. Zadavatel tvrdí, že Metrostav a.s. vyloučil proto, že neuvedla žádnou stavbu, která by splňovala zadávací podmínky. Toto tvrzení zadavatel podpořil citací ze Zápisu č. 1 hodnotící komise v protokolu o prvním jednání hodnotící komise. Zadavatel má za to, že veškeré kroky při hodnocení nabídek hodnotící komise zaznamenávala transparentně do protokolů 1. až 9. jednání hodnotící komise, ze kterých je zřejmé, že hodnotící komise postupovala systematicky, odborně a nediskriminačně, o čem dle zadavatele svědčí i to, že zasedala devětkrát. Zadavatel v rozkladu upřesňuje, jakým způsobem hodnotil nabídky, což dle zadavatele také vychází z protokolů z jednání hodnotící komise. U staveb, které neobsahovaly údaj „výstavba dopravního terminálu“, „kryté nástupiště“ a zároveň z povahy reference vyplývalo, že se nejedná o stavbu požadovaného charakteru, odborná komise takovouto stavbu neakceptovala (např. Metrostav) a současně

neměla možnost požádat o objasnění nabídky. Avšak u staveb, které obsahovaly pouze jeden tento údaj, nebo se nejednalo o výstavbu, ale o např. „modernizaci“, „revitalizaci“, v takovém případě odborná komise požádala o objasnění nabídky a následně rozhodla o akceptaci nebo neakceptaci doložených údajů, jako např. u společnosti STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírkova 982/4, 158 00 Praha 5 - Jinonice (dále jen „STRABAG a.s.“).

16. Zadavatel má za to, že jak z námitek dodavatele Metrostav a. s., tak i ze žádosti o objasnění dodavatele STRABAG a.s. je zřejmé, že dodavatelé porozuměli sporným zadávacím podmínkám. Na podporu tohoto tvrzení zadavatel citoval obsah námitek dodavatele Metrostav a.s. a objasnění údajů STRABAG a.s. Zadavatel je toho názoru, že zadávací podmínky nebyly nejednoznačné, ale účastníci zadávacího řízení, kteří byli vyloučeni, nevěnovali zpracování nabídek dostatečnou pozornost. K tomu zadavatel popsal důvody vyloučení účastníků zadávacího řízení a uzavírá, že ani jeden účastník nebyl ze zadávacího řízení vyloučen proto, že by zadávací podmínky byly zmatečné. Podle zadavatele se tak přestupek nestal.
17. K výroku II. napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že kritérium ekonomické kvalifikace stanovil v souladu s odpovídajícím ustanovením zákona v souvislosti s předmětem veřejné zakázky tak, aby vyhovovalo objektivně odůvodněným požadavkům na způsobilost dodavatelů k jejímu plnění. Zadavatel nesouhlasí se závěry Úřadu v této části odůvodnění, neboť Úřad vycházel z dřívějšího rozhodnutí, které se týkalo způsobu stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky pravidelné povahy na dodávky nebo služby. Posuzovaná veřejná zakázka není zakázkou pravidelné povahy, ale jednorázovou zakázkou na stavební práce. To jsou podle zadavatele důvody, proč zmíněná rozhodnutí Úřadu nedopadají na nyní posuzovaný případ. Překvapivý právní výklad ustanovení § 78 odst. 2 zákona zastávaný v tomto případě Úřadem představuje typický příklad nepovolené extenzivní analogie v právu a je zjevně v neprospěch obviněného.
18. Zadavatel rovněž brojí proti výroku o pokutě. Zadavatel má za to, že jelikož předmětné přestupky nespáchal, Úřad mu za ně nemůže uložit pokutu.

Závěr rozkladu

19. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení o přestupku zastavil.

IV. Řízení o rozkladu

20. 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

21. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech byla podle § 98 odst. 1 zákona o přestupcích přezkoumána správnost a zákonnost napadeného rozhodnutí v plném rozsahu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.

22. Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl v rozporu se zákonem, neboť nade vši pochybnost neprokázal, že obviněný svým jednáním naplnil skutkovou podstatu přestupku, jehož spáchání je mu Úřadem kladeno zavinu. Úřad totiž neprokázal, že obviněný nastavil zadávací podmínky veřejné zakázky natolik nejasně, že by tím porušil zásadu transparentnosti dle § 6 zákona v takové míře, že by bylo třeba toto jednání postihnout jako přestupek. V daném případě tudíž vyvstaly důvodné pochybnosti o spáchání přestupku. V případech, kdy existují důvodné pochybnosti o relevantních skutkových okolnostech, nelze je v souladu se zásadou *in dubio pro reo* posoudit v neprospěch zadavatele, ale naopak je nutno je posoudit v jeho prospěch. Z toho důvodu lze učinit závěr, že přestupek definovaný ve výroku I. napadeného rozhodnutí se nestal.
23. Úřad ve výroku II. napadeného rozhodnutí nesprávně aplikoval postup spočívající v přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění veřejné zakázky s ohledem na charakter veřejné zakázky na stavební práce. Zadavatel tak neporušil při stanovení úrovně ročního obrátu dodavatele ustanovení § 78 odst. 2 zákona.
24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl nesprávně a v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč bylo přistoupeno ke zrušení napadeného rozhodnutí a k zastavení správního řízení.

V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení

K důvodům zrušení výroku I. napadeného rozhodnutí

25. Zadavatel v čl. 10. odst. 10.5 bodu 2. ZD veřejné zakázky stanovil k prokázání splnění technické kvalifikace dodavatele požadavek na předložení seznamu techniků nebo technických útvarů, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, z nějž bude patrné, že jedním z (řádných) členů týmu, který se bude podílet na plnění veřejné zakázky, bude stavbyvedoucí – osoba odpovědná za vedení zakázky (osoba zajišťující denně řádné vedení stavby). Dle písm. a) odrážky třetí citované zadávací podmínky měl tento člen týmu splňovat mimo jiné následující požadavek: „*min. 2 stavby obdobného charakteru, tj. realizace výstavby dopravního terminálu, jehož součástí byla krytá nástupiště, kde každá stavba byla s celkovým finančním objemem min. 30 mil. Kč bez DPH.*“
26. Dále v čl. 14. odst. 14.1 ZD veřejné zakázky zadavatel stanovil kritéria hodnocení tak, že bude hodnotit jednak celkovou nabídkovou cenu (váha 90 %), jednak kvalitu týmu (váha 10 %).
27. Zadavatel dále v odst. 14.2 téhož článku ZD veřejné zakázky ke kritériu kvality týmu uvedl, že bude hodnocena kvalifikace a zkušenosti osob zapojených do realizace veřejné zakázky, které mají významný dopad na její plnění, konkrétně budou hodnoceny doložené zkušenosti řádného člena týmu – stavbyvedoucího splňující požadavky dle odst. 14.4 téhož článku zadávací dokumentace veřejné zakázky.
28. Zadavatel ve zmiňovaném odst. 14.4 daného článku ZD veřejné zakázky uvedl následující: „*Za účelem hodnocení nabídek v tomto kritériu je uchazeč povinen ve své nabídce doložit Čestným prohlášením dle vzorové přílohy č. 4 ZD – ČP o realizovaných stavebních pracích k hodnotícímu kritériu kvalita týmu případně jiným dokladem zkušenosti řádného člena týmu - stavbyvedoucího s realizací výstavby dopravního terminálu, jehož součástí byla krytá nástupiště, na nichž se jako zodpovědná autorizovaná osoba podílela za posledních 10 let,*

která v případě vyhodnocení nabídky uchazeče jako nejvhodnější, bude zastávat pozici osoby odpovědném realizaci zakázky – stavbyvedoucí, dle bodu 10.5.2,(...)“.

29. V témže ustanovení ZD bylo také uvedeno, že: „[p]okud účastník ZŘ nedoloží v nabídce min. 1 zkušenost odpovídající podmínkám stanoveným v zadávací dokumentaci, nebude jeho nabídka hodnocena a účastník ZŘ bude vyloučen z účasti v zadávacím řízení.“
30. Zadavatel dne 25. 2. 2020 vysvětlením ZD č. 08 odpověděl na žádost o vysvětlení ZD č. 39, jaké procesy realizace stavby lze doložit (podrobně bod 59. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Zadavatel uvedl, že pojem výstavba zahrnuje pouze nové stavby. Zadavatel však doplnil, že v případě uvedení jiné než nové stavby terminálu, která bude zahrnovat veškeré stavební konstrukce dle předmětu zakázky, tj. splňovat požadavky na předepsanou technickou kvalifikaci a dosahovat požadovaného finančního objemu, se bude dle požadavků ZD uvedených pod bodem 10.5 jednat o stavby obdobné.
31. Dále zadavatel vysvětlením ZD č. 16 ze dne 27. 3. 2021 učinil změnu zadávací podmínky uvedené v čl. 14 odst. 14.4 ZD týkající se minimálního požadovaného počtu referenčních stavebních prací v rámci dotčeného kritéria hodnocení nabídek (nově bylo nutné doložit alespoň dvě referenční stavební práce) a k tomu uvedl mimo jiné následující: „Zadavatel požaduje v čl. 10.5 Technická kvalifikace, odst. 2 a) prokázání zkušeností u stavbyvedoucího uvedením min. 2 staveb obdobného charakteru, tj. realizace výstavby dopravního terminálu, jehož součástí (sic!) byla krytá nástupiště, kde každá stavba byla s celkovým finančním objemem min. 30 mil. Kč bez DPH. Na tomto požadavku Zadavatel nadále trvá. Jelikož požadované **stavby dle čl. 10.5 jsou zároveň i hodnotícím kritériem dle čl. 14.2 a 14.4.** Podrobných podmínek zadávací dokumentace upravuje Zadavatel písařskou chybu v čl. 14.2 požadavek na zkušenost odpovídající podmínkám stanoveným v zadávací dokumentaci, min. však 2 stavby min. hodnoty 30 mil. Kč bez DPH. Písařská chyba nemá vliv na změnu zadávacích podmínek, neboť koresponduje s požadavkem čl. 10.5.“ (zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).
32. Je třeba dát zapravdu Úřadu, že výše citovaná ustanovení zadávací dokumentace působí zmatečně. Je zjevné, že text zadávací dokumentace nepracuje s exaktně vymezenými pojmy, kterých by se do důsledků držel ve všech případech jejich výskytu. Zadavateli je třeba důrazně doporučit, aby byl v přípravě zadávací dokumentace důslednější. Jde však stále o nesrovnalosti spíše v rovině jazykového vyjádření, které lze jednak překlenout výkladem, vezme-li se v úvahu celkový obsah zadávací dokumentace, jednak tyto nesrovnalosti mohly být navíc pohodlně odstraněny pomocí vysvětlení ZD, kdyby o to uchazeči projevíli zájem.
33. Zadavatel ve vysvětlení ZD č. 16 dal jasně najevo, že článek 10.5 a článek 14.4 vztáhl k téže zkušenosti s realizací stavebních prací. Zadávací dokumentaci je proto v daném případě třeba vyložit tak, že hodnotícím kritériem se kryje s kritériem kvalifikačním.
34. Pokud jde o pochybnost Úřadu, zda formulace „stavby obdobného charakteru, tj. realizace výstavby“ neumožňuje dvojí výklad ve smyslu, že jednak ji lze **zprv** chápat tak, že stavbami obdobného charakteru jsou jen takové stavby, které odpovídají tomu, co je uvozeno výrazem „tj.“, a jednak **zadruhé**, že tím lze rozumět stavby jiné, které jsou tomu, co je za výrazem „tj.“ uvedeno, pouze obdobné, pak je třeba uvést následující. Průměrný dodavatel by za logičtější *prima facie* považoval druhý z uvedených výkladů. Výraz „obdobný“ je totiž pravidelně užíván jako výraz srovnávání či připodobňování, a naopak jeho primárním smyslem není označovat

to, co je totožné, identické. Samozřejmě, text zadávací dokumentace umožňuje i první z nastíněných výkladů, nicméně výraz „obdobný“ vystupuje do popředí dostatečně intenzivně na to, aby převládl výklad druhý. To, co je vyjádřeno slovy, totiž zpravidla na čtenáře působí intenzivněji než to, co je vyjádřeno vzájemnými vztahy větných členů. V tomto smyslu se tedy výklad první jeví až příliš sofistikovaným. Pokud měl některý z dodavatelů stejnou pochybnost jako Úřad, mohl zadavatele požádat o vysvětlení. V tomto smyslu tedy zadavatel nenastavil zadávací podmínky dosti nejasně na to, aby zasáhl zásadu transparentnosti natolik, že by to bylo společensky škodlivé.

35. Pokud Úřad zadavateli vytýká, že není jasné, v jaké pozici měla daná osoba při plnění referenční zakázky vystupovat, tedy jestli v roli stavbyvedoucího, nebo v roli jiné, pak je třeba uvést následující. V rámci kvalifikačního kritéria dle § 79 odst. 2 písm. c) zákona zadavatel vždy, až na případ stavbyvedoucího, u referenčních zakázek uváděl, že musí jít o praxi v té které konkrétní pozici. Nelze přehlédnout, že u všech členů realizačního týmu také požadoval určitou délku praxe ve shodném oboru na shodné pozici. Celkově je tedy kvalifikační kritérium nastaveno tak, jako by zadavatel vždy chtěl ověřit zkušenost členů realizačního týmu s prací na té pozici, na které mají působit při plnění zadávané veřejné zakázky. Takto je na první pohled logické kvalifikační kritérium chápat. Pokud měli dodavatelé pochybnost o významu zadávacích podmínek, měli vznést na zadavatele příslušný dotaz, aby tyto pochybnosti odstranili. V tomto smyslu tedy zadavatel nenastavil zadávací podmínky dosti nejasně na to, aby zasáhl zásadu transparentnosti natolik, že by to bylo společensky škodlivé. Navíc, pokud zadavatel kvalifikačním kritériem dle čl. 10.5 ZD bodu 2 ZD usiluje o to, aby ověřil zkušenosti těch, kdo se budou podílet na plnění veřejné zakázky, je nelogické, aby u některého člena realizačního týmu zadavatel umožnil, že tato osoba, jejíž zkušenosti si zadavatel chce ověřit, působila na referenční zakázce v jiné pozici, než na pozici, již má zastávat při realizaci zadávané veřejné zakázce. Obzvláště nelogické je to pak u osoby stavbyvedoucího.
36. Cílem zadavatelů by mělo být, aby dodavatel ustanovením zadávací dokumentace co nejsnáze porozuměl. Ideálně by tedy měl být schopen nalézt celé jedno kritérium technické kvalifikace na jednom místě v textu zadávací dokumentace. To činí zadávací dokumentaci přehlednou a jasně srozumitelnou. Zdejší zadávací dokumentace v tomto ohledu jistě vykazuje nedostatky. Nicméně, nejde o takové nedostatky, které by nebylo možno překlenout s přihlédnutím k předmětu zadávaného plnění a k systematickému zařazení sporných ustanovení ZD.
37. Je samozřejmé, že zadavatel nese plnou odpovědnost za stanovení zadávacích podmínek včetně toho, že zadávací podmínky nebudou bezdůvodně klást překážky dodavatelům, nebudou bezdůvodně protěžovat konkrétního dodavatele nebo okruh dodavatelů, budou transparentní a nediskriminační a nebudou jakýmkoli způsobem (a to jak přímo, tak skrytě) neodůvodněně omezovat hospodářskou soutěž mezi uchazeči o předmětnou veřejnou zakázku. Jednání zadavatele při stanovení zadávacích podmínek nevzbuzuje pochybnosti o férovosti soutěže, což také Úřad vyhodnotil v bodě 118. odůvodnění napadeného rozhodnutí, ve kterém zohlednil jako polehčující okolnost tu skutečnost, že se v daném případě jednalo spíše o omyl zadavatele než o záměrný postup s úmyslem nezákonně omezit soutěž. Pokud nikdo z účastníků nebrojil proti zadávacím podmínkám (či už podáním žádosti o vysvětlení nejasných pasáží zadávacích podmínek nebo podáním námitek proti zadávacím podmínkám), zadavatel byl oprávněně v dobré víře, že jsou zadávací podmínky srozumitelné

pro všechny účastníky řízení. Tvorba zadávacích podmínek není jednoduchým úkolem a nelze požadovat po zadavateli, aby zadávací podmínky byly **zcela** bezchybné, precizně formulované, terminologicky koherentní, zkrátka dokonalé. K ustanovením zadávací dokumentace je proto potřeba přistupovat s určitou mírou racionality a s touto racionalitou je i vykládat. Takovou optikou mají na zadávací podmínky nahlížet i dodavatelé.

38. Skutečnost, že zadávací podmínky nebyly natolik zmatečné, podporuje i ten fakt, že 4 uchazeči z 9 uchazečů tyto zadávací podmínky splnili a jejich nabídky zadavatel hodnotil. Dále pak Úřad nemůže zcela jednoznačně tvrdit, že u uchazečů, které zadavatel vyloučil, tak učinil právě v důsledku nejasných zadávacích podmínek. Jak bude popsáno níže, zadavatel vyloučil dodavatele z různých důvodů.
39. Zadavatel vyloučil dodavatele STASEKO PLUS s.r.o., IČO 25853473, se sídlem Slezská 2101/15, 737 01, Český Těšín (dále jen „**STASEKO PLUS s.r.o.**“) ze zadávacího řízení proto, že tento dodavatel po zadavatelem prodlouženém termínu pro doložení požadovaných dokladů nedoložil doplnění nabídky a ani nezaslal žádné vysvětlení mimořádně nízké nabídkové ceny. Je tak zřejmé, že dodavatel STASEKO PLUS s.r.o. nebyl vyloučen z důsledku nejednoznačně stanovených zadávacích podmínek.
40. Dalšího dodavatele Ridera Stavební a.s., IČO 45192464, se sídlem 382/32, 708 00 Ostrava – Poruba (dále jen „**Ridera Stavební a.s.**“) zadavatel vyloučil ze zadávacího řízení z toho důvodu, že u jedné ze dvou dokládáných referenčních stavebních prací předložil do své nabídky údajně nepravdivé údaje o stavbyvedoucím, protože tato referenční stavba nebyla zadavatelem uznána a dodavateli Ridera Stavební a.s. tak k prokázání kvalifikace zůstala pouze jedna ze dvou požadovaných referencí, což už neodpovídalo požadavku na předložení min. 2 zkušeností. Konkrétně šlo o to, že dodavatel v čestném prohlášení o realizovaných stavebních pracích uvedl stavbyvedoucího pro zadávanou veřejnou zakázku a k němu příslušné referenční zakázky. Následně si zadavatel ověřil u kontaktní osoby dané referenční zakázky informaci, zda se tento stavbyvedoucí podílel i na referenčních stavbách jako stavbyvedoucí. Zadavatel zjistil, že u jedné ze dvou předložených referenčních staveb tomu tak nebylo, protože shledal, že dodavatel předložil nepravdivé informace. Referenci proto neuznal. Z námitek ze dne 22. 6. 2020 proti vyloučení Ridera stavební a.s. vyplývá tvrzení, že se stavbyvedoucí navrhovaný pro zadávanou zakázku na referenční zakázce podílel, nicméně není řečeno, v jaké pozici (z kontextu námitek je zřejmé, že nešlo o pozici stavbyvedoucího). Jak bylo vysvětleno výše, na zdejší případ je třeba nahlížet tak, že pokud zadavatel ověřuje zkušenosti stavbyvedoucího prostřednictvím referenčních staveb, pak je logické vyložit si takto formulované kvalifikační kritérium tak, že by člen realizačního týmu, který bude jako stavbyvedoucí působit, měl působit jako stavbyvedoucí i v předložených referenčních stavbách uvedených v nabídce. Takový výklad předmětné zadávací podmínky se nabízí na první pohled a pokud k předmětnému kvalifikačnímu kritériu jeden dodavatel přistoupil jinak, aniž by si svůj vlastní výklad u zadavatele ověřil, nelze to bez dalšího vytýkat zadavateli. Fakt, že jeden uchazeč z 9 uchazečů veřejné zakázky si tuto zadávací podmínku nevyložil výše popsaným způsobem, tedy že se stavbyvedoucí zadávané zakázky měl podílet i jako stavbyvedoucí na referenční stavbě, která dokládá jeho zkušenost, nemůže sama o sobě dokládat zmatečnost zadávacích podmínek.
41. Společnost Beskydská + ECS – Český Těšín - jedná se o společnost dodavatelů, kteří podali společnou nabídku, a to společnost Beskydská stavební, a .s., IČO 28618891, se sídlem

Frýdecká 225, 739 61 Třinec a společnost EUROVIA CS, a s. , IČO 45274924, U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – Michle (dále jen „**Společnost Beskydská + ECS – Český Těšín**“) byla ze zadávacího řízení rovněž vyloučena, neboť dle zadavatele nedoložila dostatek referencí, které bylo možno uznat. V nabídce, konkrétně v čestném prohlášení stavbyvedoucího této společnosti, byl doložen i životopis stavbyvedoucího, ve kterém stavbyvedoucí prohlásil: „**jako stavbyvedoucí jsem působil minimálně u 2 zakázek obdobného charakteru tj. realizaci výstavby dopravního terminálu, jehož součástí byla krytá nástupiště, kde každá stavba byla s celkovým finančním objemem min. 30 mil. Kč. Jedná se o tyto stavby:**

- a. *Autobusové nádraží Karviná*
- b. *Revitalizace autobusového nádraží v Bílovci*
- c. *Letiště Leoše Janáčka Ostrava, kolejové napojení“*

V čestném prohlášení dle přílohy č. 4 ZD, datovaném 27. 4. 2020, však dodavatel u svého stavbyvedoucího uvedl již pouze dvě referenční zakázky (neuvlil zakázku „Autobusové nádraží Karviná“).

42. Z výše uvedené citace je zřejmé, že společnost Beskydská + ECS – Český Těšín zadávacím podmínkám porozuměla stejně jako zadavatel, pokud do pozice stavbyvedoucího obsadila osobu, která měla na referenčních zakázkách dle jejího soudu zkušenost v pozici stavbyvedoucího. Zadavatel však zjistil, že v nabídce předložila nepravdivé informace. Zadavatel zjistil od kontaktní osoby referenční zakázky – „*Letiště Leoše Janáčka Ostrava, kolejové napojení*“, že se stavbyvedoucí uvedený v nabídce na realizaci této stavby nepodílel. Proto zadavatel tuto referenci neuznal. Úřad tak nesprávně vyhodnotil, že na základě toho, že byly zadávací podmínky zmatečné, byla tato společnost vyloučena. Společnost Beskydská + ECS – Český Těšín byla vyloučena na základě toho, že zadavatel v její nabídce shledal nepravdivé informace, v důsledku čehož dodavatel opět neprokázal splnění podmínek kvalifikace. K neshodě zadavatele a dodavatele ohledně významu ustanovení zadávací dokumentace v tomto směru nedošlo.
43. Srozumitelnost zadávací podmínky ohledně požadavku na účast v roli stavbyvedoucího na referenčních zakázkách lze vyvodit i z nabídky dodavatele Metrostav a.s., u které zadavatel shledal (bod III. rozhodnutí o vyloučení ze dne 21. 5. 2020), že stavbyvedoucí dodavatelem navržený pro zadávanou veřejnou zakázku se jako stavbyvedoucí podílel na referenčních zakázkách uvedených v čestném prohlášení o realizovaných stavebních pracích dle přílohy č. 4 ZD. Metrostav a.s. byl vyloučen, neboť dle zadavatele nepředložil 2 referenční stavby, které by odpovídaly stavbě dopravního terminálu, resp. nedoložil v referenční zakázce údaj o výstavbě dopravního terminálu, jehož součástí byla krytá nástupiště. Nutno zdůraznit, že v námitkách tohoto dodavatele ze dne 8. 6. 2020 se toliko obecně namítá, že zadavatel neposoudil kvalifikaci správně, že dodavatel ji splnil a že rozhodnutí o vyloučení je nepřezkoumatelné. Dodavatel žádným způsobem nepopsal, kterou otázku hodnotí jinak než zadavatel, resp. v čem konkrétně se zadavatelem nesouhlasí. Aniž by byl nyní činěn jakýkoliv závěr o tom, zda mohl dodavatel námitky koncipovat podrobněji, či nikoliv, je zřejmé, že z takto zpracovaných námitek nelze činit závěry o tom, jakým konkrétním způsobem si dodavatel ustanovení zadávací dokumentace vyložil. To Úřad v bodě 72. odůvodnění napadeného rozhodnutí zcela nepřipadně činí.

44. Úřad stejně tak nepřipadně učinil závěr, že zadavatel postupoval nekonzistentně při objasňování nabídek v případě Metrostav a.s. v porovnání s dodavatelem STRABAG a.s. Takový závěr se totiž vztahuje k postupu zadavatele v zadávacím řízení a k případné otázce dodržení zásady rovného zacházení se všemi účastníky zadávacího řízení. Nevyplývá z něj však nic podstatného k otázce, zda byly zadávací podmínky nastaveny srozumitelně, anebo to alespoň Úřad v bodě 70. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde tento argument zaznívá, nedokázal vysvětlit.
45. Úřad taktéž nesprávně učinil závěr, že ani v nabídce dodavatele IDS – Inženýrské a dopravní stavby Olomouc a.s., IČO 25869523, se sídlem Albrechtova 229/1, 779 00 Olomouc (dále jen „**IDS Inženýrské a dopravní stavby Olomouc a.s.**“) nebyl uveden údaj o dopravním terminálu, a dle Úřadu tak zadavatel přijal i v tomto případě jiné stavby než stavby dopravního terminálu. Tento závěr Úřadu je založený na čistě jazykovém výkladu názvu referenčních staveb, neboť v podrobném popisu předmětu těchto referenčních zakázek dodavatel popsal, že součástí předložených staveb železničních tratí bylo i kryté nástupiště, tedy lze uvažovat o tom, že jde o stavbu obdobnou výstavbě dopravního terminálu, jehož součástí jsou krytá nástupiště.
46. Dalším vyloučeným dodavatelem ze zadávacího řízení byl dodavatel OHL ŽS a.s., IČO 46342796, se sídlem Burešova 938/17, 602 00 Brno – Veverí, který se pro toto zadávací řízení sdružil se společností PORR a.s., IČO 43005560, se sídlem Dubečská 3238/36, 100 00 Strašnice Praha 10 (dál jen „**Dopravní terminál Český Těšín – OHL ŽS+PORR**“), aby podali společnou nabídku. Zadavatel tohoto dodavatele vyloučil ze zcela jiného důvodu, než jak tomu bylo v předešlých případech. Zadavatel v odůvodnění rozhodnutí o vyloučení uvedl, že dodavatel Dopravní terminál Český Těšín – OHL ŽS+PORR nesplnil zadávací podmínku 14.4, neboť stavbyvedoucí se za posledních 10 let nepodílel na stavbě „*Rekonstrukce železniční stanice Opava*“ a stavbě „*Rekonstrukce železniční stanice Suchdol nad Odrou*“. Ze zadávací podmínky 14.4 ZD (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jednoznačně vyplývá, že se ověřují zkušenosti stavbyvedoucího za posledních 10 let.
47. S ohledem na doposud uvedené okolnosti případu mohl Úřad jen stěží bez všech důvodných pochybností učinit závěr, že zadávací podmínky byly natolik zmatečné, že by dodavatelé nebyli schopni sestavit nabídku dle takto formulovaných zadávacích podmínek. Důvody, pro které byli dodavatelé vyloučeni, o tom rozhodně nesvědčí. Ačkoliv to nelze bez hlubšího posouzení každého jednoho rozhodnutí o vyloučení kategoricky uzavřít, lze obecně konstatovat, že situace se jeví spíše tak, že dodavatelé nebyli dostatečně pečliví ve zpracování svých nabídek, a důsledkem toho byli zadavatelem vyloučeni. Tvrdit, že hlavním důvodem, pro který byli dodavatelé vyloučeni, bylo nepochopení zadávacích podmínek, není ve zdejším případě přiléhavé. Úřad při posuzování zadávacích podmínek přistupoval příliš formalisticky, přičemž zásadu transparentnosti Úřad vyložil ve vztahu k zadavateli s přílišnou tvrdostí. Ve sporném postupu zadavatele tak není možné shledat porušení zásady transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona tvrzené ve výroku I. napadeného rozhodnutí.
48. Zásada transparentnosti, jejíž porušení Úřad zadavateli ve výroku I. vytýká, spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů. Tyto pojmy není v zásadě vhodné blíže specifikovat přímo v zákoně, neboť jejich smyslem je reagovat na širokou škálu různých okolností, kterými se jednotlivé, byť třeba na první pohled totožné, případy liší. Ke způsobu aplikace a interpretace základních zásad se vyjádřil i Nejvyšší správní soud ve svém rozhodnutí ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159. Pro aplikaci základních zásad zadávacího řízení jakožto neurčitých

právních pojmů je nutno zvážit všechny podstatné okolnosti ve všech souvislostech předtím, než Úřad dospěje k závěru, zda zásady byly nebo nebyly porušeny. Okolnosti, na základě kterých Úřad shledal porušení transparentnosti postupu zadavatele, spočívaly zejména na jazykovém výkladu Úřadu sporných zadávacích podmínek a domněnce, že v důsledku nejednoznačných zadávacích podmínek byli zadavatelem vyloučeni výše uvedení dodavatelé.

49. V řízení ve věci možného spáchání přestupku se nelze spokojit s tím, že se zadavatel tohoto přestupku pravděpodobně dopustil. Není-li mimo jakoukoli pochybnost prokázáno, že byly naplněny všechny znaky skutkové podstaty, nemůže Úřad učinit závěr, že byl přestupek spáchán.
50. V daném případě argumentace Úřadu v odůvodnění napadeného rozhodnutí stojí pouze na vlastním výkladu zadávacích podmínek, který je pak v určitých místech v rozporu se skutečností. S ohledem na skutečnost, že Úřad zde navíc konstatuje naplnění skutkové podstaty přestupku dle § 268 odst. 1 písm. b) zákona, musí jeho závěry o stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem stát především na přesvědčivých a jasných argumentech. Podobně jako v trestním řízení musí i ve správním řízení o přestupku platit zásada presumpce nevinny a zásada *in dubio pro reo*. Uvedené zásady požadují jednoznačné prokázání případné viny a souvisejí zejména s požadavkem zjištění stavu věci bez důvodných pochybností, a to v rozsahu, který je nezbytný pro vydání rozhodnutí ve smyslu § 3 správního řádu. K zásadě *in dubio pro reo* se výstižně vyjádřil Nejvyšší správní soud v rozsudku sp. zn 2 As 20/2006 ze dne 31. 10. 2006 takto: „V sankčním řízení platí, že nelze vyvodit odpovědnost za spáchání přestupku nebo správního deliktu jinak než tím, že správní orgán zjistí spolehlivě skutkový stav a pochybení odpovědného subjektu postaví najisto. Opačný postup, kdy by subjekt správního řízení mohl být shledán odpovědným za naplnění skutkové podstaty přestupku či správního deliktu jen na základě formálních dedukcí a závěrů, by byl protiprávní a protiústavní, protože by popíral obecnou zásadu ‚in dubio pro reo‘, která musí být respektována nejen v trestním, ale i ve správním řízení.“
51. V daném případě jsou důvodné pochybnosti ve vztahu ke skutku zadavatele, a to konkrétně k tomu, zda skutečně nastavil zadávací podmínky tak nejasně, že to mohlo způsobit nejistotu zájemců o účast v zadávacím řízení v otázce, jaké referenční zakázky mohou k prokázání kvalifikace a pro účely hodnocení nabídek dokládat, což dle Úřadu ve výsledku neumožnilo těmto zájemcům podat vzájemně porovnatelné nabídky, jak údajně vyplynulo i z provedených vyloučení některých uchazečů (podrobněji bod 73. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Z výše provedeného posouzení vyplynulo, že celou řadu pochybností o výkladu ustanovení zadávací dokumentace, které Úřad pojal, lze odstranit výkladem. Tyto pochybnosti zároveň nebyly žádným signifikantním důvodem zúžení okruhu účastníků zadávacího řízení, jak bylo rovněž výše vysvětleno. Nelze ani přehlížet, že pokud účastníci zadávacího řízení mají pochyby o jednoznačnosti zadávacích podmínek, dává jim zákon prostředky, jak je v průběhu zadávacího řízení vyjasnit. Lze tak učinit žádostí o vysvětlení ZD dle § 98 zákona nebo podáním námitek proti zadávacím podmínkám ve smyslu § 241 zákona, popřípadě se s návrhem obrátit na Úřad.
52. V případech, kdy existují rozumné pochybnosti o relevantních skutkových okolnostech (zde o skutečnosti, že zadavatel nastavil zadávací podmínky s takovou mírou nejasnosti, že to způsobilo jejich netransparentnost), nelze je v souladu s výše uvedenou zásadou *in dubio pro reo* považovat za prokazané, a tedy rozhodnout v neprospěch zadavatele.

53. Vzhledem k výše uvedenému lze učinit závěr, že se přestupek definovaný ve výroku I. napadeného rozhodnutí nestal, neboť nebyly naplněny znaky jeho skutkové podstaty; konkrétně nebylo prokázáno, že by zadavatel nastavil zadávací podmínky s takovou mírou nejasnosti, že by to způsobilo jejich netransparentnost, což je právě to, co mu Úřad ve výroku I. napadeného rozhodnutí jako protiprávní čin vytknul.

K důvodům zrušení výroku II. napadeného rozhodnutí

54. Podle § 78 odst. 2 zákona podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky. V případě zadávacího řízení, v němž má být uzavřena rámcová dohoda s obnovením soutěže, nesmí tato podmínka přesáhnout dvojnásobek průměrné předpokládané hodnoty veřejných zakázek, které budou prováděny na základě rámcové dohody současně, nebo není-li známa, dvojnásobek předpokládané hodnoty rámcové dohody. V případě zadávacího řízení, v němž má být zaveden dynamický nákupní systém, nesmí tato podmínka přesahovat dvojnásobek maximální předpokládané hodnoty jednotlivých veřejných zakázek, které mají být v dynamickém nákupním systému zadány.
55. Úřad v napadeném rozhodnutí doplnil svůj výklad s ohledem na vlastní rozhodovací praxi k výše citovanému ustanovení. Úřad v bodě 94. odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že pokud je předpokládané plnění veřejné zakázky delší než na dobu jednoho roku, je třeba odvíjet hodnotu ve smyslu § 78 odst. 2 zákona od předpokládané hodnoty veřejné zakázky přepočtené na jeden rok plnění veřejné zakázky. Úřad uvedl mimo jiné následující: *„Roční obrat dodavatele tak poskytuje informaci právě o **dostatečné ekonomické kvalifikaci dodavatele pro jednotlivé roky plnění veřejné zakázky**, jinými slovy o tom, že ve vztahu k plánovanému ročnímu objemu plnění veřejné zakázky bude dodavatel dostatečně velkým, stabilním a nezávislým partnerem pro realizaci veřejné zakázky. Právě proto je při stanovení maximální možné výše požadovaného minimálního ročního obratu dodavatele ve smyslu § 78 odst. 2 zákona u veřejných zakázek zadávaných na dobu delší jednoho roku (resp. s předpokládanou dobou plnění delší než jeden rok) **třeba odvíjet tuto hodnotu od předpokládané hodnoty veřejné zakázky přepočtené na jeden rok plnění veřejné zakázky**. Stanovení požadované výše ročního obratu dodavatele ve výši dvojnásobku celkové (nepřepočtené) předpokládané hodnoty veřejné zakázky by mělo za následek **diskriminaci dodavatelů s nižším obratem, kteří by však byli schopni rovnocenně splnit předmět plnění veřejné zakázky, tedy rovnocenně plnit v průběhu jednotlivých let, a tudíž i po celou dobu plnění veřejné zakázky**. Jinými slovy, zadavatel by při stanovení požadované výše ročního obratu dodavatele ve výši dvojnásobku celkové (nepřepočtené) předpokládané hodnoty veřejné zakázky **nepřiměřeně a bez objektivního důvodu omezil okruh kvalifikovaných dodavatelů, kteří by mohli podat nabídku, přičemž pokud by tak neudělal a stanovil požadavky na prokázání kvalifikačních předpokladů v souladu s výše uvedeným, mohl by obdržet nabídky od širšího okruhu kvalifikovaných dodavatelů.**“* (tučně zvýraznění doplněno). Tedy Úřad vyšel z toho, že zadavatel musí při stanovování minimální výše požadovaného obratu vycházet ze zásady přiměřenosti podle § 6 zákona a požadavek na minimální úroveň obratu musí mít vypovídající hodnotu k předmětu veřejné zakázky.
56. Zákon jednoznačně nevymezuje, zda se limitace dvojnásobkem předpokládané hodnoty vztahuje k roční předpokládané hodnotě. Ze samotného ustanovení § 78 odst. 2 zákona to nikterak neplyne. Toto tvrzení lze podpořit také níže citovanou komentářovou literaturou.

Oproti prvnímu komentáři použitému v napadeném rozhodnutí (viz bod 95. odůvodnění napadeného rozhodnutí, pozn. pod čarou 1) druhý tam uvedený komentář (DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 482) k § 78 odst. 2 zákona uvádí, že: „*Nová zákonná úprava dle komentovaného odstavce 2 tak zřejmě nereflektuje původní rozhodovací praxi ÚOHS platnou v této oblasti, která přijatelnost výše obratu posuzovala rovněž s ohledem na předpokládanou dobu poskytovaného plnění. Úprava uvedená v ZVZ přinejmenším výslovně nerozlišuje, zda bude poskytované plnění provedeno v rámci jednoho roku či zda bude veřejná zakázka prováděna například ve 2–3 letech a maximální možnou požadovanou výši obratu odvozuje pouze od výše předpokládané hodnoty. Jistotu v tomto výkladu však poskytne až rozhodovací praxe ÚOHS.*“

57. Ze systematiky zákona lze dovodit, že předpokládanou hodnotou se rozumí právě předpokládaná hodnota vypočítaná dle pravidel v § 16 a násl. zákona. Podle těchto pravidel se za dobu 1 roku, resp. 12 měsíců plnění, ačkoliv má být zakázka reálně plněna déle, vypočítává předpokládaná hodnota toliko v případě dle § 19 a případně i § 20 a 21 zákona, jde-li o smlouvu na dobu určitou v délce jednoho roku. Z toho plyne, že pouze v těchto případech lze pro účely § 78 odst. 2 zákona použít právě předpokládanou hodnotu vypočítanou toliko za 1 rok.
58. Výklad zákona, který Úřad předestřel, je výkladem restriktivním, neboť stanoví pro zadavatele přísnější limitaci obratu, který jako minimální může zadavatel požadovat. Tento výklad totiž pro účely § 78 odst. 2 zákona bere za rozhodnou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky za dobu toliko jednoho roku i v případech, ve kterých to text zákona nevyžaduje, tedy např. v případech veřejných zakázek na stavební práce s předpokládanou dobou plnění delší než jeden rok. Vedle toho, že výklad Úřadu jde nad rámec požadavků zákonodárce, naráží i na několik praktických problémů.
59. U veřejných zakázek na stavební práce se předpokládaná hodnota stanovuje na celou dobu plnění veřejné zakázky, neboť nelze dopředu odhadnout, zda budou jednotlivé stavební práce dokončeny dle harmonogramu soupisu prací (s ohledem např. na klimatické podmínky nebo kapacitě stavebníků).
60. Obdobně, v nyní posuzovaném případě se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, přičemž doba plnění této veřejné zakázky byla stanovena na dobu 540 kalendářních dní, aniž by byl stanoven závazný harmonogram plnění a byla předpokládaná hodnota v částce 81 mil. Kč bez DPH, která odpovídá této době trvání plnění jako celku, aniž by byla jakkoli vztažena k jednotlivým dílčím časovým jednotkám. Rovněž tak z čl. 6 smlouvy o dílo vyplývá, že cena za plnění má být vyplacena měsíčně na základě dílčích daňových dokladů (faktur) vystavených vítězným dodavatelem v souladu s vyúčtováním odvedené práce. Je zjevné, že zadavatel nechce či není schopen určit v zadávacích podmínkách této veřejné zakázky, zda dodavatelé uskuteční převážnou většinu plnění, resp. plnění odpovídající převážné části předpokládané hodnoty veřejné zakázky v rámci jednoho roku plnění veřejné zakázky. Je pak na dodavatelích, zda jsou schopni splnit veřejnou zakázku za jeden rok, nebo až za celou stanovenou dobu plnění dané veřejné zakázky, tj. 540 kalendářních dní.

61. Z výše uvedeného je patrné, že s ohledem na charakter veřejné zakázky na stavební práce není možné aplikovat postup Úřadu spočívající v přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění veřejné zakázky. Je třeba vycházet z předpokládané hodnoty jako celku.
62. I s ohledem na výše uvedené je třeba výklad zákona, který předestřel Úřad, považovat za výklad, který nemá oporu v textu zákona a jde dalece nad jeho rámec. Je třeba upozornit, že dotváření práva (zde v podobě restriktivního výkladu zákona) ze strany aplikační praxe má zásadní limit právě ve smyslu a účelu právního předpisu. Za jistých okolností je sice restriktivní výklad právního předpisu přípustný, to však zejména tehdy, pokud by jinak nemohlo být dosaženo smyslu a účelu právního předpisu.
63. Účelem § 78 odst. 2 zákona je stanovit maximální limit minimálního ročního obratu, který mohou zadavatelé v rámci kritéria ekonomické kvalifikace požadovat. Otázku, od čeho se takový limit odvíjí, zákonodárce vyřešil, a to tak, že se odvíjí od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Pokud není podle pravidel § 16 a násl. zákona předpokládaná hodnota koncipována jako hodnota za jeden rok plnění (viz právě např. § 19 zákona), pak se z jejího přepočtu na takové období nevychází.
64. Takovýto výklad § 78 odst. 2 zákona, tedy výklad, který neoperuje s přepočtem předpokládané hodnoty veřejné zakázky na dobu jednoho roku, nezasahuje neúnosně hodnoty chráněné zákonem (přiměřenost požadavků zadavatele vůči dodavatelům, rovné zacházení s dodavateli), byť je třeba vůči dodavatelům přísnější než výklad, který Úřad předestřel. Stále totiž zachovává vazbu kvalifikačního kritéria na předmět veřejné zakázky, neboť respektuje, že limit ročního obratu musí být navázán na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Problematickým se může jevit maximálně to, že u veřejných zakázek plněných po dobu delší než jeden rok dochází k určitému rozproštění hodnoty plnění na celé toto období, protože by se mohlo zdát nedůvodné po dodavateli požadovat prokázání ročního obratu ve výši dvojnásobku předpokládané hodnoty za celé stanovené období, ačkoliv je pravděpodobné, že dotčená zakázka za rok v rozsahu celé předpokládané hodnoty splněna nebude právě proto, že se předpokládá plnění delší. Intenzita takového problému však silně závisí na okolnostech konkrétního případu (výši požadovaného minimálního obratu, době plnění zakázky a rozložení plnění v rámci této doby) a rozhodně nelze bez dalšího tvrdit, že by řešení, které plyne z textu zákona, tj. že u stavebních zakázek na dobu delší než jeden rok se předpokládaná hodnota pro účely § 78 odst. 2 zákona nepřepočítává, snad bylo samo o sobě nepřiměřeným či diskriminačním. Řešení přijaté zákonodárcem i z pohledu smyslu a účelu zákona ob stojí a Úřadu nepřisluší jej za takové situace přetvářet.
65. Fakt, že Úřad v obecné rovině nesprávně vyložil právní pravidlo, které stanoví horní limit minimálního obratu, který může zadavatel v rámci ekonomické kvalifikace požadovat, však neznamená, že by nebylo možno posoudit konkrétní zadávací podmínku z pohledu jejího souladu se zásadami dle § 6 zákona, a to na základě individuálních okolností dotčeného případu. Tedy jinak řečeno, i požadavek, který splňuje limit minimálního ročního obratu dle § 78 odst. 2 zákona, může být s ohledem na okolnosti případu rozporný se zásadou přiměřenosti. Proto by zadavatelé neměli k nastavení minimálního ročního obratu přistupovat tak, že budou vždy požadovat minimální obrat nejvyšší možný, ale také by měli zvážit, jaká částka obratu je přiměřená náročnosti plnění zadávané zakázky. Například u zakázky se značnou předpokládanou hodnotou, jejíž plnění však lze předpokládat v horizontu řady let, lze zpravidla očekávat, že se její plnění určitým způsobem rozloží mezi jednotlivá léta, tedy

v žádném roce pravděpodobně nebude splněno to, co odpovídá celé předpokládané hodnotě. Pak by se minimální roční obrat ve výši celého dvojnásobku předpokládané hodnoty jistě mohl jevit jako nepřiměřený, zejména pokud by z důvodu takto nastaveného obratu byla výrazně omezena hospodářská soutěž o zakázku. O takovou situaci se ve zdejší případě nejedná a ani výše minimálního ročního obratu požadovaná zadavatelem nenasvědčuje tomu, že by měla citelný omezující účinek vůči spektru potenciálních uchazečů o veřejnou zakázku. Otázka přiměřenosti požadavku zadavatele nicméně není předmětem zdejšího řízení o přestupku, neboť Úřad zadavateli vytýká pouze to, že nesprávně aplikoval § 78 odst. 2 zákona, tedy že nastavil obrat ve výši vyšší, než je přípustné.

66. Výklad, který zastává Úřad, každopádně nelze považovat za správný už proto, že je nepřipustně restriktivní. Nicméně, i pokud by od této skutečnosti bylo odhlédnuto a výklad Úřadu by byl shledán možným, pak je třeba připomenout, že v případě existence více rovnocenně přesvědčivých výkladů právního předpisu je třeba vždy upřednostnit ten výklad, který je pro účastníka řízení příznivější (*in dubio pro libertate, in dubio mitius*, srov. usnesení rozšířeného senátu NSS ze dne 30. 11. 2010, č. j. 5 Afs 86/2009 - 55). V daném případě by tak stejně bylo nutno upřednostnit výklad, který je pro zadavatele příznivější.
67. S ohledem na vše výše uvedené je třeba učinit následující úvahu. Z dokumentace o ZD vyplývá, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil ve výši 81 000 000 Kč bez DPH. Dvojnásobek předpokládané hodnoty tak činí 162 000 000 Kč bez DPH. Zadavatel stanovil požadavek na doložení ročního obratu dodavatele na 150 000 000 Kč bez DPH, což je v souladu s § 78 odst. 2 zákona. Zadavatel se tak nedopustil porušení zákona co do § 78 odst. 2 zákona, a tedy zadavatel stíhaný přestupek svým postupem při stanovení požadavku na ekonomickou kvalifikace nespáchal. Pokud stíhaný skutek tedy nenaplnil skutkovou podstatu přestupku, pak nelze ani shledat důvody k uložení sankce.

K zastavení správního řízení

68. Podmínkou pro uložení sankce je spáchání přestupku – tedy postupu, který naplňuje znaky podstaty přestupku. Jak bylo uvedeno výše, nedošlo ve zde řešeném případě ke spáchání ani jednoho ze dvou stíhaných přestupků, proto není ani dán důvod pro uložení sankce.
69. S ohledem na výše uvedené bylo třeba v souladu s § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. a) správního řádu přistoupit ke zrušení napadeného rozhodnutí pro nesoulad se zákonem a k zastavení správního řízení vedeného o přestupku, neboť ve věci nejsou dány důvody pro uložení sankce, a nastala tak situace předpokládaná ustanovením § 257 písm. f) zákona.
70. Vzhledem k tomu, že je napadené rozhodnutí rušeno, správní řízení je zastavováno, a je tak vyhověno návrhu zadavatele vznesenému v rozkladu, je neúčelné a v rozporné se zásadou hospodárnosti řízení zabývat se dalšími námitkami rozkladu, neboť posouzení jejich důvodnosti by již nemohlo znamenat změnu ve výroku tohoto rozhodnutí.

VI. Závěr

71. Ve smyslu § 98 odst. 1 zákona o přestupcích byla přezkoumána zákonnost napadeného rozhodnutí ve všech jeho výrociích a jeho věcná správnost v plném rozsahu a současně i zákonnost procesního postupu Úřadu. Po zvážení všech aspektů dané věci bylo nutno uzavřít,

že jsou dány důvody pro zrušení napadeného rozhodnutí a zastavení správního řízení, neboť ve věci nejsou dány důvody pro uložení pokuty, a nastala tedy situace předpokládaná ustanovením § 257 písm. f) zákona. Vzhledem k výše uvedenému bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

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

doc. JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

Město Český Těšín, náměstí ČSA 1/1, 737 01 Český Těšín

Vypraveno dne

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