UOHSX00GW125

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0152/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-42505/2022/161

Brno 16. 1. 2023

V řízení o rozkladu ze dne 4. 11. 2022 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne a podaném navrhovatelem –

- **Gardenline s.r.o.**, IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0291/2022/VZ, č. j. ÚOHS-36756/2022/510 ze dne 20. 10. 2022, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 7. 7. 2022 na návrh z téhož dne, podaný výše označeným navrhovatelem, na přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Česká republika – Ředitelství vodních cest ČR**, IČO 67981801, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město, ve správním řízení zastoupen JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, IČO 63622777, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě Vraňansko-Hořínský kanál-zhotovitel stavby**“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 22. 4. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 25. 4. 2022 pod ev. č. Z2022-015448, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2022 pod ev. č. 2022/S 082-220008, ve znění pozdějších oprav,

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 sp. zn. ÚOHS-S0291/2022/VZ, č. j. ÚOHS-36756/2022/510 ze dne 20. 10. 2022

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 – Česká republika – Ředitelství vodních cest ČR, IČO 67981801, se sídlem nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha – Nové Město, ve správním řízení zastoupen JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, IČO 63622777, se sídlem Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2 (dále jen „**zadavatel**“) zahájil dne 25. 4. 2022 podle § 58 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)[1] užší řízení za účelem zadání veřejné zakázky s názvem „Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě Vraňansko-Hořínský kanál-zhotovitel stavby“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení (dále jen „**oznámení**“) bylo odesláno k uveřejnění dne 25. 4. 2022 pod ev. č. Z2022-015448, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 27. 4. 2022 pod ev. č. 2022/S 082-220008, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dle bodu 2 zadávací dokumentace na veřejnou zakázku (dále jen „**ZD**“) spočíval předmět veřejné zakázky v předpokládané hodnotě 1 333 300 000 Kč bez DPH v provedení stavebních prací na Vraňansko-Hořínském kanálu na Vltavské vodní cestě v souladu se stanovenými zadávacími podmínkami (dále též jen „**dílo**“).

3. V oznámení stanovil zadavatel lhůtu pro podání žádostí o účast do 23. 5. 2022 do 9 hodin. V návaznosti na žádost o vysvětlení ZD, v níž byla stanovená lhůta rozporována jako nepřiměřeně krátká, zadavatel na základě „Vysvětlení a rozhodnutí o změně zadávací dokumentace č. 1“ ze dne 10. 5. 2022 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 1**“) prodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast do 10. 6. 2022 do 9 hodin.

4. Dne 17. 5. 2022 uveřejnil zadavatel „Vysvětlení a rozhodnutí o změně zadávací dokumentace č. 2“ ze dne 17. 5. 2022 (dále jen „**vysvětlení ZD č. 2**“), na jehož základě provedl určité změny ZD, avšak lhůtu pro podání žádostí o účast neprodloužil. Zadavatel následně uveřejnil ještě „Vysvětlení zadávací dokumentace č. 3“ ze dne 26. 5. 2022, „Vysvětlení zadávací dokumentace

1 *Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 58 odst. 1 zákona.*

č. 4“ ze dne 31. 5. 2022 a „Vysvětlení zadávací dokumentace č. 5“ ze dne 3. 6. 2022, avšak již beze změny zadávacích podmínek a bez prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast.

5. Proti zadávacím podmínkám na veřejnou zakázku podal navrhovatel – Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice (dále jen „**navrhovatel**“), dne 10. 6. 2022 námitky ve smyslu § 241 zákona (dále jen „**námitky**“), které zadavatel rozhodnutím ze dne 27. 6. 2022, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“).

6. Dne 7. 7. 2022 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh navrhovatele ve smyslu § 250 zákona z téhož dne (dále jen „**návrh**“), směřující proti zadávacím podmínkám na veřejnou zakázku a souvisejícím úkonům zadavatele, zejména proti neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast v souvislosti s uveřejněním vysvětlení ZD č. 2. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.

II. Napadené rozhodnutí

7. Dne 20. 10. 2022 vydal Úřad v návaznosti na posouzení obsahu návrhu a všech rozhodných okolností rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0291/2022/VZ, č. j. ÚOHS-36756/2022/510 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).

8. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že se správní řízení v části návrhu směřující proti postupu zadavatele ve věci neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast po uveřejnění vysvětlení č. 2 podle § 257 písm. h) zákona zastavuje, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky, jelikož lhůta pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 2 zákona, ve které byl navrhovatel povinen podat námitky, činí v této věci 15 dnů ode dne, kdy zadavatel uveřejnil vysvětlení ZD č. 2 na svém profilu či doručil navrhovateli, avšak námitky obsahující argumentaci odpovídající předmětné části návrhu byly navrhovatelem podány až dne 10. 6. 2022, tedy po uplynutí zákonné lhůty.

9. Ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl Úřad o tom, že se návrh navrhovatele, vyjma části, o které bylo rozhodnuto výrokem I., podle § 265 písm. a) zákona zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

10. Své závěry odůvodnil Úřad zejména tím, že ve vztahu k neprodloužení lhůty pro podání nabídek existuje ustálená rozhodovací praxe a zadávací podmínky byly stanoveny přiměřeně předmětu veřejné zakázky, přičemž existovala i dostatečná hospodářská soutěž.

III. Námitky rozkladu navrhovatele

11. Dne 4. 11. 2022 podal navrhovatel proti napadenému rozhodnutí rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 20. 10. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

12. Navrhovatel považuje posouzení věci Úřadem za nedostatečné a nesprávné, načež v rozkladu rozporuje jednotlivé části odůvodnění napadeného rozhodnutí.

13. K částečnému zastavení správního řízení dle výroku I. napadeného rozhodnutí navrhovatel vysvětluje, že námitkami napadl zadávací podmínku, kterou je stanovena lhůta pro podání žádostí o účast, načež by v daném případě rovněž proti neprodloužení této lhůty měla plynout

lhůta pro podání námitek proti zadávacím podmínkám ve smyslu § 242 odst. 3 zákona, nikoliv lhůta proti povinně uveřejňovaným úkonům podle § 242 odst. 2 zákona, jak konstatoval Úřad.

14. K částečnému zamítnutí návrhu dle výroku II. napadeného rozhodnutí navrhovatel opětovně vznáší námitky týkající se tvrzeného nepřiměřeného, diskriminačního a netransparentního nastavení podmínek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a), c) a d) zákona a podmínek dílčího hodnotícího kritéria zkušeností stavbyvedoucího, nepřípustně nastaveného mechanismu posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny (dále též jen „**MNNC**“), nepřiměřeného a nedůvodného stanovení podmínek ekonomické kvalifikace a nezákonného postupu zadavatele v souvislosti s nedostatečným vymezením zadávacích podmínek a nedostatečným zajištěním realizace stavby (z důvodu nezajištěného stavebního povolení a souvisejícího financování), k čemuž vysvětluje, z jakých důvodů je nutno mít posouzení věci ze strany Úřadu za nesprávné a neúplné.

Závěr rozkladu

15. Navrhovatel závěrem rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu navrhovatele

16. Zadavatel se k podanému rozkladu zadavatele vyjádřil přípisem ze dne 24. 11. 2022, v němž se vyjádřil k jednotlivým rozkladovým námitkám a závěrem navrhl rozklad navrhovatele zamítnout.

IV. Řízení o rozkladu

17. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“), a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

18. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek, načež jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

19. Úřad rozhodl výrokem 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 navrhovatele a k potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K výroku I. napadeného rozhodnutí

20. Jak již bylo výše uvedeno, Úřad ve výroku I. správní řízení v rozsahu týkajícím se námitky proti neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast v návaznosti na změnu zadávacích podmínek

na základě vysvětlení ZD č. 2 zastavil, neboť této části návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky.

21. V nyní řešené věci nejsou sporné skutkové okolnosti, tj. že zadavatel uveřejnil dne 17. 5. 2022 vysvětlení ZD č. 2, v jehož rámci provedl též určitou změnu zadávacích podmínek, aniž by současně prodloužil lhůtu pro podání žádosti o účast. Navrhovatel proti neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast (dále též jen „**neprodloužení lhůty**“) brojil námitkami až dne 10. 6. 2022, tj. posledního dne pro podání žádostí o účast.

22. Podle § 99 odst. 1 zákona zadavatel může zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci změnit nebo doplnit před uplynutím lhůty pro podání žádostí o účast, přičemž změna nebo doplnění zadávací dokumentace musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna.

23. Podle § 99 odst. 2 věty prvé platí, že pokud to povaha změny nebo doplnění zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast; v případě takové změny nebo doplnění, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění činila nejméně celou svou původní délku.

24. Z ustanovení § 99 odst. 1 a 2 zákona vyplývá, že v návaznosti na změnu zadávacích podmínek nemusí zadavatel přistoupit k prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast vždy, nýbrž pouze v případě, že to povaha provedené změny vyžaduje, a to o dobu přiměřenou, popřípadě minimálně o celou svou původní délku, jedná-li se o změnu, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení.

25. K věcnému posouzení otázky, zda byl zadavatel povinen v návaznosti na vysvětlení ZD č. 2 lhůtu pro podání žádostí o účast prodloužit, je třeba, aby navrhovatel proti neprodloužení lhůty brojil řádně a včas podanými námitkami. Předmět sporu tak v daném případě tvoří otázka, v jaké lhůtě ve smyslu § 242 zákona je navrhovatel povinen námitky proti neprodloužení lhůty podat.

26. Podle § 242 odst. 1 zákona platí, že není-li dále stanoveno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje za ukončenou.

27. Podle § 242 odst. 2 zákona musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit nebo odeslat stěžovateli, doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

28. Podle § 242 odst. 3 zákona platí, že pokud je v zadávacím řízení stanovena lhůta pro podání žádostí o účast, musí být námitky proti podmínkám vztahujícím se ke kvalifikaci dodavatele doručeny zadavateli nejpozději do skončení této lhůty.

29. Úřad v bodech 87-96 napadeného rozhodnutí vysvětlil, že proti neprodloužení lhůty pro podání žádostí o účast v návaznosti na provedenou změnu zadávacích podmínek je nutno brojit ve speciální lhůtě podle § 242 odst. 2 zákona vztahující se k úkonům v povinně uveřejňovaných dokumentech, přičemž takový výklad plně konvenuje též stávající rozhodovací praxi Úřadu (srov. bod 94 napadeného rozhodnutí). S tímto posouzením věci se plně ztotožňuji.

30. K rozkladové argumentaci navrhovatele doplňuji, že v daném případě je třeba rozlišit na straně jedné **samotnou změněnou zadávací podmínku**, tedy samotnou lhůtu pro podání žádostí o účast (která byla stanovena na 31 dnů původně do 23. 05. 2022, následně prodloužena rozhodnutím zadavatele ze dne 10. 5. 2022 o celou délku 31 dnů, tj. do 10. 6. 2022), proti které mohl navrhovatel brojit až do konce lhůty pro podání žádostí o účast ve speciální lhůtě podle § 242 odst. 3 zákona a napadat ji například z hlediska nepřiměřené délky pro zpracování žádostí o účast, a na straně druhé **akt neprodloužení lhůty** pro podání žádostí o účast, který představuje samostatný úkon, který je zadavatel povinen po splnění podmínek stanovených v § 99 odst. 2 zákona učinit a proti kterému je tak třeba brojit ve speciální lhůtě podle § 242 odst. 2 zákona.

31. Neztotožňuji se proto s rozkladovou námitkou navrhovatele, že brojil proti zadávací podmínce stanovující lhůtu pro podání žádostí o účast, neboť napadal skutečnost, že zadavatel v souvislosti s uveřejněním vysvětlení ZD č. 2 současně neprodloužil lhůtu pro podání žádostí o účast, což jsou dva samostatné, oddělitelné úkony zadavatele, proti kterým navrhovatel musí brojit též v samostatných zákonem stanovených lhůtách.

32. Uvedený výklad, který nadto odpovídá ustálené rozhodovací praxi, je plně legitimní, neboť přispívá k právní jistotě účastníků zadávacího řízení po uplynutí 15denní lhůty po uveřejnění zadávacích podmínek podle § 242 odst. 2 zákona.

33. Lze tedy uzavřít, že Úřad výrokem I napadeného rozhodnutí rozhodl správně a s jeho závěry se lze v plném rozsahu ztotožnit.

K výroku II napadeného rozhodnutí

K přiměřenosti požadavků na technickou kvalifikaci – sledovaná vodní cesta

34. Navrhovatel ve svém rozkladu opakuje, že zadavatelem stanovený požadavek na prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona spočívající v předložení referencí na dvě stavební práce, jejichž předmětem bylo provedení rekonstrukce nebo novostavby stavby dle Klasifikace stavebních děl vydaných ČSÚ kód CZCC 2151 (Přístavy a plavební kanály) nebo CZ-CC 2152 (Vodní stupně), to vše na sledované vodní cestě dle zákona č. 114/1995 Sb., o vnitrozemské plavbě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon o vnitrozemské plavbě**“) nebo vodní cestě analogického charakteru v jiném členském státě ve smyslu ust. § 6 odst. 3 písm. a) zákona a Spojeném království Velké Británie a Severního Irska (dále také jen „**sledovaná vodní cesta**“) spolu s požadavkem na celkové stavební náklady referenční stavby 200 000 000 Kč bez DPH je nepřiměřený, diskriminační a bezdůvodně zvýhodňující jednoho dodavatele. Vytýká Úřadu, že nekriticky převzal tvrzení zadavatele a dospěl k nesprávným závěrům.

35. Navrhovatel dále namítá, že navázání referenční zakázky na sledovanou vodní cestu je nedůvodné a nemá vazbu na předmět díla. Tvrdí, že technologická náročnost stavby se neliší v závislosti na druhu vodní cesty. Poukazuje na to, že podstatou jeho námitky nebyla skutečnost, zda budou práce prováděny při vypuštěném či napuštěném vodním kanále, ale skutečnost, že pracemi nemůže být nijak dotčena lodní doprava (z důvodu vypuštění kanálu, odstávky lodní dopravy nebo charakteru prací prováděných ze břehu), proto práce nemohou vykazovat odlišnosti od prací prováděných na jiném druhu vodní cesty, než je sledovaná vodní cesta, či na jiném vodním díle.

36. Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu na tuto námitku reaguje tak, že předmět plnění veřejné zakázky bude plněn na *„sledované dopravně významné využívané vodní cestě“*, přičemž zadavatel požaduje zkušenosti realizované min. na sledované vodní cestě, tedy vodní cestě o dvě kategorie nižší, než je sledovaná dopravně významná využívaná vodní cesta. Tvrdí dále, že stavba na této kategorii vodních cest s sebou nese významné nároky na dodavatele a stavbyvedoucího, plynoucí z jejího charakteru (vysoká organizační náročnost stavby za provozu a při uvádění takové vodní cesty zpět do provozu po jejím odstavení, odlišná rizika pro subjekty využívající tuto vodní cestu, rizikovost samotné stavby) a nelze ji srovnat s nesledovanou vodní cestou, kterou může být každá, byť i jen nepatrná vodní plocha či potok. Poukazuje dále na § 3 odst. 1 zákona o vnitrozemské plavbě a na standardy důležité pro lodní dopravu a na výčet sledovaných vodních cest v ČR. Tvrdí dále, že plnění veřejné zakázky bude probíhat také za provozu lodní dopravy a konstatuje, že je nerozhodné, zda takové práce budou prováděny ze břehu či z vody, neboť dodavatel se v každém případě musí vypořádat s organizací výstavby plynoucí mj. také z plavebního provozu. Uvádí dále, že právě navrhovatelem uváděné prohrábky budou realizovány za plavebního provozu, přitom přímo v plavební dráze, a že plavební kanál bude v době realizace veřejné zakázky po určitou dobu provozován v režimu tzv. předčasného užívání. Dle zadavatele je tedy zcela zásadní, aby vybraný dodavatel měl alespoň elementární zkušenosti se stavbami, kterých se týkají plavební předpisy.

37. Úřad v napadeném rozhodnutí uzavřel, že ze zadávacích podmínek plyne, že část prací bude prováděna při napuštěném kanále a současně že dle čl. III., písm. A, bodu 9) „Vzoru Dohody o předčasném užívání části Díla ve smyslu Pod-článku 10.5“ (viz bod 118 napadeného rozhodnutí) je dodavatel povinen zajistit minimálně stejné parametry plavební cesty, jako byly před datem zahájení prací. Uzavřel dále, že zadavatelem požadované referenční zakázky odpovídají předmětu veřejné zakázky, když jsou požadovány referenční stavby realizované na obecnější kategorii vodní cesty (tj. sledovaná vodní cesta), aniž by bylo stanoveno, že by se mělo jednat o dopravně významnou vodní cestu. Poukázal dále na úpravu zákona o vnitrozemské plavbě a na skutečnost, že kromě technologického hlediska stavebních prací je nutno zohlednit i hledisko legislativně právní vycházející z potřeby znalosti právních předpisů týkajících se lodní dopravy.

38. Předně konstatuji, že se lze ztotožnit se skutkovými závěry napadeného rozhodnutí, že ačkoliv velká část prací bude prováděna při vypuštěném plavebním kanálu, je zjevné, že některé práce budou prováděny i při lodním provozu (např. zmíněné „prohrábky“) a že na parametry plavební cesty je třeba brát ohledy nejméně v době případného předčasného provozu díla dle „Vzoru Dohody o předčasném užívání části Díla ve smyslu Pod-článku 10.5“. V této souvislosti je dle mého názoru nepřípadná námitka navrhovatele, že k předčasnému provozu vůbec nemusí při realizaci díla dojít. Podstatné je, že zadavatel s případným předčasným provozem počítá jako s reálnou eventualitou a je tedy oprávněn postupovat tak, aby tento provoz mohl být řádně realizován, pokud to bude třeba.

39. Navíc ze shora uvedeného shrnutí je zjevné, že Úřad v napadeném rozhodnutí založil své úvahy na možnosti vlivu lodní dopravy na realizaci předmětu veřejné zakázky, a to i z hlediska legislativně-právního a organizačního. Zvažoval sice i technologické hledisko staveb na sledované a nesledované vodní cestě, ale pouze jako jeden z více argumentů.

40. Jak ostatně plyne ze zákona o vnitrozemské plavbě, který pojem „sledovaná vodní cesta“ užívá, vztahuje se jeho právní úprava právě k vymezení vodních cest a jejich správě, podmínkám provozování plavidel na vnitrozemských vodních cestách, upravuje pravidla plavebního provozu a podmínky provozování vodní dopravy na vnitrozemských vodních cestách, tedy zjednodušeně řečeno vztahuje se k lodní dopravě a jejím specifikům. Pokud tedy zadavatel požadoval zkušenosti s realizací referenční zakázky na sledované vodní cestě, je třeba tento požadavek vztahovat právě ke zkušenostem s realizací díla s dotčením nebo možným dotčením lodní dopravy, nikoliv primárně k technologickým parametrům určitých druhů vodních cest. Lze akcentovat, že zhotovitel díla měl povinnost zajistit plavebně provozní podmínky v souladu s právními předpisy, zejména zákonem o vnitrozemské plavbě. Ačkoliv tedy byly technické podmínky realizace díla v napadeném rozhodnutí zvažovány k námitce navrhovatele a vyjádření zadavatele, nejedná se o dle mého názoru o nosné závěry rozhodnutí Úřadu a toto rozhodnutí by obstálo i bez nich.

41. V této souvislosti lze rovněž uzavřít, že námitka navrhovatele týkající se závěrů znaleckého posudku Ing. Adama Vokurky Ph.D., proděkana pro výstavbu Fakulty stavební ČVÚT v Praze, který měl být vyžádán ve věci vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0214/2021/VZ, nemá ve věci relevanci. Tento posudek se totiž vyjadřoval právě k technologickým rozdílům staveb na různých druzích vodních cest. V této souvislosti lze ostatně odkázat i na bod 47 rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0191,0192/2021/VZ, č. j. ÚOHS-00975/2022/163 ze dne 7. 2. 2022, z něhož se podává, že *„stanovisko obsahuje pouze potvrzení té skutečnosti, že výstavba malého přístaviště na dopravně významné využívané vodní cestě je v zásadě stavebně-technologicky stejná jako výstavba stejného přístaviště na účelové vodní cestě.“* Navíc tento posudek srovnával organizační náročnost staveb prováděných na dopravně významné využívané vodní cestě a na účelové vodní cestě, což jsou dvě různé kategorie sledovaných dopravních cest, zatímco v posuzovaném případě se jedná o případné srovnání realizace stavby na sledované vodní cestě (tedy cestě, která musí odpovídat plavebně provozním podmínkám viz § 3 odst. 1 zákona o vnitrozemské plavbě) a na vodní cestě, která není sledovaná. I z věcného hlediska tak uvedený posudek není k projednávané věci přiléhavý.

42. Zadavatel v průběhu správního řízení konzistentně argumentuje mimo jiné tím, že stanovil požadavek na referenci stavby na sledované vodní cestě s ohledem na speciální úpravu zákona o vnitrozemské plavbě (viz např. rozhodnutí o námitkách, kde konstatuje, že v rámci plnění veřejné zakázky bude probíhat stavba také při kanále, jenž je napuštěn, a za plného plavebního provozu, tedy organizačně-technická náročnost takové stavby za provozu bude vysoká). Skutečnost, že část plnění veřejné zakázky bude (nebo může) probíhat při plavebním provozu, případně že pravidla plavebního provozu musí být při její realizaci brány v potaz, byla dle mého názoru dostatečně prokázána a v této souvislosti lze odkázat na body 139-143 napadeného rozhodnutí. Není přitom pravdou, že by se Úřad v napadeném rozhodnutí zaměřil pouze na otázku vypuštěného či napuštěného kanálu či na technologické aspekty staveb, ale zvažoval i vliv plavby. Současně platí, že sledované vodní cesty musí odpovídat plavebně provozním podmínkám dle zákona o vnitrozemské plavbě, a je tedy zjevné, že tyto vodní cesty vykazují specifika týkající se plavby. Uzavírám pak, že taková specifika je zadavatel oprávněn promítnout i do podmínek kvalifikace, a to zejména v situaci, kdy předmětem díla je stavba na dopravně významné sledované vodní cestě. V této souvislosti lze zopakovat, že dle § 3 zákona o vnitrozemské plavbě se sledované vodní cesty člení na vodní cesty dopravně významné a na

vodní cesty účelové, přičemž dle přílohy 2 uvedeného zákona se dopravně významné vodní cesty nacházejí na 7 řekách v ČR, účelové vodní cesty se nacházejí na více než 30 vodních tocích a plochách viz § 3 vyhlášky Ministerstva dopravy č. 222/1995 Sb., o vodních cestách, plavebním provozu v přístavech, společné havárii a dopravě nebezpečných věcí, v platném znění.

43. Požadavek na reference ze stavby na sledované vodní cestě byl zadavatelem konkrétně odůvodněn tím, že místo plnění (sledovaná vodní cesta s možným vlivem plavby) s sebou nese určitá omezení, vyšší míru rizika, vyšší požadavky na organizační činnost dodavatele i legislativní požadavky. Zadavatel v této souvislosti odkázal na speciální úpravu dle zákona o vnitrozemské plavbě. Svým postupem chtěl dle svých slov zajistit co možná nejvyšší míru bezpečnosti při samotném plnění veřejné zakázky. Takové odůvodnění shledávám dostatečným a logickým. Zákon o vnitrozemské plavbě obsahuje řadu pravidel týkajících se např. stavby na sledované vodní cestě, přístavů, přístavišť, vývazišť a kotvišť a zejména podrobnou úpravu plavebního provozu a její bezpečnosti. Zákon je pak prováděn desítkami prováděcích předpisů, které reagují i na rozvíjející se užívání motorových rekreačních plavidel. Zkušenosti se stavbou na vodním díle, které je lodní dopravou dotčeno, tedy nejsou bez relevance k předmětu posuzované veřejné zakázky, neboť ačkoliv bude velká část stavby prováděna s vyloučením lodní dopravy, lze v případě jejího, byť časově omezeného, provozu očekávat s ohledem na charakter dopravně významné sledované vodní cesty její podstatný vliv na plnění veřejné zakázky.

44. Na základě všech shora uvedených skutečností, jakož i s odkazem na závěry napadeného rozhodnutí lze uzavřít, že požadavek zadavatele na referenci stavby na sledované vodní cestě odpovídá předmětu plnění veřejné zakázky a byl ze strany zadavatele relevantně odůvodněn. Lze souhlasit se závěrem Úřadu obsaženým v bodě 147 napadeného rozhodnutí, tedy že daný požadavek je přiměřený a má vztah k předmětu veřejné zakázky. To platí o to více, když sledovaných vodních cest jen v ČR existuje téměř 40 a zadavatel současně připustil i reference z obdobných vodních cest v Evropě (k tomu viz odůvodnění tohoto rozhodnutí níže), přitom předmět veřejné zakázky má být realizován na dopravně významné sledované vodní cestě a jedná se o rozsáhlou a významnou veřejnou zakázku. Předseda Úřadu následně neshledal ani další parametry sporného požadavku na reference za nepřiměřené, když počet požadovaných referencí je 2 (jedná se tedy o požadavek na opakování dané zkušenosti, nikoliv však v nepřiměřené četnosti) a požadavek na celkové stavební náklady referenční stavby činí 200 000 000 Kč bez DPH, přičemž předpokládaná hodnota veřejné zakázky je v bodu II.2.6) Oznámení o zahájení zadávacího řízení vyčíslena na částku 1 333 300 000 Kč bez DPH. Navrhovatel ostatně ani žádnou konkrétní argumentaci vůči těmto parametrům technické kvalifikace v rozkladu nevznáší.

45. Podpůrně lze v souvislosti s přiměřeností kvalifikačních předpokladů odkázat i na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 43/2021-210 ze dne 21. 10. 2022, kterým byla zamítnuta žaloba proti rozhodnutí předsedy Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 28. 4. 2021, č. j. ÚOHS-08361/2021/162/2019/310/LKa, sp. zn. ÚOHS-R0038/2021/VZ, z jehož bodu 43 se podává, že se krajský soud zcela ztotožnil se závěry uvedeného rozhodnutí předsedy Úřadu: *„není však nepřiměřené ani jinak v rozporu se zákonem a jeho zásadami, pokud zadavatel u významné a (věcně i finančně) rozsáhlé zakázky, která je ve skutečnosti pouze základem pro realizaci ještě mnohonásobně větší navazující zakázky, nastaví parametry*

kvalifikace o poznání přísněji, než jak by bylo možné činit pro dodržení uvedeného minimálního standardu."

46. Obdobné závěry lze přijmout i k přiměřenosti požadavku k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. c) a d) zákona spočívajícího ve zkušenosti stavbyvedoucího s řízením realizace alespoň dvou zakázek na sledované vodní cestě.

K diskriminačnímu nastavení požadavků na technickou kvalifikaci – neprovedení průzkumu trhu, dostatečná hospodářská soutěž

47. Vedle nepřiměřenosti nastavených kvalifikačních předpokladů (požadavek na reference ze stavby na sledované vodní cestě) namítá navrhovatel i diskriminační nastavení takového požadavku, resp. že požadované referenční plnění drží a je schopna poskytnout jediná společnost.

48. V této souvislosti navrhovatel předně namítá, že nebyla řádně vypořádána jeho námitka, že zadavatel neprovedl průzkum trhu před zahájením zadávacího řízení, aby si množství dodavatelů ověřil. Úřad se námitkou zabýval v bodech 154-156 napadeného rozhodnutí, kde uzavřel, že samotný zadavatel se s danou námitkou vypořádal dostatečně a že není v kompetenci Úřadu řešit případná pochybení zadavatele vztahující se k zákonu 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon č. 106/1999 Sb.**"). Na tuto část odůvodnění lze v plném rozsahu odkázat, zadavatel skutečně námitku navrhovatele vypořádal dostatečně a současně platí, že Úřad v rámci přezkoumání postupu zadavatele zkoumá pouze dodržení zákona, nikoliv povinností stanovených zákonem č. 106/1999 Sb., neboť v opačném případě by přestoupil svou pravomoc stanovenou zákonem, což je nepřípustné. Pokud pak navrhovatel namítá, že nebylo postaveno najisto, zda zadavatel průzkum trhu provedl, či nikoliv, lze odkázat na bod 163 napadeného rozhodnutí. Z něho vyplývá, že skutečnost, že by zadavatel provedl průzkum trhu, nebyla prokázána, avšak zadavateli zákon povinnost provést průzkum trhu neukládá. S těmito závěry se lze v plném rozsahu ztotožnit. Zákon skutečně neukládá zadavateli provést před zahájením zadávacího řízení průzkum trhu a jeho neprovedení tedy nemůže být porušením zákona. Námitku týkající se případného průzkumu trhu tak mám za dostatečně vypořádanou. Navíc doplňuji, že je zcela irelevantní, zda zadavatel průzkum trhu provedl, či nikoliv, ostatně s ohledem na možnou účast zahraničních dodavatelů by ani průzkum trhu v ČR (jak požadoval navrhovatel) nevyřešil pochybnosti navrhovatele o množství potenciálních dodavatelů. Podstatné je, zda zadavatel nastavil kvalifikační předpoklady s ohledem na zásadu zákazu diskriminace a na zákaz bezdůvodného omezení hospodářské soutěže, o čemž je pojednáno níže. Současně se ohrazuji i vůči námitce jakési „nerovnosti zbraní", kterou navrhovatel zcela nekonkrétně vznáší, neboť žádné takové tendence ve správních řízeních vedených Úřadem neexistují, totéž platí o projednávané věci.

49. Navrhovatel dále rozporuje závěry napadeného rozhodnutí ohledně zajištění dostatečné míry hospodářské soutěže, obsažené v jeho bodech 157-162. Namítá, že nabídka společnosti společnost OHLA ŽS, a.s. byla pouze nabídkou krycí, ve vztahu ke třem zbývajícím nabídkám „Společnost Hořínský kanál" – správce EUROVIA CS, a.s., „Společnost pro Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě" – správce BUDIMEX S.A. a „Společnost Zvýšení ponorů VHK" – správce STRABAG Rail a.s. (za účasti Metrostav DIZ s.r.o.), zdůrazňuje, že bez zahraniční

referenční zakázky realizované na sledované vodní cestě za 200 000 000 Kč by vůbec nebylo možno kvalifikaci splnit.

50. K námitce, že společnost OHLA ŽS, a.s. podala pouze tzv. „krycí nabídku“ lze uvést, že Úřad v napadeném rozhodnutí postavil svůj závěr o existenci dostatečné hospodářské soutěže na zjištění, že zadávací podmínky umožnily účast minimálně třem dodavatelům. Je tedy zjevné, že nabídku společnosti OHLA ŽS, a.s. pro uvedený závěr o existenci tří dodavatelů nezvažoval. Proto je argumentace o krycím charakteru této nabídky pro zjištění o míře hospodářské soutěže v podstatě nevýznamná, i bez této nabídky by totiž dostatečná hospodářská soutěž existovala. Z vyjádření zadavatele však vyplývá, že dodavatel OHLA ŽS, a.s. splnil kritérium technické kvalifikace dle čl. 3.4 písm. a) kvalifikační dokumentace, a to referenčními zakázkami s názvem „Labe, Děčín, zvýšení ochrany městské zástavby hrázemi“ a „Vltava-Úprava plavební úžiny Chvatěruby“, stejně jako byl v rámci žádosti o účast tohoto dodavatele nominován na pozici stavbyvedoucího pan Ing. Jan Freudl, který taktéž splňuje kritéria technické kvalifikace. Dále v napadeném rozhodnutí Úřad v bodě 159 uzavřel, že společnost OHLA ŽS, a.s. byla vyloučena proto, že nereagovala na žádost o objasnění žádosti o účast. Uvedené nasvědčuje, že nastavení napadených zadávacích podmínek nebylo důvodem, proč žádost o účast společnosti OHLA ŽS, a.s. nebylo posuzována. Toto zjištění však nemá podstatnou relevanci k závěru o dostatečnosti hospodářské soutěže v zadávacím řízení.

51. Jak bylo zmíněno výše, Úřad dospěl k závěru, že zadávací podmínky umožnily účast minimálně třem dodavatelům a uzavřel, že tedy byla zajištěna dostatečná míra soutěže (bod 162 napadeného rozhodnutí). S tímto závěrem se v plném rozsahu ztotožňuji s tím, že ačkoliv se celkový počet podaných žádostí o účast nejeví vysokým, je třeba posoudit, že jde o rozsáhlou specializovanou veřejnou zakázku s dobou plnění 2-3 roky a předpokládanou hodnotou 1 333 300 000 Kč bez DPH. Současně je třeba akcentovat, že podání tří žádostí o účast neznamená, že jde o konečný výčet potenciálních dodavatelů, neboť dodavatelé jistě zvažují při podání žádostí o účast i jiné aspekty plnění veřejné zakázky než kvalifikaci. Skutečnost, že žádosti o účast byly podepřeny i zahraničními referencemi na tomto závěru nic nemění, zadavatel takovou možnost připustil a s ohledem na charakter veřejné zakázky je jeho postup vhodný. Ostatně na území ČR se nacházejí s ohledem na její geografickou polohu spíše menší vodní toky, lze tedy očekávat, že v dalších zemích Evropy budou existovat dodavatelé s vhodnými zkušenostmi.

52. Navrhovatel dále svůj argument o nedostatečné míře hospodářské soutěže opírá o fakt, že žádný ze tří uvedených dodavatelů, které dle „Protokolu z jednání komise pro posouzení splnění podmínek kvalifikace – č. 2“ komise doporučila zadavateli, aby je vyzval k podání nabídky, nesplňoval kvalifikační požadavek zadavatele na osobu stavbyvedoucího, který je popsán v bodě 122 napadeného rozhodnutí. Ačkoliv námitky navrhovatele svým obsahem částečně vybočují z rámce napadení zadávacích podmínek jako takových, je namístě se jimi zabývat věcně pro ověření závěru napadeného rozhodnutí, že zadávací podmínky umožnily účast minimálně třem dodavatelům.

53. Předně navrhovatel namítá, že osoba Ing. Prokeše, kterou prokazoval splnění kvalifikace dodavatel „Společnost Zvýšení ponorů VHK“ – správce STRABAG Rail a.s. (za účasti Metrostav DIZ s.r.o.) nesplnila stanovené podmínky, když u jedné zakázky vůbec nepůsobila v pozici stavbyvedoucího a u další se na vedení stavby nepodílela a neměla zákonem požadovanou autorizaci. Tyto námitky vyvrací zadavatel v bodech 70-96 svého vyjádření k rozkladu,

ke kterému dokládá mimo jiné osvědčení o autorizaci Ing. Prokeše a dokumenty prokazující splnění kvalifikace ve sporných referenčních zakázkách daného technika. Uvádí dále, že při posouzení kvalifikace uvedeného dodavatele posuzoval zejména skutečné působení daného technika v referenčních zakázkách, dle obsahu činnosti odpovídající roli stavbyvedoucího viz zákon č. 183/2006 Sb. o územním plánování a stavebním řádu (dále jen „**stavební zákon**“). Daný technik v pozici stavbyvedoucího působil, jak plyne ze zápisů ve stavebním deníku.

54. Navrhovatel dále namítá, že osoba Miroslava Fűhrera, kterou prokazoval splnění kvalifikace dodavatel „Společnost Hořínský kanál“ – správce EUROVIA CS, a.s., nepůsobila na referenčních zakázkách dostatečného finančního objemu. K této námitce zadavatele uvádí, že pro veřejnou zakázku požadoval zkušenosti stavbyvedoucího se stavbami, které zahrnují širší škálu CZCC kódů (celkem 16), než tomu bylo v rámci referenčních veřejných zakázek, které navrhovatel sporuje. Proto bylo možno do reference zahrnout vyšší finanční plnění a referenční zakázky tak dosahují požadovaného limitu 200 000 000 Kč.

55. Na základě posouzení předložených dokumentů lze uzavřít, že neshledávám relevantní pochybnosti o závěru komise pro posouzení splnění podmínek kvalifikace o tom, že uvedení dodavatelé „Společnost Hořínský kanál“ – správce EUROVIA CS, a.s., a „Společnost Zvýšení ponorů VHK“ – správce STRABAG Rail a.s. (za účasti Metrostav DIZ s.r.o.), splnili kvalifikační kritéria v osobě stavbyvedoucího. Detailní přezkum případné kvalifikace dodavatelů by byl možný pouze na základě námitek směřujících proti obsahu „Protokolu z jednání komise pro posouzení splnění podmínek kvalifikace – č. 2“ a nikoliv na základě námitek směřujících proti zadávacím podmínkám, které jsou předmětem přezkumu v tomto řízení. Pro posouzení správnosti závěru napadeného rozhodnutí o tom, že zadávací podmínky připustily účast minimálně 3 dodavatelů s ohledem na případné diskriminační nastavení kvalifikačních předpokladů, jsou však daná zjištění dodatečná a navrhovatel svými námitkami, které byly věrohodně vypořádány ze strany zadavatele, tento závěr nezpochybnil. Současně lze v otázce přezkumu obsahu referenčních zakázek odkázat podpůrně na závěry rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 7. 1. 2022, sp. zn. ÚOHS-R0174/2021/VZ, č. j. ÚOHS-00340/2022/161, z něhož se podává, následující: *„Jestliže zadavatel považoval splnění referenční zakázky za včasné a řádné a vystavil o něm vybranému dodavateli osvědčení (které je vybraný dodavatel oprávněn předkládat i jiným zadavatelům), přičemž i po námitkách navrhovatele zadavatel jakožto objednatel referenčních zakázek nezískal pochybnosti o jejich řádném splnění, postupoval zadavatel v souladu se zákonem, když tato osvědčení vybraného dodavatele v rámci prokázání technické kvalifikace akceptoval.“*

56. K detailnímu napadání kvalifikace dodavatelů, kteří podali v zadávacím řízení žádost o účast, lze ještě uvést, že posouzení jejich žádostí v kontextu závěru o dostatečnosti hospodářské soutěže je dán specifickým stavem zadávacího řízení. Pokud by návrh napadající zadávací podmínky byl posuzován v dřívější fázi zadávacího řízení (jak se často děje), kdy by žádosti o účast ještě nebyly posouzeny, musel by závěr o dostatečnosti hospodářské soutěže být postaven na jiných zjištěních. Takovými zjištěními by mohly být např. dotazy směřované na potenciální dodavatele či jiná zjištění týkající se relevantního trhu. Lze předpokládat, že výsledky těchto zjištění by jen těžko mohly být napadány a přezkoumány tak detailně, jako tomu bylo v případě podaných žádostí o účast. Lze tedy uzavřít, že závěr o možném plnění předmětu veřejné zakázky ze strany tří subjektů je podložen v posuzovaném případě velmi věrohodně.

57. Námitka navrhovatele, že veřejná zakázka bude nakonec zadána nekvalifikovanému dodavateli, je zcela nekonzistentní. Navrhovatel totiž směřuje svůj návrh proti zadávacím podmínkám a tvrdí, že tyto jsou nezákonné, nenapadá posouzení žádostí o účast.

58. Pokud je namítáno, že zadavatel nastavil zadávací podmínky tak, aby umožnil účast společnosti Metrostav a. s., byla tato námitka vypořádána v bodě 161 napadeného rozhodnutí, na které lze v plném rozsahu odkázat. Současně lze konstatovat, že i v případě uložení zákazu plnění veřejných zakázek právnické osobě se tento zákaz nemůže vztahovat na profesní kvalifikaci jednotlivých jejích pracovníků, zejména pokud byl zákaz plnění uložen nikoliv z důvodu pochybení v dané odbornosti. Lze také logicky očekávat, že vysoce specializovaní a kvalifikovaní pracovníci budou svou specializaci vykonávat případně pro jiného dodavatele, takový postup nemůže být v rozporu s uloženým trestem zákazu plnění veřejných zakázek právnické osobě.

59. Navrhovatel rozporuje i řádnou kvalifikaci dodavatele „Společnost pro Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě“ – správce BUDIMEX S.A., a to tím, že osoba stavbyvedoucího Henryk Rzepecki, není zjevně schopna komunikace v českém nebo slovenské jazyce a není tedy oprávněna vykonávat pozici stavbyvedoucího a získat pro takovouto činnost na území ČR odpovídající oprávnění profesní komory. K uvedené námitce zadavatel sděluje, že není orgánem, který poskytuje oprávnění k výkonu pozice stavbyvedoucího dle stavebního zákona a v zadávacích podmínkách připustil autorizaci dokladem vydaným v jiné zemi než v ČR (viz bod 122 napadeného rozhodnutí). K této námitce navrhovatele lze uzavřít, že případný fakt, že stavbyvedoucí není schopen komunikace v českém nebo slovenské jazyce (což je navíc jen domněnka navrhovatele, která se zejména v případě velmi podobného jazyka, jako je polština, nemusí jevit bez pochyb opodstatněnou), nemá vliv na posouzení kvalifikace, neboť zadavatel podmínku jazykové vybavenosti u stavbyvedoucího dodavatele vyžadoval takto: *„Zadavatel dále požaduje schopnost odborné komunikace v českém, nebo slovenském jazyce minimálně na úrovni B2 podle společného evropského referenčního rámce pro jazyky, přičemž zadavatel umožňuje splnění této zadávací podmínky také stálou účastí tlumočníka na stavbě spolu se stavbyvedoucím, a to na náklady dodavatele.“* Dodavatel „Společnost pro Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě“ – správce BUDIMEX S.A. předložil k osobě stavbyvedoucího oprávnění dle zadávacích podmínek, proto zadavatel neměl důvod jej při posuzování kvalifikace vyloučit pouze proto, že stavbyvedoucí disponuje polským osvědčením, případné zajištění tlumočníka na náklady dodavatele zadavatel připustil, což bude dodavatel povinen zajistit, pokud by uvedená osoba nebyla schopna komunikace v českém jazyce na požadované úrovni.

60. Na základě shora uvedeného tedy uzavírám, že mám závěr napadeného rozhodnutí o tom, že zadávací podmínky (v otázce referenčních zakázek i v otázce požadavků na osobu stavbyvedoucího) umožnily účast minimálně třem dodavatelům, za správný.

61. Je třeba se nyní vyjádřit, zda účast tří dodavatelů zajišťuje dostatečnou míru hospodářské soutěže. Předně je třeba konstatovat, že skutečnost, že zadávacího řízení se účastní celkem tři kvalifikovaní dodavatelé, sama o sobě neznamená, že tito dodavatelé jsou konečnou množinou možných účastníků zadávacího řízení. Posuzovaná veřejná zakázka je zakázkou velmi rozsáhlou a dodavatelé jistě zvažují podání nabídky i z jiných úhlů, než je pouze splnění kvalifikačních předpokladů (kapacitní otázky, rentabilita apod.). Zadavatel současně připustil i účast zahraničních dodavatelů, jejichž okruh je značně široký. S ohledem na tyto skutečnosti

a při zjištění, že v zadávacím řízení existují skutečně nejméně tři kvalifikovaní dodavatelé (navíc otázka splnění kvalifikace ze strany dodavatele OHLA ŽS, a.s. je přinejmenším sporná), lze uzavřít, že zadávacími podmínkami v otázce technické kvalifikace byla zajištěna dostatečná míra hospodářské soutěže.

K diskriminaci dodavatelů disponujících mimoevropskými referencemi

62. Navrhovatel rozporuje i závěry obsažené v bodech 163-169 napadeného rozhodnutí týkající se diskriminace dodavatelů disponujících mimoevropskými referencemi. Předně namítá, že argumentaci v této otázce zadavatel doplnil nezákonně až v průběhu správního řízení a nemělo by k ní být přihlíženo. Konstatuje dále, že Úřadem předkládaná argumentace je věcně chybná, pokud odkazuje na existenci vlivu plavebního provozu, neboť ten nebude realizací veřejné zakázky dotčen. Argumentace Úřadu je pak dle navrhovatele založena na neurčitě vymezeném pojmu harmonizace práva a není z ní zřejmé, jakých zemí a právních odlišností se týká.

63. K námitce novosti argumentace týkající se uvedené otázky lze uvést, že zadavatel se k námitce navrhovatele vyjádřil již v rozhodnutí o námitkách v bodech 22-26, kde uvádí, že tento požadavek stanovil zejména s ohledem na obdobné standardy a právní předpisy dopadající na realizaci stavebních zakázek, které jsou harmonizovány ve smyslu práva EU, a také s ohledem na snazší ověřitelnost zakázek. Tato argumentace byla rozvedena na základě výzvy ze strany Úřadu ze dne 4. 8. 2022 č. j. ÚOHS-26503/2022/512, je tedy nutno souhlasit se zadavatelem, že uvedená výzva a reakce na ni byly naplněním zásady materiální pravdy dle § 3 správního řádu a poskytnutá argumentace je relevantní. Navrhovatel se s touto argumentací mohl seznámit a reagovat na ni nejpozději v rámci vyjádření k podkladům rozhodnutí.

64. Argument navrhovatele týkající se neoprávněného vztahu referencí ke sledované vodní cestě s ohledem na nemožnost realizace veřejné zakázky s dotčením plavby byl vypořádán již shora, na závěry týkající se přiměřenosti daného požadavku lze v plném rozsahu odkázat.

65. Co se týče údajného nejasného vymezení pojmu harmonizace práva a obecně závěrů uvedených v bodě 168 napadeného rozhodnutí, lze v této souvislosti doplnit odůvodnění napadeného rozhodnutí následovně. Lze vycházet ze skutečnosti, že uvedená harmonizace se má vztahovat zejména k pojmu sledovaná vodní cesta, který je zaveden zákonem o vnitrozemské plavbě. Již z důvodové zprávy k zákonu o vnitrozemské plavbě se podává, že navrhovaná právní úprava vnitrozemské plavby je v souladu s praxí uskutečňovanou ve státech Evropského společenství, zavádí přímo některé obdobné instituty obvyklé v praxi vodní dopravy. Zákon o vnitrozemské plavbě je pak harmonizován s řadou směrnic, příkladem lze uvést směrnici Evropského parlamentu a Rady 2008/68/ES ze dne 24. září 2008 o pozemní přepravě nebezpečných věcí a implementaci nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 1177/2010. Lze souhlasit i se závěrem napadeného rozhodnutí, že v jiném členském státě ve smyslu ust. § 6 odst. 3 písm. a) zákona a Spojeném království Velké Británie a Severního Irska lze očekávat splnění standardů kompatibilních s platnou tuzemskou právní úpravou, a to nejen v oblasti stavebnictví, ale také např. v oblasti bezpečnosti a ochrany zdraví při práci, v oblasti práva životního prostředí či nakládaní s odpady[2]. Lze tedy souhlasit se závěry

[2] Např. Nařízení Evropského parlamentu a Rady (EU) č. 305/2011, ze dne 9. března 2011, kterým se stanoví harmonizované podmínky pro uvádění stavebních výrobků na trh a kterým se zrušuje směrnice Rady 89/106/EHS, Směrnice Rady č. 89/391/EHS, ze dne 12. června 1989 o zavádění opatření pro zlepšení bezpečnosti a ochrany zdraví

napadeného rozhodnutí, že omezení referenčních zakázek na ty, jež byly realizovány „v jiném členském státě ve smyslu ust. § 6 odst. 3 písm. a) ZZVZ a Spojeném království Velké Británie a Severního Irska“ nelze shledat porušení zásady zákazu diskriminace.

66. Za zmínku stojí i argument zadavatele, že v případě mimoevropských referencí existuje velmi složitý proces jejich ověřování. Tento argument by sice nemohl sám o sobě obstát, jako podpůrný důvod pro omezení referencí na evropský prostor jej však lze chápat. Sám navrhovatel podrobil referenční zakázky dodavatelů velmi rozsáhlé a podrobné kritice a lze si jen těžko představit, že by alespoň vzdáleně podobným způsobem mohly být ověřovány reference např. z oblasti střední Ameriky.

67. K námitce diskriminace dodavatelů disponujících mimoevropskými referencemi lze ještě dodat, že navrhovatel sice zmiňuje neurčité obchodní partnery s referencemi z vodních děl na území střední Ameriky či v neevropských středomořských přístavech, tato tvrzení jsou však zcela obecná a nejsou ničím podložena. V tomto směru tak lze pochybovat o tom, že by i případným diskriminačním nastavením této zadávací podmínky byl navrhovatel „reálně“ omezen, resp. že by mu v této souvislosti hrozila či vznikla újma (srov. body 92-93 rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0040/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25109/2022/500 ze dne 26. 7. 2022).

K požadavkům na technickou kvalifikaci člena týmu – stavbyvedoucího

68. Navrhovatel trvá dále na tom, že i kvalifikační předpoklady nastavené pro stavbyvedoucího (viz bod 122 napadeného rozhodnutí) jsou diskriminační a nepřiměřené, a to jak ve vztahu k požadavkům na zkušenost s realizací stavby na sledované vodní cestě, která byla dokončena, tak k její hodnotě 200 000 000 Kč a k trvání funkce stavbyvedoucího v délce 6 měsíců.

69. Co se týče argumentace týkající se požadavku na referenci ze stavby na sledované vodní cestě, lze v této otázce plně odkázat na závěry uvedené shora ohledně referenčních zakázek, které jsou plně aplikovatelné i vůči požadavku na kvalifikaci stavbyvedoucího. Totéž lze uvést k jednotlivým námitkám vůči konkrétním technikům Ing. Janu Prokešovi a panu Miroslavu Fűhrerovi.

70. K ostatním námitkám vůči nastavení požadavků na stavbyvedoucího (hodnota referenční zakázky, její dokončenost, trvání zkušenosti min. 6 měsíců, dokončení v posledních 12 letech), které navrhovatel v rozkladu nijak nekonkretizuje nad rámec námitek vznesených v návrhu, lze pak plně odkázat na závěry uvedené v bodech 172-178 napadeného rozhodnutí, se kterými se ztotožňuji.

71. Ve vztahu k namítané diskriminaci požadavku na předložení osvědčení o autorizaci ve vztahu k zahraničním technikům již ve fázi podávání žádosti o účast lze rovněž souhlasit se závěry napadeného rozhodnutí (body 179-182) a lze zejména akcentovat skutečnost, že zadavatel připustil doložení osvědčení o autorizaci pro výkon vybrané činnosti ve výstavbě i jiným obdobným dokladem vydaným v jiné zemi než v ČR, který v této jiné zemi opravňuje jeho držitele ve shora uvedeném oboru k výkonu činností, které jsou předmětem veřejné zakázky.

---

zaměstnanců při práci, Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2011/92/EU ze dne 13. prosince 2011 o posuzování vlivů některých veřejných a soukromých záměrů na životní prostředí, Směrnice Evropského parlamentu a Rady (ES) 2008/98/ES, ze dne 19. listopadu 2008, o odpadech a o zrušení některých směrnic, ve znění nařízení Komise 1357/2014/EU, směrnice Komise 2015/1127/EU, nařízení Rady (EU) 2017/997 a směrnice Evropského parlamentu a Rady (EU) 2018/851

V této záležitosti zadavatel navíc odkázal na úpravu § 81 zákona, a to ve svém Vysvětlení a rozhodnutí o změně zadávací dokumentace ze dne 10. 5. 2022. Pro podání žádosti o účast tedy nebylo nutno disponovat autorizací vydanou v ČR. To ostatně plyne i z posouzení nabídky dodavatele „Společnost pro Zvýšení ponorů na Vltavské vodní cestě“ – správce BUDIMEX S.A. S ohledem na tuto úpravu sporné zadávací podmínky a její jasně deklarovaný výklad ze strany zadavatele nelze shledat její diskriminační charakter, a to ani v případě užšího řízení.

Dílčí závěr týkající se nezákonného nastavení kvalifikačních předpokladů spočívajících v referenčních zakázkách a požadavcích na pozici stavbyvedoucího

72. Lze tedy konstatovat, že zadavatel nastavením zadávacích podmínek v otázce kvalifikačních požadavků na referenční zakázky (viz bod 121 napadeného rozhodnutí) a v otázce kvalifikačních požadavků na stavbyvedoucího (viz bod 122 napadeného rozhodnutí), které byly shledány přiměřenými, neporušil zásadu zákazu diskriminace ani jejich nastavením nedošlo k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže. Je faktem, že každá zadávací podmínka působí určité překážky hospodářské soutěže, podstatné je však to, zda její nastavení bylo důvodné a jak hospodářskou soutěž ovlivnila. Míra omezení hospodářské soutěže je pak z velké části závislá i na potřebách a postupu zadavatele. Zadavatel přitom není vždy povinen nastavit parametry kvalifikace v určitém minimálním standardu, ale je oprávněn nastavit je i přísněji, zejména pokud se jedná o rozsáhlou a specializovanou veřejnou zakázku. Zadavatel v posuzovaném případě předložil dostatečně racionální argumenty, které jeho požadavky na technickou kvalifikaci dodavatele odůvodňují a na základě kterých lze konstatovat, že nedošlo k bezdůvodnému omezení hospodářské soutěže. Nebylo současně prokázáno, že by požadavky na technickou kvalifikaci dodavatele zaručily některému dodavateli konkurenční výhodu. Zároveň z počtu podaných žádostí (obsahu protokolů komise č. 1 a 2 a jejich příloh obsahujících údaje týkající se posouzení kvalifikace jednotlivými účastníky) vyplynulo, že okruh potenciálních dodavatelů není natolik úzký, aby ukazoval na účelové omezení soutěže. Předseda Úřadu tak souhlasí se závěrem napadeného rozhodnutí, že se zadavatel při stanovení přezkoumávaných požadavků technické kvalifikace nedopustil porušení zákona.

73. Nad rámec shora uvedených závěrů lze však konstatovat, že zejména ve vysoce specializovaném odvětví může nastavení přísných kvalifikačních předpokladů působit ve směru uzamčení přístupu k plnění takových veřejných zakázek pro nové dodavatele. Takoví dodavatelé totiž fakticky nemají možnost získat požadované reference a v daném odvětví se etablovat. Zadavatel tak musí vždy důkladně zvažovat možnosti daného trhu tak, aby svými požadavky neomezil hospodářskou soutěž příliš. V posuzovaném případě pak hranice přílišného omezení hospodářské soutěže ležela velmi blízko, přesto však lze napadené kvalifikační požadavky shledat důvodnými a odůvodněnými.

K mechanismu posuzování MNNC

74. Navrhovatel v rozkladu nadále brojí proti zadávací podmínce stanovující, že zadavatel může v případě, že se bude položková cena odchylovat o 10 % oproti průměru nabídkových cen, vyžadovat od účastníka vysvětlení a podrobný výpočet nabídkové ceny. Dle navrhovatele předkládá Úřad v napadeném rozhodnutí jen obecné formulace a teoretické úvahy a nezabývá se důsledky této podmínky. Pokud budou předloženy tři nabídky, které budou obsahovat průměrnou hodnotu položky 10 tis. Kč a jedna nabídka bude nabízet cenu 8 999 Kč, bude příslušný uchazeč vyzván k objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny v rámci nabídky za cca

1,5 miliardy Kč. Nepřiměřenost a obstrukčnost této podmínky je do očí bijící. Dle navrhovatele jsou však žádosti o účast propojeny techniky společnosti METROSTAV, tedy postup vedoucí k vyloučení by připadal v úvahu jen u neočekávané nabídky společnosti BUDIMEX.

75. Zadavatel k této námitce ve vyjádření k rozkladu uvádí, že předem stanovený způsob určení MNNC ani její identifikace v nabídce nevede automaticky k vyloučení účastníka ze zadávacího řízení. Jedná se o fakultativní důvod, k němuž zadavatel vůbec nemusí přistoupit a vyloučený uchazeč má navíc možnosti obrany. Shodná zadávací podmínka navíc již byla předmětem přezkumu Úřadu.

76. K tomuto námitkovému okruhu v prvé řadě předesílám, že v posuzované věci jde o nadlimitní zadávací režim. Proto se zadavatel i dodavatelé řídí především ustanovením § 113 zákona o mimořádně nízké nabídkové ceně. Z toho vyplývá, že zadavatel je bez ohledu na zadávací podmínky povinen posouzení nabídkové ceny provést (§ 113 odst. 1 zákona), a ačkoliv je oprávněn stanovit, jakou cenu bude považovat za MNNC (odst. 2 téhož ustanovení), je oprávněn posoudit jako MNNC i jinou nabídkovou cenu, než jak původně vymezil v zadávacích podmínkách (odst. 3). V případě identifikace MNNC však zadavatel každopádně žádá vysvětlení MNNC (odst. 4) a k vyloučení je zadavatel povinen přistoupit pouze ze tří specifických důvodů daných § 113 odst. 6 zákona (MNNC v důsledku porušování pracovněprávních povinností, neoprávněné veřejné podpory nebo nevyvrácení předchozích dvou důvodů). Nejsou-li dány důvody pro vyloučení dle § 113 odst. 6 zákona, je vyloučení pro MNNC fakultativní a podléhá jako každý úkon zadavatele základním zásadám zadávání dle § 6 zákona, tedy hledisku transparentnosti a přiměřenosti. Hledisko přiměřenosti pak vylučuje, aby nastala situace popisovaná navrhovatelem jako příklad v rozkladu (vyloučení za jedinou neobjasněnou položku v hodnotě 9 tis. Kč).

77. Obecně je možné, aby zadavatel meze mimořádně nízké nabídkové ceny stanovil. K tomu viz např. rozsudek Soudního dvora ze dne 15. 9. 2022 ve věci C-669/20, z jehož bodu 34 se podává: *„Soudní dvůr již několikrát rozhodl, že přísluší členským státům, a zejména veřejným zadavatelům, aby určili způsob výpočtu prahové hodnoty mimořádnosti, která představuje mimořádně „nízkou“ nabídku (zejména viz rozsudky ze dne 27. listopadu 2001, Lombardini a Mantovani, C-285/99 a C-286/99, EU:C:2001:640, bod 67, jakož i ze dne 18. prosince 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466, bod 49), nebo stanovili její hodnotu za podmínek, že bude použita objektivní a nediskriminační metoda. Soudní dvůr rovněž rozhodl, že veřejnému zadavateli přísluší „identifikovat podezřelé nabídky“ (v tomto smyslu viz rozsudek ze dne 27. listopadu 2001, Lombardini a Mantovani, C-285/99 a C-286/99, EU:C:2001:640, bod 55).“* Z tohoto rozsudku dále vyplývá, že zadavatel je i tak povinen identifikovat podezřelé nabídky, umožnit dotčeným uchazečům prokázat jejich vážnost tím, že je požádá o upřesnění, bude se zabývat poskytnutými vysvětleními a konečně že o takových nabídkách rozhodne řádně a důvodně. Odchylka od ostatních nabídek, jakkoli může být užitečná pro zjištění mimořádnosti, tak není a nemůže být jediným kritériem, které veřejný zadavatel při posouzení nabídky zvažuje. Ze všeho uvedeného plyne, že byť si zadavatel stanoví mez MNNC, je každopádně povinen učinit při nakládání s takovou nabídkou všechny zákonem stanovené kroky a úkony. Totéž platí obdobně pro dodavatele: Bez ohledu na to, zda je pravidlo pro identifikaci MNNC upraveno v zadávacích podmínkách, či nikoliv, musí dodavatel počítat s tím, že v případě, že své ceny nastaví nízko, vystavuje se riziku, že bude vyzván k jejich objasnění. Posuzovaná zadávací podmínka je svým způsobem apelem na

to, aby případní uchazeči měli na paměti reálné ceny materiálu i prací a nepřicházeli s nabídkami zjevně nereálnými, a rovněž na to, aby byli připraveni své ceny zdůvodnit.

78. Dodavatel musí být profesionálem ve svém oboru. Mělo by mu být známo, v jakém rozmezí se ceny na trhu běžně pohybují, mělo by mu být známo, jaké ceny je vůči běžným cenám schopen nabídnout on sám. Při vědomí těchto rozhodných údajů pak dodavatel sestavuje svou nabídku. Při tvorbě nabídky by mělo být samozřejmostí, že nabídkové ceny pokrývají náklady dodavatele a že je dodavatel schopen je odůvodnit, neboť i on sám je předkládá na základě racionální úvahy, a nikoliv náhodně. I pokud by tedy platilo, co tvrdí navrhovatel, a sice že jsou nabídky uchazečů v zadávacím řízení propojeny konkrétními subjekty (k čemuž nejsou ve věci žádná skutková zjištění), není ani z argumentace rozkladu naprosto zřejmé, proč by „nezávislý“ uchazeč o veřejnou zakázku neměl být schopen své nižší ceny objasnit.

79. Obdobná námitka proti obdobné zadávací podmínce řešená mezi týmiž účastníky řízení již byla v loňském roce řešena, a to v rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0214/2021/VZ ze dne 8. 4. 2022, které bylo potvrzeno předsedou Úřadu rozhodnutím ze dne 20. 6. 2022 ve věci sp. zn. ÚOHS-R0055/2022/VZ, jak konstatuje Úřad v napadeném rozhodnutí i zadavatel ve vyjádření k rozkladu. Pokud je předsedovi Úřadu známo, správní právní rozhodnutí v tamní věci nebyla navrhovatelem žalobně zpochybněna.

80. Závěrem k tomuto námitkovému okruhu uvádím, že mechanismus posouzení MNNC neshledávám netransparentním ani nepřiměřeným. Je obranou zadavatele proti zcela nereálným cenám. Jeho využití je fakultativní, musí mu předcházet řádná výzva k vysvětlení MNNC a rozhodnutí o vyloučení dodavatele pro MNNC podléhá zásadám § 6 zákona. Situace, které navrhovatel ze sporné zadávací podmínky vyvozuje, jsou hypotetické až absurdní.

K požadavku na ekonomickou kvalifikaci

81. Navrhovatel v rozkladu zpochybňuje zadávací podmínku týkající se ekonomické kvalifikace uchazečů. Dle navrhovatele je nezákonné, že zadavatel neumožňuje sčítat obrat dodavatelů, a to ani dodavatelů předkládajících společnou nabídku, přičemž však takové konsorcium, resp. jeho členové jsou vůči zadavateli zavázáni společně a nerozdílně. Úřad konstatuje, že obecné zákonné pravidlo umožňuje prokazovat ekonomickou kvalifikaci společně (součtem) a že od tohoto pravidla je možné se odchýlit, proto neshledává porušení zákona. Úvaha Úřadu je nesprávná – pokud se zadavatel odchyluje od obecného pravidla, je k jeho tíži, aby tuto odchylku věcně logicky odůvodnil z pohledu transparentnosti. Pokud zadavatel odchylku neodůvodní, jde o projev libovůle a nedůvodného omezování okruhu dodavatelů, kteří by při dodržení obecného pravidla byli schopni ekonomickou kvalifikaci v součtu splnit.

82. Zadavatel ve vyjádření k rozkladu navrhovateli oponuje tím, poptává dodavatele ekonomicky a finančně způsobilého splnit předmět zakázky, a to po celou dobu. Jde o požadavek zákonný – přísnější režim si lze v zadávacích podmínkách vymínit. Zadavatel předkládá seznam 28 subjektů, které kritérium obratu splňují.

83. Předmětem tohoto námitkového okruhu je zadávací podmínka vyžadující, aby dodavatel disponoval ve třech po sobě jdoucích letech obratem alespoň 1 mld. Kč. Předpokládaná hodnota veřejné zakázky činí 1,33 mld. Kč a předpokládaná doba plnění je 2-3 roky (konkrétně

zhruba 26 měsíců[3]). Úřad v napadeném rozhodnutí vycházel dle § 78 odst. 2 zákona z toho, že přepočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky na roky není na místě, zadavatel proto mohl požadovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tedy roční obrat ve výši 2,66 mld. Kč.

84. Úřad v bodu 204 napadeného rozhodnutí vysvětluje, že u nadlimitních stavebních zakázek se objem plnění pro účely stanovení požadavku na obrat dodavatele nerozpočítává do let plnění, neboť zakázky jsou až na výjimky plněny nárazově a ekonomická a technická síla účastníka je čerpána nerovnoměrně, tedy není smysluplné plnění rozkládat rovnoměrně do let. S tímto závěrem se ztotožňuji a jen na okraj dodávám, že i při rozpočítání hodnoty zakázky do let zadavatel dodržel ustanovení § 78 odst. 2 zákona. Zadavatel totiž počítá s dobou plnění v délce 26 měsíců, což představuje plnění v objemu 0,613 mld. Kč ročně. Dle § 78 odst. 2 zákona by byl i při přepočtu plnění oprávněn žádat doložení ročního obratu dodavatele až ve výši 1,2 mld. Kč.

85. Zadavatel v zadávacích podmínkách stanovil, že požadovaného obratu musí dosáhnout dodavatel sám nebo prostřednictvím jiné osoby prokazující kvalifikaci dle § 83 zákona, popř. jeden z dodavatelů nebo jiná osoba prokazující kvalifikaci dle § 83 zákona. Zadavatel tedy nepřipustil sčítání obratů několika dodavatelů/jiných osob za účelem dosažení minimální hodnoty obratu.

86. Pokud navrhovatel toto pravidlo považuje za netransparentní a nedůvodné, nelze s tímto hodnocením souhlasit. Zadavatel od počátku, tedy již od rozhodnutí o námitkách navrhovatele, uvádí, že jeho záměrem je získat pro splnění veřejné zakázky silného smluvního partnera, neboť se jedná o veřejnou zakázku enormního rozsahu. Podmínka splnění ekonomické kvalifikace jediným dodavatelem, popř. jinou osobou prokazující kvalifikaci, je s tímto záměrem konformní, neboť skupina malých dodavatelů sčítajících pro účely plnění veřejné zakázky své obraty představuje entitu značně rizikovější a nestabilnější.

87. Navrhovatel v návrhu označuje za obvyklou výši obratu částku 650 mil. Kč, aniž by toto tvrzení argumentačně ukotvil. K tomu podotýkám, že ze sbírky listin obchodního rejstříku vyplývá, že navrhovatel v posledních třech letech tuto výši obratu přesáhl jen jednou a ani takto moderovanou zadávací podmínku by nesplňoval.

88. K tomuto námitkovému okruhu je třeba opakovaně zdůraznit, že samotná výše požadovaného obratu je stanovena v zákonném limitu, zadavatel nevyžaduje specializovaný obrat (tedy obrat jen z činnosti představované předmětem plnění veřejné zakázky) a sám zadavatel předkládá seznam několika desítek subjektů, které jeho požadavek splňují.

89. Zadavatelův požadavek na výši obratu a způsob jeho prokázání se pohybuje zcela v zákonných mezích a je přiměřený charakteru a velikosti veřejné zakázky.

Ke kritériu hodnocení „Zkušenosti stavbyvedoucího“

90. Navrhovatel v rozkladu dále uvádí, že pokud jsou požadavky na kvalifikaci stavbyvedoucího nezákonné, nemůže být zákonné ani hodnotící kritérium týkající se této kvalifikace. To je totiž založeno na další věcně totožné historické zkušenosti stavbyvedoucího. Navíc váha tohoto

[3] Viz dokument Příloha k nabídce: *„V případě oznámení o Datu zahájení prací (…) nejpozději do dne 24. 8. 2022, je Doba pro dokončení Díla ke dni 30. 10. 2024.“* a *„V případě oznámení o Datu zahájení prací (…) od 24. 9. 2022 do 24. 7. 2023, je Doba pro dokončení Díla ke dni 30. 10. 2025.“*

podkritéria je stanovena jako 30 %, což v podstatě eliminuje možnost soutěže nižší nabídkovou cenou, zejména při stanovení 10% limitu odchylky jakékoli položky pro posouzení z pohledu MNNC.

91. Zadavatel ve svém vyjádření trvá na tom, že osoba stavbyvedoucího je pro provedení zakázky klíčová. Zadavatel rozporuje, že by v hodnocení hrála roli stejná zkušenost stavbyvedoucího, z čl. 8. 1. 1. zadávací dokumentace vyplývá, že hodnoceny budou výhradně zkušenosti nad rámec požadované a dodavatelem předložené kvalifikace. Zadávací podmínky podobné této jsou dle zadavatele zcela běžné a hodnota kritéria nabídkové ceny je 70 %, tedy převažuje. Dle zkušeností zadavatele jsou právě členové realizačního týmu klíčoví při realizaci zakázky.

92. K tomuto námitkovému okruhu v prvé řadě konstatuji, že námitky jsou v rozkladu pojaty jen široce a obecně, v návaznosti na předchozí zpochybnění požadavku na kvalifikaci stavbyvedoucího. Obecně tedy lze říci, že zadavatelé mají velkou volnost při nastavování hodnoticích kritérií. Korektivem jsou – kromě ustanovení zákona – toliko zásady zadávání dle § 6 zákona. Zkušenost členů realizačního týmu je zákonem výslovně reflektované kritérium kvality (§ 116 odst. 2 písm. e) zákona). Zadavatel je zásadně oprávněn takové kritérium využít.

93. Zadávací dokumentace v bodu 8. 1. 1. stanoví, že hodnoceny budou zkušenosti „nad rámec požadované a dodavatelem u stavbyvedoucího uplatněné kvalifikace“. Ze zadávací dokumentace tak vyplývají dvě zásadní skutečnosti: referenční zakázky nad rámec základní uplatněné kvalifikace předloženy být mohou, ale nemusí, i bez nich lze podat nabídku. Dále pak platí, že jednu referenci lze uplatnit jen jednou, buď pro kvalifikaci, nebo pro hodnocení. Navrhovatel se tedy mýlí, pokud navzdory jednoznačnému textu zadávacích podmínek dovozuje opak. V této souvislosti je třeba rozlišovat požadavky části 3.5 zadávací dokumentace (požadavky na kvalifikaci stavbyvedoucího) a části 8.1.1 (požadavky na hodnocené referenční zakázky).

94. K tomuto námitkovému okruhu uzavírám, že se ztotožňuji s napadeným rozhodnutím, přičemž rozklad v příslušné části napadenému rozhodnutí nic nevytýká. Obecně tedy uvádím, že na zpochybněném kritériu hodnocení neshledávám nezákonnost či nepřiměřenost.

K zajištění financování a vydání stavebního povolení

95. Navrhovatel v rozkladu namítá, že sám zadavatel uvádí, že nedisponuje pravomocným stavebním povolením na stavbu a nemá zajištěno financování z veřejných prostředků, ani nedisponuje jinými prostředky. Zadavatel tedy zahajuje zadávací řízení na zkoušku a uvádí několik případů, kdy přistoupí ke zrušení zadávacího řízení (pokud nebude mít stavební povolení nebo finanční prostředky). Současně ale avizuje i situaci, pokud by došlo v důsledku změny podmínek stavebního povolení ke změně podmínek plnění předmětu veřejné zakázky. Ani jednu z těchto skutečností nepovažuje Úřad za důvod, proč není možné sestavit nabídku. Úřad nahlíží na problém z hlediska zadavatele bez odpovědnosti za veřejné prostředky. Přehlíží tak, že zadavatel neposkytl dodavatelům informace v dostatečném rozsahu nezbytném pro plnění veřejné zakázky a účast v zadávacím řízení. Dodavatelé v podstatě nevědí, co a kdy budou ve skutečnosti plnit, což zásadním způsobem ovlivňuje jejich rozhodnutí o účasti v zadávacím řízení.

96. Zadavatel k tomu uvádí, že financování takto rozsáhlé stavby je vždy zajištěno po jednotlivých letech a peníze byly na tento kalendářní rok alokovány. Zadavatel pouze neměl schválenu

změnu záměru projektu komisí Ministerstva dopravy ČR. Zadavatel postupoval nadmíru transparentně – takovéto informace nemusel v zadávací dokumentaci ani uvádět. K dokončení zadávacího řízení bude zadavatel činit všechny potřebné kroky. Absence stavebního povolení není nedostatek zadávacích podmínek. Pro podání nabídek byly uchazečům poskytnuty veškeré potřebné informace.

97. Námitky, které vznáší navrhovatel v rozkladu, byly prezentovány již v návrhu na zahájení správního řízení, napadené rozhodnutí se jimi řádně zabývá a s jeho závěry je nutno se ztotožnit.

98. Zadávací řízení jsou zhusta zahajována v případě, kdy zadavatelé o peněžních prostředcích teprve vyjednávají, popř. plánují financovat zakázky z nenárokových dotačních titulů. Riziko zrušení zadávacího řízení stíhá každé zadávací řízení, ať již ze strany zadavatele samotného z důvodů vyjmenovaných v § 127 odst. 2 zákona, tak ze strany Úřadu pro nezákonnost postupu zadavatele. Nejistota co do zrušení veřejné zakázky je tak rizikem, s nímž je nutno počítat a které nemá o nic větší vliv na podobu nabídek než např. riziko, že se uchazeč nestane vybraným dodavatelem z řady jiných důvodů.

99. Co se týká absence stavebního povolení, bylo mnohokrát rozhodnuto a judikováno, že absence stavebního povolení nemá vliv na možnost podat nabídku v zadávacím řízení, jsou-li jeho podmínky nastaveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele. Stavební povolení není povinnou součástí zadávacích podmínek. Navíc je stavební povolení vydáváno na časově omezenou dobu, i z tohoto důvodu probíhají často zadávací řízení a řízení o vydání stavebního povolení současně. V posuzované věci byla dodavatelům k dispozici nejen dokumentace pro provedení stavby, ale i výkaz výměr, který byl pro účely stanovení nabídkové ceny naceňován.

100. Zadavatel v zadávací dokumentaci nepřenáší riziko změny projektu na dodavatele. Vyvstane-li v důsledku vydání stavebního povolení potřeba změn projektu, půjde nutně o změnu, která bude podléhat ustanovení § 222 zákona. Zadavatel tak bude nucen dosáhnout s dodavatelem dohody v limitech daných ustanoveními zákona o změně smlouvy na plnění veřejné zakázky.

101. Nejasnosti ohledně financování veřejné zakázky ani absence stavebního povolení nejsou faktory, které by bránily podat uchazečům v zadávacím řízení nabídku, či které by mohly ovlivnit porovnatelnost nabídek.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

102. Napadené rozhodnutí jsem přezkoumal z hlediska zákonnosti, načež sděluji, že jsem dospěl k závěru, že Úřad rozhodl zcela v souladu se zákonem, správním řádem a dalšími právními předpisy. K zákonnosti napadeného rozhodnutí konstatuji, že Úřad v napadeném rozhodnutí zjistil takový skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, a na zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení zákona, která interpretoval ve světle příslušné judikatury.

103. Úřad řádně označil všechny podklady, z nichž při vydání napadeného rozhodnutí vycházel, načež uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem a že nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za logické, srozumitelné a plně přezkoumatelné. Současně konstatuji, že jsem nezjistil procesní vadu, která by měla za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.

VI. Závěr

104. 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 napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému projednání.

105. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se 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

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

Obdrží

1. Česká republika – Ředitelství vodních cest ČR, nábřeží Ludvíka Svobody 1222/12, 110 00 Praha
2. Gardenline s.r.o., Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice

Vypraveno dne

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