



UOHSX00H94W8

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0006/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-07653/2023/163

Brno 1. 3. 2023

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 6. 1. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Institut plánování a rozvoje hlavního města Prahy, příspěvková organizace**, IČO 70883858, se sídlem Vyšehradská 2077/57, 128 00 Praha, v rámci správního řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 9. 2022 a 22. 9. 2022 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 12. 2022, č. j. ÚOHS-46817/2022/500 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0410/2022/VZ zahájeném dne 9. 9. 2022 na návrh ze dne 8. 9. 2022, který podal navrhovatel –

- **Energy Benefit Centre a.s.**, IČO 29029210, se sídlem Křenova 438/3, 162 00 Praha,

a které bylo dne 18. 10. 2022 spojeno do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0410/2021/VZ se správním řízením vedeným pod sp. zn. ÚOHS-S0421/2022/VZ zahájeným dne 19. 9. 2022 na návrh z téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Gardenline s.r.o.**, IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice, v rámci správního řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 9. 2022 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce administrativní části areálu Emauzy**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 5. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 5. 2022 pod ev. č. Z2022-019860, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 5. 2022 pod ev. č. 2022/S 101-278563, 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-S0410/2022/VZ, č. j. ÚOHS-46817/2022/500 ze dne 27. 12. 2022, ve znění opravného usnesení č. j. ÚOHS-06854/2023/500 ze dne 16. 2. 2023,

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. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“) 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, obdržel dne 9. 9. 2022 návrh navrhovatele – Energy Benefit Centre a.s., IČO 29029210, se sídlem Křenova 438/3, 162 00 Praha, (dále jen „**navrhovatel Energy Benefit Centre**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Institut plánování a rozvoje hlavního města Prahy, příspěvková organizace, IČO 70883858, se sídlem Vyšehradská 2077/57, 128 00 Praha, v rámci správního řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 19. 9. 2022 a 22. 9. 2022 společností HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce administrativní části areálu Emauzy**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 5. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 5. 2022 pod ev. č. Z2022-019860, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 25. 5. 2022 pod ev. č. 2022/S 101-278563, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu navrhovatele Energy Benefit Centre na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 8. 9. 2022 bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno

správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Toto správní řízení bylo označeno sp. zn. ÚOHS-S0410/2022/VZ.

3. Návrh navrhovatele Energy Benefit Centre směřoval proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Konkrétně byla rozporována zákonnost požadavku zadavatele na doložení zkušeností s prováděním stavebních prací u staveb občanské vybavenosti. Navrhovatel Energy Benefit Centre citoval rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0119/2021/VZ, č. j. ÚOHS-03325/2022/510 ze dne 28. 1. 2022 a uváděl, že není rozhodující účel stavby, ale její materiálově konstrukční řešení. Dále tento navrhovatel považoval za nepřiměřené, že u vybraných referenčních služeb je požadováno doložení využití společného datového prostředí (dále jen „CDE“). Podle navrhovatele Energy Benefit Centre bylo CDE doposud využíváno spíše okrajově a jde jen o metodu sdílení souborů mezi zúčastněnými stranami. Podle navrhovatele Energy Benefit Centre je nepřiměřený i požadavek na znalost anglického jazyka alespoň úrovně B1 ve vztahu k osobě „koordinátora BIM“. Projekt bude zpracován v českém jazyce a komunikace se zadavatelem bude taky v českém jazyce, pročť není žádný důvod k tomuto požadavku. Navrhovatel Energy Benefit Centre se považuje za aktivně legitimovaného, neboť se chystal podat nabídku s jinými dodavateli.
4. Dne 19. 9. 2022 obdržel Úřad návrh navrhovatele Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice, v rámci správního řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 9. 2022 Mgr. Martinem Horákem, advokátem, ev. č. ČAK 13970, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, se sídlem Jandova 208/8, 190 00 Praha, (dále jen „navrhovatel Gardenline“) na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.
5. Dnem obdržení předmětného návrhu navrhovatele Gardenline na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 19. 9. 2022 bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 správního řádu zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele. Toto správní řízení bylo označeno sp. zn. ÚOHS-S0421/2022/VZ.
6. Navrhovatel Gardenline v návrhu namítal nedostatečné vypořádání svých námitek. Podle navrhovatele Gardenline není žádného technologického důvodu k omezení dodavatelů v prokazování stavebních prací pozemních staveb s výjimkou staveb výrobních a skladovacích hal. Dále navrhovatel Gardenline brojil proti požadavku zadavatele, aby alespoň u jedné významné stavby byla ke zpracování projektové dokumentace pro provádění prací použita metoda BIM s využitím CDE. Rozpor se zákonem byl namítán taktéž u požadavku, aby hlavní stavbyvedoucí (manažer projektu) a zástupce hlavního stavbyvedoucího prokazovali zkušenosti s realizací pozemních staveb, jejichž předmětem byla výstavba nebo komplexní rekonstrukce budovy v památkové rezervaci nebo památkové zóně nebo v jejich ochranném pásmu. Navrhovatel Gardenline považoval za nepřiměřenou i požadovanou hodnotu referenční zakázky dvou členů realizačního týmu. Dílčí hodnotící kritérium „Zkušenosti členů realizačního týmu“ nesouvisí podle navrhovatele Gardeline s kvalitou plnění ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Zadavatel dále neměl uvést v zadávací dokumentaci všechny subjekty, které se na jejím zpracování podílely.
7. Usnesením č. j. ÚOHS-36429/2022/535 ze dne 18. 10. 2022 Úřad spojil podle § 140 odst. 1 správního řádu správní řízení vedená u Úřadu pod sp. zn. ÚOHS-S0410/2022/VZ a sp. zn.

ÚOHS-S0421/2022/VZ do společného správního řízení vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0410/2022/VZ (dále jen „**správní řízení**“).

II. **Napadené rozhodnutí**

8. Dne 27. 12. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0410/2022/VZ, č. j. ÚOHS-46817/2022/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
9. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem tím, že požadoval prokázání kvalifikace předložením seznamu významných stavebních prací realizovaných za posledních 7 let před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, ze kterého muselo vyplývat, že *„dodavatel v požadovaném období realizoval alespoň 3 významné stavební práce, jejichž předmětem bylo provádění stavebních prací v oboru pozemních staveb (s výjimkou staveb výrobních a skladovacích hal) na výstavbě nebo komplexní rekonstrukci budovy, kdy investiční náklady stavebních prací na projektu činily alespoň 400 mil. Kč bez DPH,“* s tam dále stanovenými požadavky, když konkrétně požadoval prokázání tohoto kritéria technické kvalifikace u *„pozemních staveb (s výjimkou staveb výrobních a skladovacích hal)“* a když současně minimálně 2 významné stavební práce musely být *„stavbami občanské vybavenosti“*, aniž pro to existoval objektivní důvod, čímž stanovil požadavky k prokázání technické kvalifikace nepřiměřeně vzhledem ke složitosti předmětu plnění citované veřejné zakázky, a vytvořil tak bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, resp. nedůvodně omezil účast dodavatelů v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku.
10. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem tím, že u téhož kvalifikačního požadavku jako v případě výroku I napadeného rozhodnutí požadoval prokázání kvalifikace minimálně 1 významnou stavební prací, u které *„byla ke zpracování projektové dokumentace pro provádění prací použita metoda BIM,“* aniž by pro to existoval objektivní důvod, čímž stanovil požadavky k prokázání technické kvalifikace nepřiměřeně vzhledem ke složitosti předmětu plnění citované veřejné zakázky, a vytvořil tak bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, resp. nedůvodně omezil účast dodavatelů v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku.
11. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, a to až do pravomocného skončení správního řízení. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
12. V odůvodnění k výroku I napadeného rozhodnutí se Úřad nejprve zabýval aktivní legitimací navrhovatele Energy Benefit Centre, přičemž dospěl k závěru, že v případě zadávání metodou Design & Build je výrazná vazba mezi projekční činností a stavebními pracemi, z níž plyne i potřeba úzké spolupráce více subjektů. Navrhovatel Energy Benefit Centre (jako dodavatel v oblasti projekčních služeb) mohl za účelem účasti v zadávacím řízení shromážďovat realizační tým. V zadavatelem odkazovaném rozhodnutí ve věci ÚOHS-R0020/2022/VZ šlo o námitky a návrh dodavatele, který byl schopen zajistit výlučně marginální část předmětu plnění (právní služby, přičemž brojil proti požadavkům týkajících se výkonu správce stavby). Zde je však zřejmé, že projekční práce jsou součástí zadavatelem zvolené metody a žádná

z částí není marginální, tj. ani projekční ani stavební práce, neboť jsou propojeny a jedna bez druhé nemůže obstát. Navrhovatel Energy Benefit Centre rozporoval reference na stavební část veřejné zakázky, které pro něj mohly být reálnou překážkou v možnosti účasti v zadávacím řízení, a to s ohledem na hledání vhodného partnera.

13. Úřad dále odkázal na rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0119/2021/VZ, č. j. ÚOHS-03325/2022/510 ze dne 28. 1. 2022, ve kterém bylo konstatováno, že požadavek na prokázání zkušeností s realizacemi rekonstrukcí pouze na stavbách občanského vybavení se jeví jako nepřiměřený, když k ověření způsobilosti není rozhodující určení stavby, ale její materiálově konstrukční podoba. Podle Úřadu určení stavby nutně neimplikuje, že se bude jednat právě o stavbu přinášející zadavateli požadované zkušenosti. I na základě znaleckého posudku představeného v citovaném případě nelze podle Úřadu vyloučit, že v určitém případě může být stavbě občanské vybavenosti blízká pozemní stavba jiného určení, tj. rozhodující není čistě jen účel stavby. Úřad nerozporoval, že předmětem šetřené veřejné zakázky je rekonstrukce budovy občanského vybavení, ale nemohl odhlédnout od skutečnosti, že jak bylo uvedeno výše, podstatným rozlišovacím prvkem je materiálově konstrukční podoba rekonstruované stavby, a nikoliv její určení. Dle Úřadu tak nelze vyloučit, že při obecnějším požadavku na prokázání schopností realizovat danou rekonstrukci by mohlo reálně existovat více potenciálních dodavatelů schopných prokázat šetřené kritérium technické kvalifikace, a to při zachování smyslu ověření šetřené způsobilosti potenciálních dodavatelů. Zadavatel pak zadávací podmínku dostatečně neodůvodnil. Úřad rovněž uvedl (s ohledem na námitky navrhovatele Gardenline), že nelze učinit jednoznačný závěr o obecné materiálově konstrukční podobě výrobních a skladovacích hal a konstatovat, že žádná z nich nemůže být obdobná předmětu veřejné zakázky.
14. K výroku II napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že není zřejmé, jak metoda zpracování projektové dokumentace metodou BIM ovlivňuje realizaci samotných stavebních prací. Úřad proto oslovil dodavatele působící na relevantním trhu. Zjistil, že mezi realizací stavebních prací, u nichž byla ke zpracování projektové dokumentace použita metoda BIM, a stavebních prací prováděných dle klasické projektové dokumentace nelze dovodit zásadní rozdíl. Požadavek zadavatele tak nelze považovat za důvodný, respektive přiměřený. Tak tomu je i s ohledem na počet existujících referencí. Zadavatel navíc požadoval obdobnou zkušenost ve vztahu k projekčním činnostem, tedy zkušenost je ověřována již tímto kvalifikačním požadavkem. Zadavatel nedokázal svůj požadavek podepřít legitimními důvody.

III. Rozklad zadavatele

15. Dne 6. 1. 2023 Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 27. 12. 2022. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

16. Úvodem upozorňuji, že s ohledem na rozsah rozkladu jsou v této části rozkladové námitky pouze stručně shrnuty. V části V tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou pak uvedeny podrobně a na témže místě vypořádány.
17. Zadavatel namítá, že se Úřad měl v napadeném rozhodnutí odvrátit od aktuální rozhodovací praxe týkající se aktivní legitimace. Ta podrobněji zkoumá reálnou újmu navrhovatelů

a zamezuje obstrukčnímu jednání. Podle zadavatele se v případě projektové činnosti nejedná v rámci veřejné zakázky o převažující část plnění, ale o relativně marginální část (asi 10 % předpokládané hodnoty). Navrhovatel Energy Benefit Centre odvozuje svoji aktivní legitimaci od nespécifikovaného „hlavního“ dodavatele, ale sám není subjektem, který by byl oprávněn plnit gros veřejné zakázky, tedy tu část, kterou napadá. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-07479/2022/161 ze dne 12. 4. 2022 a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-25109/2022/500 ze dne 26. 7. 2022. Od této praxe se měl Úřad odchýlit. Navrhovatel Energy Benefit Centre není ani teoreticky oprávněn realizovat předmět veřejné zakázky, a tedy nemůže být „hlavním“ dodavatelem. Podstatou veřejné zakázky je totiž bezesporu její stavební část.

18. Úřad podle zadavatele nesprávně generalizuje závěry uvedené v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-03325/2022/510 ze dne 28. 1. 2022. Přiměřenost kvalifikačních kritérií se musí posuzovat s ohledem na složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky. Úřad zobecnil a zjednodušil závěry uvedeného rozhodnutí, ale vůbec je nezasadil do kontextu. Veřejná zakázka bude navíc prováděna metodou Design & Build, kde generální zhotovitel provádí všechny fáze související s realizací projektu. Zadavatel nemůže souhlasit se závěry znaleckého posudku využitého v rámci odkazovaného rozhodnutí, tj. že stavební práce na stavbě občanské vybavenosti jsou obdobné dalším pozemním stavbám. Na stavby občanské vybavenosti jsou právními předpisy kladeny speciální nároky vyplývající z účelu těchto staveb. Účel staveb občanské vybavenosti tak definuje i materiálově konstrukční požadavky. Z napadeného rozhodnutí nelze dovodit, jak by měli zadavatelé vymezovat požadavky na materiálově konstrukční řešení staveb.
19. Zadavatel rozporuje posouzení odpovědí dodavatelů na dotazy Úřadu, když podle zadavatele Úřad vybral selektivně pouze část odpovědí dodavatelů, a to těch, kteří s metodou BIM nemají zkušenosti, a na základě toho vystavěl závěr o tom, že mezi popsányými postupy neexistuje rozdíl. Nezhlednil odpovědi dodavatelů, kteří mají zkušenosti s realizací stavby na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM a kteří potvrdili, že rozdíly existují. Úřad vycházel z nesprávného předpokladu, že metoda BIM je rozhodující pouze ve fázi projektování. Pro zadavatele je zásadní, aby měl generální zhotovitel stavby zkušenosti s realizací stavby v prostředí metody BIM tak, aby měl zadavatel jistotu, že veškeré procesy v BIM budou v průběhu výstavby realizovány řádně a kvalitně. Otázky 2 a 3 položené Úřadem nekorespondují s požadavky stanovenými v zadávací dokumentaci. Úřad se navíc dotazoval i společností, jejichž roční výnosy často nedosahují ani hodnoty, kterou zadavatel stanovil jako minimální požadovanou hodnotu pro doložení jedné stavby.

Závěr rozkladu

20. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a správní řízení zastavil. Eventuálně zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele Energy Benefit Centre k rozkladu

21. Navrhovatel Energy Benefit Centre ve svém vyjádření k rozkladu setrval na svých dosavadních podáních, neboť dle něj zadavatel neuvedl žádné nové skutečnosti ani nepředložil žádné další důkazy. Navrhovatel Energy Benefit Centre se ztotožnil s obsahem i závěry učiněnými Úřadem v napadeném rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

22. 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.
23. Dne 16. 2. 2023 vydal Úřad usnesení č. j. ÚOHS-06584/2023/500, kterým opravil napadené rozhodnutí v tom smyslu, že se spisová značka společného správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0410/2021/VZ uvedená v návěti napadeného rozhodnutí předcházející výrokům napadeného rozhodnutí opravuje na spisovou značku ÚOHS-S0410/2022/VZ.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

K aktivní legitimaci navrhovatele Energy Benefit Centre

26. Úřad se měl podle zadavatele v napadeném rozhodnutí odvrátit od aktuální rozhodovací praxe týkající se aktivní legitimace. Ta podrobněji zkoumá reálnou újmu navrhovatelů a zamezuje obstrukčnímu jednání. Úřad konstatoval vznik újmy na základě hypotetické domněnky, že byl navrhovatel Energy Benefit Centre omezen při hledání obchodního partnera, neboť ten nemusel být schopen předmětný požadavek splnit. To, že byl navrhovatel Energy Benefit Centre při takovém hledání neúspěšný, nemůže jít k tíži zadavatele. Žádná ze stavebních společností proti předmětnému požadavku na referenci stavbou občanské vybavenosti návrh nepodala.
27. Podle zadavatele se v případě projektové činnosti nejedná v rámci veřejné zakázky o převažující část plnění, ale o relativně marginální část (asi 10 % předpokládané hodnoty). Navrhovatel Energy Benefit Centre odvozuje svoji aktivní legitimaci od nespécifikovaného „hlavního“ dodavatele, ale sám není subjektem, který by byl oprávněn plnit gros veřejné zakázky, tedy tu část, kterou napadá. Je zcela nemyšlitelné, že by generálním zhotovitelem stavby byl projektant, který ani nedisponuje živnostenským oprávněním pro provádění staveb, jejich změn a odstraňování. Všechny podané nabídky jsou od společností s oprávněním ke stavbám i k projektové činnosti. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-07479/2022/161 ze dne 12. 4. 2022 a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-25109/2022/500 ze dne 26. 7. 2022. Od této praxe se Úřad odchytil. Navrhovatel Energy Benefit Centre by mohl prokázat závislou aktivní legitimaci, ale jen tehdy, pokud by předložil dostatečně určitá tvrzení týkající se „hlavního“ dodavatele a jeho újmy.

28. Přestože se zadavatel snaží bagatelizovat část předmětu plnění spočívající ve zpracování projektové dokumentace, a to s ohledem na poměr předpokládané hodnoty projekčních a stavebních prací, kdy projekční práce měly být dle zadavatele marginální částí, nemohu s jeho argumentací souhlasit. Projekční práce sice mohou ve finančním rozsahu hrát roli malou, ale v rámci samotného předmětu plnění tomu tak není. Zadavatel poptává jak projekční práce, tak práce stavební, tj. chce, aby vybraný dodavatel nejen stavěl, ale také zpracoval projektovou dokumentaci, na základě které bude teprve stavěno. To je pro posouzení aktivní legitimace navrhovatele Energy Benefit Centre zcela zásadní.
29. To je také rozdíl oproti zadavatelem citovanému rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-07479/2022/161 ze dne 12. 4. 2022. Podstatou tam zadávané zakázky byla správa stavby. Součástí realizačního týmu byl i právník, ale to neznamená, že by podstata zakázky spočívala v právních službách. Oproti tomu právě řešená zakázka mimo jiné v projekčních pracích spočívá. Jak správně uvedl Úřad v bodu 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí, *„[ž]ádnou z těchto částí nabízeného plnění pak nelze považovat za marginální, neboť jsou úzce provázány a jedna činnost bez druhé při tomto způsobu realizace nemůže obstát“*. Byť práce stavební obsáhnou větší část předpokládané hodnoty veřejné zakázky, bez prací projekčních nemohou být vůbec zahájeny. Současně pak nejsou jen výchozím předpokladem, ale především součástí předmětu plnění. Gros veřejné zakázky proto spočívá jak v projekčních pracích, tak v pracích stavebních. Obdobné závěry platí i k dalšímu zadavatelem citovanému rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-25109/2022/500 ze dne 26. 7. 2022. Nebylo proto nutné přistoupit ve smyslu uvedených rozhodnutí k bližšímu zkoumání aktivní legitimace navrhovatele Energy Benefit Centre, neboť je zřejmé, že je aktivně legitimován již z podstaty předmětu plnění.
30. Ostatně o důležitosti projekčních prací hovoří i sám zadavatel v dalších částech rozkladu, když například v bodu 45 rozkladu uvádí, že jsou na *„generálního zhotovitele předmětu plnění Veřejné zakázky kladeny vyšší požadavky než v případě realizace ‚pouze‘ stavebních prací“*, dále v bodu 46 rozkladu komplexněji, že *„[z]adavatel tedy v případě Veřejné zakázky nepoptává pouze zhotovitele stavebních prací, nýbrž zhotovitele, jež zajistí kompletní realizaci díla vč. projekčních a stavebních prací. Jinými slovy, Zadavatel po zhotoviteli nevyžaduje pouhé ‚skládání cihel‘, reprezentující samotnou stavbu fyzických prvků stavby, ale kompletní realizaci stavebních prací na administrativním komplexu budov v památkové rezervaci, a to vč. souvisejících úkonů jako např. dodržení technologických postupů, instalace technických prvků souvisejících se stavbou občanské vybavenosti, vedení stavby apod. spolu s provedením projekčních prací a vzájemné ingerence těchto prací v průběhu realizace celého předmětu plnění Veřejné zakázky.“* Dále pak v bodu 108 rozkladu zadavatel uvádí, že Úřad *„zcela nesprávně odděluje projekční činnost od činnosti realizační, uvažuje o určitém Design , (čárka) Build, místo formy Design & Build“*, a v bodu 109 rozkladu uvádí, že *„nepotřebuje pouze zkušeného projektanta a pak nezkušeného generálního zhotovitele stavby“*.
31. Úřad se tedy neodchýlil od své rozhodovací praxe. Souhlasím proto s posouzením aktivní legitimace navrhovatele Energy Benefit Centre Úřadem a vyzdvihuji již zmíněný bod 116 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Navrhovatel Energy Benefit Centre mohl rozporovat i zadávací podmínky týkající se stavební části, protože to mohlo mít vliv na jeho schopnost realizovat veřejnou zakázku jako celek společně s jiným dodavatelem, který by plnil právě stavební část. Jakákoliv nezákonnost obsažená v zadávacích podmínkách týkajících se stavební části tak mohla ovlivnit i jeho.

32. Generálním zhotovitelem pak nemusel být právě pouze navrhovatel Energy Benefit Centre, ale společnost sestávající z tohoto navrhovatele a jiného dodavatele, který by dodal stavební práce, což je běžným způsobem plnění zakázek, kde zadavatel poptává vícero druhů plnění. Je pak zcela lhostejné, že všechny podané nabídky jsou od společností s oprávněním ke stavbám i k projektovým činnostem. Tento argument nikterak nevyvrací, že se soutěže mohou účastnit i dodavatelé, kteří disponují jen jedním z těchto oprávnění, a to ve spojení, které zákon umožňuje.
33. Tuto část uzavírám opakováním, že projekční činnosti jsou v tomto případě zásadní a významnou částí plnění veřejné zakázky, a to i za situace, kdy činí menší část předpokládané hodnoty. Bez projekčních prací není možné stavební část vůbec realizovat. Navrhovatel Energy Benefit Centre tak byl aktivně legitimovaný k podání návrhu. Posouzení Úřadu mám za správné a námitky zadavatele odmítám.
34. Nad rámec uvedeného lze podotknout, že rozhodovací praxe Úřadu a předsedy Úřadu nemá mít za cíl pojmát možnost obrany proti postupům zadavatele příliš restriktivně, ačkoliv se tento požadavek ze strany zadavatele ve správním řízení opakuje poměrně často. I odkazovaná rozhodnutí se týkala případů, kde šlo o opravdu zjevný nedostatek aktivní legitimace. V právě řešené věci ale nemohou v případě, kdy jsou projekční práce nutným předpokladem prací stavebních, vznikat o aktivní legitimaci navrhovatele Energy Benefit Centre pochybnosti.

K prokázání kvalifikace mj. stavbami občanské vybavenosti

35. Ve vztahu k účelu technické kvalifikace nelze než odkázat na bod 121 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad správně uvedl, že jím je potřeba zajištění výběru dodavatele z takového okruhu dodavatelů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Kritéria technické kvalifikace zadavatel stanoví na základě svých potřeb s ohledem na předmět plnění. Pokud požadavky z těchto potřeb vybočují, poruší zadavatel zásadu přiměřenosti a za jistých okolností i zásadu zákazu diskriminace, a to s ohledem na nedůvodné omezení okruhu dodavatelů. V podrobnostech odkazují na uvedený bod napadeného rozhodnutí.
36. Účelem technické kvalifikace tedy je primárně ověření, zda je dodavatel objektivně schopen plnit předmět veřejné zakázky. Mezi požadavkem na technickou kvalifikaci a předmětem plnění tak musí existovat vazba. Zadavatel musí vědět, proč je daný požadavek nutný, proč jej vůbec zařadil do zadávací dokumentace a zda slouží vymezenému účelu. Stěžejní je tedy existence potřeby zadavatele ověřit zkušenost dodavatele s určitou činností. Pokud tato potřeba neexistuje, respektive pokud ji zadavatel není schopen definovat a přesvědčivě odůvodnit, nemůže být přezkoumávaný požadavek přiměřený. Přesvědčivě pak neznamena v každém případě rozsáhle, ale s důrazem na osvědčení dané potřeby a vztahu zkoumaného požadavku k této potřebě.
37. Zadavatel v šetřeném případě v rámci prokázání kritérií technické kvalifikace ve smyslu § 79 odst. 2 písm. a) zákona požaduje předložení seznamu významných stavebních prací, z něhož musí kromě jiného vyplývat, že „dodavatel v požadovaném období realizoval alespoň 3 významné stavební práce, jejichž předmětem bylo provádění stavebních prací v oboru pozemních staveb (s výjimkou staveb výrobních a skladovacích hal) na výstavbě nebo

komplexní rekonstrukci budovy“, přičemž uvedené zadavatel dále konkretizuje mj. tak, že *„alespoň 2 tyto významné stavební práce byly stavbami občanské vybavenosti“*.

38. Daný požadavek zadavatel nejprve odůvodňoval vysoce specifickou ocelovou konstrukcí. Již v bodě 129 odůvodnění napadeného rozhodnutí mu však Úřad sdělil, že zkušenost s touto konstrukcí zadavatel požaduje v rámci jiného požadavku na významnou stavební práci, tedy ji dále vyčleňuje. Nemá tedy význam a není ani přiměřené, aby tuto zkušenost zadavatel ověřoval v rámci dvou kvalifikačních požadavků. Obdobně lze souhlasit s reakcí Úřadu na odůvodnění předmětného požadavku metodou Design & Build v bodě 131 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
39. Dalšími důvody měla být podle zadavatele existence shromažďovacího prostoru či gastronomického provozu, provozní doba areálu, technologie chlazení prostorů a centrální vzduchotechniky. Byť se do jisté míry může jednat o legitimní požadavky zadavatele na zkušenost, je nutné si položit otázku, zda se v dnešní době skutečně jedná o tak stavebně specifické prvky, aby je zadavatel potřeboval ověřit v rámci reference, a navíc pouze stavbami občanské vybavenosti. Mám za to, že jak shromažďovací prostory, gastronomický provoz a provozní doba areálu, tak technologie vzduchotechniky a chlazení prostorů jsou běžnými součástmi staveb, a to nikoliv jen těch z kategorie občanské vybavenosti. Firemní administrativní budovy, ale i průmyslové areály tyto prvky také obvykle obsahují, pohybuje se v nich větší množství lidí a z konstrukčního hlediska nebude pro stavební firmu odlišné, zda tyto prvky instaluje ve stavbě občanské vybavenosti, nebo kdekoliv jinde.
40. K dalším důvodům, které zadavatel předkládal v rámci zadávacího řízení či před vydáním napadeného rozhodnutí, odkazují na body 132 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se s nimi Úřad přesvědčivě vypořádal a s jeho závěry se ztotožňují. Jde především o argumentaci exkluzivnosti šetřené veřejné zakázky, širokou škálou pozemních staveb, které mezi stavby občanské vybavenosti patří a rešerší týkající se obvyklosti obdobného požadavku v jiných zadávacích řízeních.
41. Konstatuji, že důvody, které měly zadavatele vést ke stanovení předmětného požadavku, se převážně omezují na ty, které bezprostředně nesouvisí s realizací stavby jako takové, tedy se samotnými stavebními pracemi, a pokud už tomu tak je, jde pouze o strohé konstatování o rozdílnosti staveb občanské vybavenosti a staveb jiných. Kromě výše uvedeného má jít o technologickou náročnost, technologické prvky a splnění normovaných technických, bezpečnostních, hygienických, estetických a ekonomických požadavků staveb občanské vybavenosti. Zadavatel však neuvádí, co by tedy konkrétně v právě řešeném případě mělo být pro dodavatele stavebních prací tak zcela odlišné oproti jiným stavbám, že vyžaduje právě zkušenost se stavbou občanské vybavenosti. Například jaký technologický prvek stavby občanské vybavenosti, který je zároveň přítomen u předmětu plnění, je tak specifický, že jej jiné stavby splňovat nemohou. Pokud zadavatel tento prvek identifikuje, pak je zároveň schopen formulovat požadavek na technickou kvalifikaci prostřednictvím právě daného specifika (prvku), tedy může požadovat prokázání technické kvalifikace skutečně ve vztahu k předmětu plnění a bude tím naplněna jeho potřeba na prokázání zkušenosti. Pokud jej identifikovat nedokáže, pak patrně nebude nutné v tomto směru referenci požadovat.
42. Byť zadavatel následně opakuje, že požadavky na stavby občanské vybavenosti jsou stanoveny technickými normami, a uvádí, že jsou stanoveny jiné normy pro administrativní budovy

a např. obytné budovy (kterými dle něj není možné prokázat řešenou kvalifikaci), porovnává takto pouze jeden druh stavby, kterým je možno daný kvalifikační požadavek splnit. V rámci kategorie občanské vybavenosti však jsou i další stavby (budovy), přičemž není zřejmé, jak by zkušenost s jakoukoliv budovou z těchto staveb měla být neomezenou vstupenkou do realizace předmětu plnění a s jinou stavbou nikoliv. Pokud dodavatel nedisponuje žádnou zkušeností se stavbou občanské vybavenosti, je z veřejné zakázky již předem vyloučen, ačkoliv pro předmět veřejné zakázky může být plně způsobilý.

43. Je poté až absurdní, aby zadavatel jako specifikum staveb občanské vybavenosti zmiňoval datové rozvody včetně příslušné infrastruktury. Toto „specifikum“ je přece z logiky věci běžnou součástí moderních staveb a rekonstrukcí, a to bez ohledu na účelové určení stavby. Naopak nemusí být součástí stavby a rekonstrukce některých náboženských či sportovních staveb, které ale do kategorie občanské vybavenosti spadají a dodavatel jimi prokázat kvalifikaci může. Nadto mi není ani jasné, proč by zrovna existence požadavků na datové rozvody v rámci staveb občanské vybavenosti měla osvědčovat zadavatelovu potřebu na zkušeného dodavatele, v čem je jejich realizace natolik specifická, že je potřeba ověřit zkušenost s ní. Obdobně lze reagovat na tamtéž uváděnou argumentaci sofistikovanějšími systémy měření a regulace, systémy zajišťujícími náhradní napájení, systémy aktivní a pasivní požární ochrany a telekomunikační systémy, ale také na požadavky na přístup do budov, bezbariérovost, bezpečnostní prvky, sociální zařízení atd. Není vůbec jasné, co je na jejich stavbě tak specifického, že zadavatel požaduje takovou zkušenost právě na stavbách občanské vybavenosti. Byť označení použitá zadavatelem skutečně zní sofistikovaně, nemám za to, že by tomu tak bylo z hlediska stavebního pro dodavatele staveb.
44. Nelze pak v tomto směru pochopit, proč zadavateli nemohla postačovat jako zkušenost stavba či rekonstrukce soukromé administrativní budovy, která je obdobnou administrativní stavbě občanské vybavenosti, pouze jako stavba občanské vybavenosti označena není, protože jde o budovu soukromou. Možná právě tento argument je stěžejním pro pochopení, proč pouze účel stavby není vždy vhodným kritériem. Stavby, které daný účel nenaplnují, nemusí být z konstrukčního hlediska nijak odlišné. A právě zkušenost s konstrukcí zadavatel u stavebních referencí přece ověřuje, protože ho zajímá, zda bude dodavatel schopen obdobnou stavbu postavit. Již předem však zadavatel vyloučil stavby předmětu veřejné zakázky obdobné jen s ohledem na jejich účel, a naopak jiné s ohledem na jejich účel jako staveb občanské vybavenosti jako jediné připustil.
45. Na tomto místě lze uvést, že by spíše bylo možné jako přiměřenou posoudit referenci stavbou občanské vybavenosti u nové stavby, neboť právě tam musí dodavatel spíše prokázat zkušenost s tím, že tyto prvky umí do dané stavby zařadit a realizovat, byť i zde tak činí pouze na základě projektové dokumentace. Toto však nemá být vykládáno jako obecné odsouhlasení používání takových referencí u novostaveb. Více než u staveb pak právě s ohledem na to, že je to projektová dokumentace, která musí obsáhnout veškeré požadavky na stavby občanské vybavenosti, jak je specifikuje zadavatel, jsou to dle mého názoru právě projekční práce, u nichž je taková reference nejpochoitelnější.
46. Pokud je argumentováno, že daný požadavek nikoho neomezuje, je pak nutné se ptát, co je smyslem požadavku. Technická kvalifikace omezuje některé dodavatele již ze své podstaty. Takové, kteří nejsou způsobilí k plnění veřejné zakázky. Není totiž účelem technické kvalifikace zjistit, že nějakou činnost všichni umí, že nějakou referenci všichni mají. Jestliže

zadavatel není schopen definovat potřebu, kterou chce tím kterým požadavkem na technickou kvalifikace pokrýt, pak pravděpodobně není takový požadavek nezbytný. Jestliže ale zadavatel tvrdí, že neomezuje ty relevantní, tj. dostatečně kvalifikované a způsobilé dodavatele, není zřejmé, jak k tomu dospěl, neboť je z výše uvedených závěrů patrné, že kvalifikovaným a způsobilým dodavatelem může být i ten, kdo stavbu občanské vybavenosti v požadované hodnotě nerealizoval.

47. Není účelem tohoto rozhodnutí, aby byl zadavatel nucen veškerá možná specifika uvádět v požadavcích na technickou kvalifikaci, ale aby si vyhodnotil, zda se skutečně o specifika jedná a nejde o běžnou součást staveb, kterou je schopno provést široké spektrum dodavatelů. Pokud tak neučiní, může se stát, že omezí dodavatele, kteří se (v tomto případě) na stavby občanské vybavenosti nezaměřují, ale s ohledem na jejich jiné zkušenosti jsou plně způsobilí k realizaci předmětu veřejné zakázky. Úřad v napadeném rozhodnutí a ani já v tomto rozhodnutí o rozkladu jsme neshledali, že by zadavatel uvedl takové důvody, pro které by skutečně bylo přiměřené požadovat prokázání kvalifikace stavbou občanské vybavenosti.
48. Na závěry dle úvodu předchozího bodu lze navázat i dále. Byť totiž Úřad v napadeném rozhodnutí opakuje nutnost vymezení materiálově konstrukční podoby, respektive vymezení technické kvalifikace prostřednictvím materiálově konstrukčních specifik stavby, je nutné jeho závěry korigovat. Ne vždy je totiž takové materiálově konstrukční vymezení vhodné, jak ostatně argumentoval zadavatel v rozkladu, a takové nastavení by mohlo omezit okruh dodavatelů stejně či více než vymezení účelem stavby. Pokud by zadavatel každou drobnost ověřoval pomocí referencí, kvalifikace by ztratila svůj smysl.
49. Právě proto nelze obecně stanovit, jaký požadavek na referenční zakázku je pro stavební práce správný. Vždy je nutné vycházet z potřeby zadavatele, která musí být jasně definovaná a odůvodněná. Pokud například potřebuje zadavatel vědět, že je stavební společnost dost velká na to, aby byla schopna předmět plnění realizovat, má stanovit požadavek na objem referenční zakázky. Pokud je něčím výjimečná konstrukce rekonstruovaného objektu, má stanovit požadavek na referenci, která dané specifikum obsahovala. Pokud je výjimečná technologií, kterou je nutné v rámci stavby instalovat, může být za tím účelem požadována zkušenost. Pokud ale žádné takové specifikum zadavatel nedokáže definovat, tak zde pravděpodobně není přiměřené, a tedy ani zákonné jej nahrazovat obecnou referencí na stavby občanské vybavenosti v určité hodnotě.
50. To ale a priori neznamená, že by zadavatelé nemohli referenci stavbou občanské vybavenosti v žádném případě požadovat. Pokud takový závěr zadavatel z napadeného rozhodnutí vycítil, je potřeba jej ubezpečit, že nepovažují za správné napadené rozhodnutí takto vykládat a je nutné v těchto intencích napadené rozhodnutí vyjasnit. Z požadavku na technickou kvalifikaci však musí být zřejmé, proč je právě takto zvolené kritérium tím potřebným a zadavatel musí být schopen odůvodnit, proč nemohl zvolit kritérium obecnější. Nemám za to, že by zadavatel odůvodnil, proč referenci stavbou občanské vybavenosti požaduje, respektive co touto referencí vlastně ověřuje.
51. Lze tedy konstatovat, že účel či určení stavby nutně neimplikuje, že se bude jednat právě o stavbu přinášející dodavateli potřebné zkušenosti a zadavateli informaci o skutečné kvalifikaci dodavatele ve vztahu k předmětu plnění. Zadavatelova potřeba ověřit schopnost realizovat stavební část předmětu veřejné zakázky tedy nemusí být vždy naplněna zkušeností

s realizací stavby občanské vybavenosti a zároveň si lze představit situace, kdy spíše bude naplněna předložením zkušenosti se stavbou jiného účelu.

52. Zadavatel poté namítá, že Úřad nesprávně generalizuje závěry uvedené v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-03325/2022/510 ze dne 28. 1. 2022. Vždy je podle něj nezbytné posuzovat konkrétní skutkové okolnosti případu, navíc se zcela odlišným předmětem plnění. Byť si je Úřad rozdílů vědom, nijak je dále nereflexuje. Přiměřenost kvalifikačních kritérií se musí posuzovat s ohledem na složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky. Úřad zobecnil a zjednodušil závěry uvedeného rozhodnutí, ale vůbec je nezasadil do kontextu. Zadavatel poté popisuje předmět plnění veřejné zakázky a zakázky řešené v uvedeném rozhodnutí. Veřejná zakázka bude navíc prováděna metodou Design & Build, kde generální zhotovitel provádí všechny fáze související s realizací projektu. Na takového generálního zhotovitele jsou kladeny vyšší požadavky než jen v případě realizace stavebních prací.
53. Souhlasím se zadavatelem v tom, že je vždy nezbytné posuzovat konkrétní okolnosti případu. Pro posouzení oprávněnosti požadavku na referenci stavbou občanské vybavenosti však složitost a rozsah předmětu veřejné zakázky fakticky nehraje roli. Jak jsem uváděl výše, jde především o konkrétní specifika stavebních prací, a nikoliv o účel. Tak tomu je jak u zakázky za miliardu, tak u zakázky za několik desítek milionů korun. V tomto směru pak lze poukázat na hodnotu požadované referenční zakázky. Právě u ní lze hovořit o tom, že zajišťuje, aby měl dodavatel zkušenost se stavbou velkého rozsahu, tedy se dá hovořit o tom, že hodnota vypovídá o rozsáhlosti plnění. Obecná reference stavbou občanské vybavenosti nemá žádný vztah ke složitosti veřejné zakázky. Sám zadavatel v tomto směru odkazuje na jiné a finančně menší zakázky, kde byl daný požadavek na referenci použit. Není mi jasné, jak byla daným požadavkem promítnuta složitost a rozsah shodně u veřejných zakázek za přibližně 21 mil. Kč (jedna ze zadavatelem odkazovaných zakázek) a za 900 mil. Kč (právě řešená zakázka). U obou je rozdíl pouze v hodnotě požadované reference.
54. Pro účely posouzení zákonnosti předmětného požadavku je pak lhostejné, jestli jde o zakázku typu Design & Build. I pokud by tomu tak nebylo, stále jde o to, jestli zadavatel stanovením kvalifikačního požadavku pokrývá nějakou svoji potřebu na zkušenost dodavatele, jestli jsou práce, které má plnit pouze kvalifikovaný dodavatel, skutečně tak specifické, že je bez takové kvalifikace není možno plnit. Jednak není zřejmé, jaké vyšší požadavky jsou kladeny na zhotovitele v případě metody Design & Build (zhotovitel navíc koná i projekční práce), a jednak nerozumím tomu, jak jsou tyto vyšší požadavky osvědčeny realizací stavby občanské vybavenosti, pokud v jiné pasáži rozkladu zadavatel poukazuje na to, že takový kvalifikační požadavek je využíván běžně a praxe podle napadeného rozhodnutí by mohla limitovat malé obce.
55. Zadavatel dále konstatuje, nemůže souhlasit se závěry znaleckého posudku využitého v rámci odkazovaného rozhodnutí, tj. že stavební práce na stavbě občanské vybavenosti jsou obdobné dalším pozemním stavbám.
56. Takto kategorický závěr v pasážích znaleckého posudku citovaných Úřadem v napadeném rozhodnutí obsažen není. V bodu 124 odůvodnění napadeného rozhodnutí je citována mj. věta, že lze konstatovat, „že realizace rekonstrukce stavby občanského vybavení a realizace rekonstrukce jiného typu pozemní stavby (např. stavby obytné, průmyslové či zemědělské) mohou mít značné podobnosti, ale také zásadní rozdíly“. V bodu 125 odůvodnění napadeného

rozhodnutí je pak ze znaleckého posudku citováno: „U budov občanského vybavení se mohou vyskytovat vysoce specifické práce a dodávky, které vyplývají z charakteru budovy (např. technologie divadelních sálů, koupališť, zimních stadionů a ostatních staveb pro vnitřní sporty, pálenice, krematoria a mnohé další – nemá smysl snažit se o úplný výčet), které u běžných staveb nevznikají. Technologické postupy neobvyklých prací a dodávek vyžadují od zhotovitele určité schopnosti, znalosti či dovednosti, kterými zhotovitel nemusí disponovat při realizaci rekonstrukce jiného typu pozemní stavby.“

57. Stavby občanského vybavení tak mohou být podobné dalším pozemním stavbám, ale také nemusí. Právě proto jde spíše o specifika, která daná stavba obsahuje, a neobvyklé technologické postupy, respektive technologické postupy neobvyklých prací. Teprve ty vyžadují určité schopnosti či znalosti, které nemusí být vlastní každému dodavateli. Rozhodně ne každý postup v rámci realizace stavby občanské vybavenosti vyžaduje specifické znalosti a schopnosti (a ne každou činnost je nutné ověřit prostřednictvím referencí), a právě proto není možné bez dalšího takto kategorii občanské vybavenosti paušálně využívat v rámci prokazování technické kvalifikace, neboť neodpovídá účelu technické kvalifikace a současně omezuje okruh dodavatelů. Nadto lze opět poukázat na to, že dodavatelé mohli prokázat kvalifikaci právě např. realizací znaleckým posudkem zmiňovaného zimního stadionu. Nemohu předpokládat, že takovou referenci na rekonstrukci administrativní části areálu Emauzy zadavatel chtěl, respektive že by podle něj taková reference osvědčovala zkušenosti dodavatele pro realizaci předmětu plnění.
58. I s odkazem na napadené rozhodnutí musím konstatovat, že znalecký posudek považuji za vhodný náhled do nesourodosti staveb občanské vybavenosti a související obecné nevhodnosti stanovení požadavku na prokázání kvalifikace právě těmito stavbami. Jak jsem však již uvedl výše, neznámá to, že by zadavatelé nemohli referenci stavbou občanské vybavenosti v žádném případě požadovat. Takový požadavek ale musí mít své opodstatnění.
59. Zadavatel namítá, že Úřad napadeným rozhodnutím nastavil fakticky generální nezákonnost požadavku na prokázání zkušenosti s realizací stavby občanské vybavenosti, což je v rozporu se zásadou rozhodování konkrétní věci podle konkrétních skutkových okolností. Tento zákaz je v rozporu s běžnou praxí zadavatelů a je běžně stanovovanou a obecně přijímanou zadávací podmínkou. K tomu zadavatel odkazuje na provedenou rešerši, kterou uvedl ve svém vyjádření k návrhu. S ohledem na tržní zvyklosti nelze požadavek považovat za a priori excesivní, který by mohl dodavatele zaskočit nebo by s ním neměli zkušenosti. Podle zadavatele si však lze představit situaci, kdy materiálově konstrukční řešení nebude pro zadavatele rozhodné a hlavním požadavkem zadavatele bude zkušenost se stavbou podobného účelu. Vymezení zkušeností pouze prostřednictvím materiálově konstrukčního řešení je proveditelné pouze v teoretické rovině a spíše povede ke zúžení referenčních staveb na rozdíl od široké škály staveb občanské vybavenosti.
60. K této námitce odkazuji na výše uvedené závěry, kde jsem konstatoval, že požadavek na referenci stavbou občanské vybavenosti není napadeným rozhodnutím bez dalšího vyloučen, tedy není zakázáno jej využívat. Nelze jej však používat tak, jak to činí v právě řešeném případě zadavatel, tj. fakticky jako generální klauzuli kvalifikovanosti dodavatele, ačkoliv není schopen definovat potřebu, kterou tímto požadavkem chce pokrýt, jakou konkrétní schopnost zadavatele tím ověřuje. Pokud tedy takový závěr z napadeného rozhodnutí vyplývat nemá, o čemž je zadavatel tímto opět ujištěn, je dále lichá námitka i praxí

zadavatelů a rešerší provedenou zadavatelem, neboť praxe zadavatelů v jiných zadávacích řízení nemůže mít vliv na to, že zadavatel zde zvolil jako požadavek na technickou kvalifikaci stavbou občanské vybavenosti, ačkoliv tuto svoji potřebu nedokázal odůvodnit.

61. S argumentací zadavatele týkající se toho, že si lze představit situaci, kdy materiálově konstrukční řešení nebude pro zadavatele rozhodné a hlavním požadavkem zadavatele bude zkušenost se stavbou podobného účelu, je možné souhlasit, což jsem učinil již výše. Mám však za to, že je vždy spíše odpovídající předmětu veřejné zakázky, pokud zadavatel na základě specifik dané stavby identifikuje ta z nich, která považuje za tak zásadní, že je nutné je ověřit referencemi. To ale neznamená, že vždy musí zadavatel stanovit požadavek na referenci. Pokud stavba nemá konkrétní specifika, není důvod, aby je zadavatel složitě vyhledával. Zadavatel navíc může stanovit obecnější požadavek na referenci. Souhlasím tedy s tím, že ne vždy je nutné vymezovat reference na základě materiálově konstrukčního řešení. To ale ničeho nemění na ostatních závěrech uvedených v tomto rozhodnutí.
62. Úřad se v napadeném rozhodnutí neměl vypořádat s rozvedením požadavků na stavby občanské vybavenosti, jak je zadavatel uvedl ve vyjádření k návrhu. Jestliže jsou právními předpisy kladeny na stavby občanské vybavenosti zvláštní nároky a požadavky, které nejsou vyžadovány ve vztahu k jiným druhům pozemních staveb, je zcela legitimní a přiměřené, aby zadavatel stanovil zadávací podmínku, která bude tuto jedinečnost reflektovat. Jestliže právní předpisy ustanovují druhové rozdělení pozemních staveb, neshledává zadavatel relevantní důvod zakazovat použití této klasifikace adresátovi normy, neboť určitá specifika staveb občanské vybavenosti vyplývají přímo z jejich účelu. S ohledem na to zadavatel nesouhlasí se závěry Úřadu, který odmítá, že stavby občanské vybavenosti mají vlastní specifika dle příslušné právní úpravy a technických norem.
63. Ve vyjádření k návrhu navrhovatele Energy Benefit Centre zadavatel sice rozvedl požadavky na stavby občanské vybavenosti, ty jsou však zcela obecného rázu. Úřad se pak podle mého názoru zabýval odůvodněním předmětného požadavku komplexně, a i pokud nevypořádal odkaz zadavatele na vyhlášku týkající se staveb občanské vybavenosti, rozhodně není možné říci, že by jeho odůvodnění bylo nepřezkoumatelné pro nedostatek důvodů.
64. Ostatně v bodu 133 odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval námitkou, kterou zadavatel prezentuje i v rozkladu. Na to mu Úřad odpověděl toto: *„Stejně tak nelze dle Úřadu dovozovat oprávněnost šetřeného požadavku zadavatele na základě konstatování zadavatele, že jestliže sám zákonodárce definuje ve stavebním zákoně stavby občanské vybavenosti, lze přepokládat, že druhové rozdělení pozemních staveb není samoúčelné a je zavedeno na základě určité podobnosti příslušných staveb (viz bod 22. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť, ačkoliv Úřad nerozporuje uvedenou podobnost staveb občanské vybavenosti, nelze současně vyloučit, jak bylo ostatně obdobně konstatováno již výše, že konkrétní stavbě občanské vybavenosti bude z hlediska materiálově konstrukčního řešení podobná rovněž pozemní stavba jiného určení“.*
65. S tímto vypořádáním se ztotožňuji a doplňuji, že kategorizování určitých staveb dle jejich účelu nemůže ospravedlňovat požadavek na technickou kvalifikaci, který může být také splněn stavbami s minimální podobností s předmětem plnění a zároveň nemůže být prokázán stavbami, které mohou být předmětu plnění fakticky obdobné, jen do staveb občanské vybavenosti nespádají. Opakuji, že primárně tedy nejde o účel stavby, ale o specifické stavební

prvky, u kterých zadavatel požaduje nějakou zkušenost, tedy tímto požadavkem pokryje svoji potřebu na dané zkušenosti. V právě řešeném případě zadavatel nedokázal důvodně popsat, jaká potřeba je požadavkem na referenci stavbou občanské vybavenosti pokryta. K vypořádání konkrétních specifik staveb občanské vybavenosti pak odkazují výše a dodávám, že zadavatel nedokázal v rámci zadávacího ani správního řízení žádné specifikum uvést. Tím spíše pak nedokázal uvést žádné takové, které by patřilo ke všem stavbám občanské vybavenosti.

66. Podle zadavatele nelze z napadeného rozhodnutí dovodit, jak by měli zadavatelé vymezovat požadavky na materiálově konstrukční řešení staveb. Generalizování tohoto závěru by navíc mělo zásadní dopad nejen na velké zadavatele, ale i na malé obce, které by musely z odborně zpracované projektové dokumentace vytahovat konstrukční prvky, které budou následně v nejasné míře podrobností popisovat v požadavcích na kvalifikaci. Stanovení kvalifikačního požadavku prostřednictvím materiálově konstrukčního řešení by v konečném důsledku mohlo vést k rozsáhlejšímu omezení trhu, neboť by došlo k významné individualizaci a konkretizaci požadavků kladených na referenční zakázky, kterými dodavatel prokazuje svoji způsobilost. Zadavatelé by navíc museli posuzovat a ověřovat splnění těchto konkrétních řešení jednotlivými dodavateli, respektive jejich zkušenostmi. Osvědčení objednatelů totiž zcela jistě neobsahují materiálově konstrukční řešení stavby, což zakládá nepřiměřeně komplikované posuzování a prodražení administrace zadávacích řízení.
67. Napadené rozhodnutí ani toto rozhodnutí nemá ambici zadavatelům stanovovat, jak mají ke stanovení požadavků na technickou kvalifikaci přistupovat. I v napadeném rozhodnutí i zde je však konstatováno, že ve vztahu k právě řešené veřejné zakázce je požadavek na referenci stavbou občanské vybavenosti nepřiměřený a diskriminační, neboť nijak nereflektuje specifika předmětu plnění. Takový požadavek se jeví jako zcela paušální a obecný jen s ohledem na to, že se i v případě areálu Emauzy jedná o stavbu občanské vybavenosti, aniž by reflektoval její možná specifika a tato specifika požadoval jako zkušenost. Lze dodat, že specifikem stavby v řešeném případě není to, že jde o stavbu občanské vybavenosti.
68. Jak jsem již uvedl, pokud zadavatel shledá, že stavba obsahuje konstrukční, materiálové, technologické či jiné specifikum mající vliv na samotné stavební práce, může je v souladu se zásadou přiměřenosti jako referenci požadovat. Pokud je neshledá, není nutné kvalifikaci v tomto směru chtít jen proto, aby nějaká kvalifikace požadována byla, případně může zadavatel požadovat obecnou referenci týkající se realizovaných stavebních prací v určitém objemu. Výše již také bylo zadavateli sděleno, že nemá být generalizován závěr o tom, že účel stavby nemůže být jako kritérium pro prokázání kvalifikace použit. Musí k tomu však být relevantní důvod.
69. Co se týká míry popisu konstrukčních prvků, samozřejmě záleží, o jaký prvek by se jednalo. Je však možné použít příklad ze zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, kde zadavatel požadoval, aby u významné stavební práce byla předmětem rekonstrukce (včetně zesílení) ocelové nosné konstrukce budovy v min. finančním objemu 50 mil. Kč bez DPH. Nemám za to, že by právě takové konstrukční specifikum bylo popsáno nedostatečně, případně že by s jeho specifikací mohl mít zadavatel problém. Přitom jde o dobrý příklad konstrukčního specifika. Pokud pak zadavatel bude chtít ověřovat referenci se složitější stavební prací, musí ji přiměřeně popsat, aby daná reference mohla ověřit zkušenost, kterou zadavatel požaduje, a zároveň nebyla příliš obecná a tím pádem neprůkazná. Vždy však záleží na tom, co zadavatel potřebuje ověřit.

70. K posuzování a ověřování zkušeností s danými specifiky je pak zadavateli možno sdělit, že dodavatelé prokazují referenci obvykle právě osvědčeními objednatelů. Dokud není o referenci sporu, respektive nevznikne důvod pochybovat o pravosti či správnosti reference, zadavatel nemusí obsáhleji referenci ověřovat. Pokud tento důvod vznikne, je zadavatel povinen referenci ověřit, a to ať už se jedná o případ ověření konstrukčních specifik či o jakýkoliv jiný případ.
71. Zadavatel považuje za absurdní závěr, že komplex administrativních budov v památkové rezervaci může být obdobný výrobní nebo skladovací hale s odvoláním na to, že stavby mohou mít konstrukci ze stejného materiálu. Úřad opomíjí, že hlavní rozdíly jsou zejména v technologické části. Napadené rozhodnutí je v této části vnitřně rozporné, když citovaný znalecký posudek uvádí jiné závěry o podobnosti průmyslových a zemědělských staveb a staveb občanského vybavení.
72. Co se týká závěrů znaleckého posudku, v bodě 124 Úřad citoval jeho pasáž, ze které je zřejmé, že *„realizace rekonstrukce stavby občanského vybavení a realizace rekonstrukce jiného typu pozemní stavby (např. stavby obytné, průmyslové či zemědělské) mohou mít značné podobnosti, ale také zásadní rozdíly“*. S tímto závěrem je v souladu bod 135 napadeného rozhodnutí týkající se vyloučení výrobních a skladovacích hal z možnosti prokazování předmětného kvalifikačního požadavku. Úřad i zde správně uvedl, že nelze učinit jednoznačný závěr, že žádná ze staveb výrobních a skladovacích hal nemůže být z hlediska materiálově konstrukční podoby obdobná předmětu šetřené veřejné zakázky, s čímž souhlasím a doplňuji, že v návaznosti na to nelze učinit jednoznačný závěr, že dodavatel nemohl nabýt zkušenosti se specifiky předmětu veřejné zakázky při těchto stavbách.
73. Ve vztahu k bodu 130 odůvodnění napadeného rozhodnutí zadavatel uvádí, že dodavatel nemohl prokázat splnění technické kvalifikace doložením zkušenosti s realizací stavby multifunkčního hřiště se skateparkem, neboť tato stavba nesplňuje podmínku realizace *„na výstavbě nebo komplexní rekonstrukci budovy“* a pravděpodobně také podmínku minimální výše investičních nákladů. Ne všechny reference navíc musely být stavbou občanské vybavenosti.
74. U této námitky je nutné zadavateli přisvědčit, neboť odkazovaná argumentace Úřadu se skutečně míjí s vymezením předmětného kvalifikačního požadavku. Jedná se však pouze o podpurné odůvodnění a jako takové nemá vliv na zbylé závěry Úřadu uvedené v bodu 130 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
75. Vyjma námitky uvedené v předchozích dvou odstavcích ale všechny ostatní námitky zadavatele proti výroku I napadeného rozhodnutí s ohledem na výše uvedené považuji za nedůvodné, a proto je odmítám.
- K prokázání kvalifikace stavební prací podle projektové dokumentace zpracované metodou BIM*
76. Podle zadavatele nebyla námitka, že neexistuje rozdíl mezi stavebními pracemi na základě klasické projektové dokumentace a projektové dokumentace zpracované metodou BIM, obsahem návrhu navrhovatele Energy Benefit Centre ani návrhu navrhovatele Gardenline. Obsahem návrhu navrhovatele Gardenline mělo být to, že žádný předpis nestanoví povinnost, aby projektová dokumentace (ať už zpracovaná metodou BIM) byla podmíněna využitím

společného datového prostředí (CDE). V žádné části návrhu ale není napadán předmětný kvalifikační požadavek v rozsahu, v jakém byl šetřen Úřadem. Úřad tak správní řízení rozšířil, aniž by tuto skutečnost účastníkům správního řízení oznámil a dal jim možnost se k tomu vyjádřit. Úřad tak měl účastníky informovat o rozšíření předmětu správního řízení, případně zahájit v této části správní řízení ex offo. Jestliže měl navrhovatel Gardenline zájem učinit součástí návrhu námitku, která byla součástí jeho námitek, měl ji i v návrhu popsat. Už pro tuto vadu je nutné napadené rozhodnutí zrušit jako nezákonné.

77. Navrhovatel Gardenline v bodu II svého návrhu uvedl, že na svých námitkách „*nadále trvá, v podrobnostech odkazuje na úplné znění svých námitek a tyto námitky ze dne 26.8.2022 činí součástí tohoto návrhu*“. Ve svých námitkách pak tento navrhovatel uvedl: „*Zadavatel však takto stanovenou podmínkou stanoví požadavky nikoli na stavební práce, ale na projektovou dokumentaci, na jejímž základě se stavební práce následně realizovaly. Pro samotnou realizaci stavebních prací je zcela jedno, jakým způsobem byla projektová dokumentace zpracovávána, protože jak výše uvedeno, musí tato dokumentace vždy naplňovat zákonné požadavky. Současně je třeba zdůraznit, že dodavatel stavebních prací a zpracovatel projektové dokumentace ani nemusí být totožná osoba. Takovýto požadavek zadavatele nemá oporu v ZZVZ, pročez navrhujeme jeho vypuštění.*“ (zvýraznění doplněno předsedou Úřadu).
78. Pokud tedy předmětná námitka byla součástí námitek a zároveň navrhovatel Gardenline učinil námitky součástí návrhu, nelze souhlasit se zadavatelem, že Úřad rozšířil předmět správního řízení, aniž by to jeho účastníkům oznámil, neboť k žádnému rozšíření nedošlo. Předmět správního řízení byl vymezen návrhem navrhovatele Gardenline, jehož součástí byly i námitky. Tvzení zadavatele proto nelze přisvědčit.
79. K věcnému posouzení této části považuji za důležité nejprve uvést, že se neztotožňuji se závěrem Úřadu o tom, že nelze dovodit zásadní rozdíly mezi stavebními pracemi na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM a na základě klasické projektové dokumentace. Mám za to, že k takovému konstatování neměl Úřad dostatek podkladů a z pouhých kusých odpovědí dodavatelů tak učinit nemohl. Příkládám pak váhu i námitce zadavatele, že dodavatelé mající zkušenosti s předmětnou realizací stavby o určitých rozdílech při provádění prací Úřad informovali. Mám za to, že z odpovědí oslovených dodavatelů nevyplývá jednoznačně ani to, že zde rozdíly jsou, ani že nejsou. Úřad proto podle mého názoru předmětný závěr učinit neměl, respektive neměl založit odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí primárně na něm.
80. Přes výše uvedené se nemohu ztotožnit s tvrzením zadavatele, že by snad dodavatelé, kteří nemají zkušenosti s realizací stavby na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM, nemohli relevantně a erudovaně posoudit rozdíly oproti realizaci stavby na základě klasické projektové dokumentace. Všechny společnosti, kterých se Úřad dotazoval, jsou stavebními společnostmi. Jako takové tedy působí na stavebním trhu, který se aktuálně vyvíjí směrem k povinnému zadávání tvorby projektové dokumentace metodou BIM u stavebních prací nad určitou předpokládanou hodnotu. Dodavatelé, kteří na předmětném trhu působí, se tak musí zajímat o tuto metodu (nehledě na to, že je nesporné, že v soukromém sektoru se tato metoda využívá též) a vzdělávat se v ní, aby mohli na relevantním trhu obstát. O metodě (konceptu) BIM jsou např. pořádány semináře a konference pod vedením České agentury pro standardizaci, která tuto metodu v rámci své činnosti propaguje a dotčené subjekty školí. Je tedy podle mého názoru standardní,

že se subjekt pohybující se na určitém trhu aktivně zajímá o novinky tak, aby je mohl využívat v rámci konkurenčního boje a konkurenčního prostředí obecně.

81. Aktivní znalost s realizací na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM je samozřejmě bližším setkáním a je nutné to reflektovat v hodnocení důkazů, to však nemůže bagatelizovat, že většina oslovených dodavatelů rozdíl oproti realizaci na základě klasické projektové dokumentace neshledává.
82. I přes to však konstatuji, že Úřad neměl výrok II napadeného rozhodnutí založit primárně na rozdílnosti stavebních prací s ohledem na původ projektové dokumentace, neboť takový závěr neměl prokázáný. Nezákonost zadavatelova požadavku se totiž projevuje především uzavřením trhu s ohledem na malý počet dostupných referencí, a to ve spojení s požadavkem zadavatele na hodnotu dané referenční zakázky ve výši alespoň 400 mil. Kč.
83. K možnosti doplnění odůvodnění napadeného rozhodnutí odvolacím správním orgánem odkazují na judikaturu správních soudů, podle které tvoří rozhodnutí prvního a druhého stupně jeden celek. K tomu Nejvyšší správní soud v rozsudku č. j. 3 As 127/2014-54 ze dne 12. 2. 2015 uvedl, že *„nahlížení na správní řízení v I. a II. instanci jako na jeden celek z hlediska soudního přezkumu (zásada jednotnosti správního řízení) je z logiky věci relevantní zásadně pro případy, kdy je pozdějším rozhodnutím II. instance zhojena vada rozhodnutí prvoinstančního.“* V rozsudku č. j. 2 As 22/2008-151 ze dne 29. 5. 2009 pak Nejvyšší správní soud uvedl, že *„[d]vojinstančnost, spolu se zásadou úplné apelace, které odvolací řízení ovládají, totiž zajišťují nejen dvojí posouzení věci, ale jsou také cestou k nápravě a odstranění vad, které se vyskytly v řízení před prvním stupněm (samozřejmě za předpokladu, že se jedná o vady odstranitelné)“.*
84. Jak jsem uvedl v bodu 58 rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0028/2022/VZ, č. j. ÚOHS-12940/2022/161 ze dne 26. 4. 2022, je třeba *„rozlišit situaci, v níž zadavatel stanoví jako podmínku technické kvalifikace požadavek obvyklý či snadno splnitelný, který nevyvolá významné omezení hospodářské soutěže, a dále situaci, v níž zadavatel stanoví specifickou podmínku, splnitelnou jen ze strany (velmi) omezeného počtu potenciálních dodavatelů. Ve druhém jmenovaném případě je nutné důkladně se zabývat tím, nakolik lze požadavek na prokázání zkušenosti s totožným plněním považovat za nezbytný pro zajištění dodavatele způsobilého veřejnou zakázku po materiální stránce též plnit a případně též tím, zda by jej nebylo možno nahradit v zájmu zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže požadavkem mírnějším. Povinnost dostatečného odůvodnění nezbytnosti stanoveného požadavku (zde referenční zkušenosti) pak tíží zadavatele.“*
85. Uvedené stanovisko vyplývá též z rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 295/2020-143 ze dne 23. 2. 2022, v němž bylo konstatováno: *„Pokud jde o srovnání podmínek běžných, pro všechny potenciální dodavatele nenákladných a snadno splnitelných, a na straně druhé podmínek komplikovaných, pro některé dodavatele obtížně splnitelných, či nikoli nevýznamně navyšujících cenu nabízeného plnění, lze krajskému soudu přisvědčit do té míry, že zdůvodnění prvně popsanych ‚jednoduchých podmínek‘ zadavatelem může být rovněž jednoduché, přičemž bude postačovat, aby zadavatel poskytl základní racionální zdůvodnění, které osvětlí existující souvislost mezi zadávací podmínkou a legitimní potřebou zadavatele, aniž by bylo nutno následně zkoumat, zda nemohl zvolit řešení vhodnější v zájmu zachování hospodářské soutěže. Jednoduchá podmínka, jejíž splnění nemůže být pro žádného dodavatele obtížné a která nemá*

výraznější dopady na cenu plnění, totiž klade hospodářské soutěži natolik marginální překážku, že není třeba zadavatele nutit k poměrování případných dalších možných alternativ.“

86. Povinnost přihlédnout ke kontextu stanovených zadávacích podmínek vyplývá například již z rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 15/2009-71 ze dne 10. 3. 2011, v němž bylo konstatováno: „*Výčet přiměřených – a tím i zákonně stanovených kvalifikačních předpokladů (technických, specifikovaných podle § 56 odst. 7 ZVZ, ale i ekonomických a finančních, specifikovaných podle § 55 odst. 3 ZVZ) není ve svém souhrnu kategorií rigidní, ve vztahu ke všem zadávacím řízením za různých faktických podmínek na trhu neměnnou. Závěr žalovaného ohledně přiměřenosti – a tím i zákonnosti stanovených kvalifikačních předpokladů nemůže být výsledkem jeho arbitrární úvahy abstrahující od podmínek na trhu, na němž soutěž o získání veřejné zakázky měla probíhat, ani od konkrétních důsledků, které takto stanovené kvalifikační předpoklady s ohledem na podmínky panující na trhu mohly z pohledu účasti dodavatelů v soutěži o získání veřejné zakázky vyvolat. Jestliže tedy žalovaný požadavek zadavatele na předložení seznamu významných služeb poskytnutých dodavatelem v posledních třech letech posuzoval právě s ohledem na podmínky panující na trhu (především to, že jde o trh relativně ‚mladý‘), na počet aktivních dodavatelů na trhu a na to, komu byly v minulosti zadány veřejné zakázky obdobného charakteru, pak postupoval způsobem, který zdejší soud považuje za správný, plně odpovídající smyslu přezkumu podle ZVZ.“*
87. Jak vyplývá ze skutkových zjištění učiněných Úřadem (srov. zejména body 51–76 odůvodnění napadeného rozhodnutí), relevantní stavební trh, tedy trh s realizacemi stavebních prací na základě projektové dokumentace metodou BIM, není dostatečně rozvinutý. Pouze 4 z 12 odpovědí dodavatelů potvrdily zkušenost s takovou stavbou a dokonce pouze 2 z nich by splnili zadávací podmínky, neboť zbylé 2 omezuje zadavatelův požadavek na minimální hodnotu referenční zakázky.
88. Je proto možno konstatovat, že referenční zkušenost představuje ve smyslu shora citované judikatury podmínku komplikovanou či složitou (nikoliv jednoduchou či snadno splnitelnou). Za těchto okolností tedy bylo namísto zabývat se tím, jakým způsobem byl požadavek referenční zkušenosti ze strany zadavatele odůvodněn, zda byl pro zajištění řádné realizace veřejné zakázky skutečně nezbytný a zda jej případně nebylo možno nahradit požadavkem mírnějším, tedy požadavkem, který nevyvolá nepřiměřené omezení hospodářské soutěže a zachová určitou míru otevřenosti trhu.
89. Zadavatel předmětný požadavek na referenci odůvodňoval popisem metody BIM a jejím využitím v rámci způsobu přípravy a řízení výstavby, koordinací jednotlivých profesí při stavebním procesu, zajištěním evidence toku informací a financí v procesu výstavby, efektivností a flexibilitou procesu řízení stavby, zajištěním zapracování případných změn projektové dokumentace, zajištění podrobné dokumentace skutečného provedení stavby.
90. Mám za to, že toto odůvodnění není pro daný velmi omezující požadavek dostatečné. Převážně se totiž vztahuje k vedení informací o stavbě a jejímu řízení, nikoliv ke stavbě samotné. Tento požadavek je však pokryt požadavky na členy realizačního týmu, kdy zadavatel konkrétně požadoval u osoby hlavního stavbyvedoucího zkušenost s alespoň 1 zakázkou, jejímž předmětem bylo provádění stavebních prací, kdy projektová dokumentace stavby byla zpracována metodikou BIM dle její definice uvedené v čl. 3.1 zadávací dokumentace. Totéž pak požadoval u zástupce hlavního stavbyvedoucího, specialisty na vytápění, vzduchotechniku

a chlazení, specialisty na elektroinstalace, hlavního inženýra projektu a zástupce hlavního projektanta. Stěžejní je pak i požadavek na osobu BIM koordinátora, kde je požadavků týkajících se metody BIM vícero a jsou přísnější než u ostatních členů realizačního týmu. V tomto ohledu pak zcela pozbývá smyslu předmětný požadavek na referenci u dodavatele jako takového.

91. Nelze odhlížet ani od toho, že se jedná o zakázku zadávanou metodou Design & Build v rámci které dodavatel koná jak projekční služby, tak stavební práce. Jak sám zadavatel ve svém rozkladu uváděl, požaduje, aby ho generální zhotovitel provedl celým procesem. Tento generální zhotovitel však bude zahrnovat jak pracovníky, kteří se specializují na stavební práce, tak pracovníky, kteří se specializují na projekční činnosti. Tedy ti, kteří tyto projekční činnosti konat budou, mohou být přítomni i následným stavebním pracím, respektive mohou být nápomocni při čtení daného projektu zpracovaného metodou BIM. Zadavatel v některých případech projekční činnosti od těch stavebních zcela odděluje, aby následně poukázal na to, jak důležité je plnění jako celek. Nelogičnost jeho námitek však ani zde nemá vliv na to, že se jedná o zakázku metodou Design & Build, tedy jde o spojení projekčních a stavebních prací. Znovu pak lze odkázat na požadavky zadavatele na členy realizačního týmu uvedené výše.
92. Obdobně mohu reagovat i na další, byť podstatou totožné odůvodnění zadavatele týkající se nutnosti, aby měl generální zhotovitel stavby zkušenosti s realizací stavby v prostředí metody BIM tak, aby měl zadavatel jistotu, že veškeré procesy v BIM budou v průběhu výstavby realizovány řádně a kvalitně a nebudou tak v důsledku absence příslušných zkušeností vznikat nepřiměřené prodlevy, či nedojde k jakékoli další chybě nebo problému, kterému by šlo předcházet výběrem dostatečně kvalifikovaného dodavatele. Tyto důvody jsou zcela obecného rázu a nemohou odůvodnit danou zadávací podmínku. Navíc to, že byla veřejná zakázka vybrána jako pilotní projekt pro zavedení Standardu BIM MHMP, který je zadán metodou Design & Build, je pro posouzení věci a zákonnosti zadávacích podmínek nerelevantní. Vypořádáním se s prezentovanými důvody stanovení zadávací podmínky pak zároveň odpovídám i na související námitku zadavatele.
93. Dalším argumentem, pro který lze nahlížet na zadávací podmínku jako nezákonnou s ohledem na malý počet existujících referencí, je pak i minimální hodnota požadované reference – 400 mil. Kč. Jak i z odpovědí na základě průzkumu provedeného Úřadem vplynulo, další dvě společnosti by se soutěže o veřejnou zakázku účastnit mohly, ale tato hodnota je omezuje. Zadavatel pak nikterak neodůvodnil, proč zrovna tato hodnota je pro stavební práce na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM tou zásadní, proč se daná specifika metody BIM projeví až u tak velké zakázky a proč by tedy dodavatelé disponující referencí s nižší hodnotou nebyli schopni důvody vyřešené zadavatelem (být jsem je shledal jako nedostatečné) naplnit. I s ohledem na malé množství existujících referencí je jejich další omezování zcela nepřiměřené.
94. V tomto smyslu se dle mého názoru jedná o obdobnou situaci, jaká byla řešena v rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0121/2021/VZ, č. j. ÚOHS-27598/2021/500/ISo ze dne 13. 8. 2021, potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0134/2021/VZ, č. j. ÚOHS-36080/2021/162/JSr ze dne 8. 11. 2021, v němž bylo konstatováno, že stanovení zadávacích podmínek, které bezdůvodně brání účasti v zadávacím řízení dodavatelům, kteří se na relevantním trhu teprve etabloují a dosud veřejné zakázky nezískávali, odporuje zásadě

zákazu diskriminace, vyjádřené v § 6 odst. 2 a § 36 odst. 1 zákona. Zde pak jde i o dodavatele na soukromém trhu. Přestože nelze konstatovat, že by se v případě metody BIM jednalo o trh nový, v podmínkách České republiky jde stále o trh rozvíjející se, což je patrné z odpovědí dodavatelů, kterých se Úřad dotazoval. Důvody, pro které zadavatel k dané zadávací podmínce přistoupil, jsou navíc pokryty jinými zadávacími podmínkami, a proto by nemohly obstát ani v případě, že by danou zadávací podmínku splňovalo větší množství dodavatelů.

95. Zadavatel namítá, že Úřad vybral selektivně pouze část odpovědí dodavatelů, a to těch, kteří s metodou BIM nemají zkušenosti, a na základě toho vystavěl závěr o tom, že mezi popsány postupy neexistuje rozdíl. Nezhlednil odpovědi dodavatelů, kteří zkušenosti s realizací stavby na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM mají a potvrdili, že rozdíly existují. Tento postup je porušením zásady materiální pravdy. Společnosti STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírkova 982/4, 158 00 Praha 5 a HOCHTIEF CZ a.s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 odpověděly, že rozdíly existují a zároveň disponují požadovanými zkušenostmi. Podle Úřadu tyto společnosti neuvedly nic bližšího a jejich vyjádření nebylo zohledněno. Jsou to však naopak dodavatelé, kteří s touto metodou zkušenosti nemají, kteří vycházejí teoretických předpokladů, a nikoliv z relevantní praxe. Závěry Úřadu tak neodpovídají podkladům ve spisu.
96. Z napadeného rozhodnutí nevyplývá, že by Úřad nezhlednil odpovědi dodavatelů, kteří mají zkušenosti s realizací stavby na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM a kteří potvrdili, že rozdíly existují. To vyplývá z bodu 153 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Z těchto bodů je zřejmé, že Úřad tyto odpovědi zohlednil a nevybral selektivně pouze část odpovědí dodavatelů. Výhrady, které mám k závěrům učiněným Úřadem, jsem uvedl výše – zde pouze opakuji, že jde o závěr Úřadu o rozdílech při stavbě na základě předmětných druhů projektové dokumentace, který neměl dostatečně podložený. To však nemá vliv na výrok II napadeného rozhodnutí a nezákonnost předmětné zadávací podmínky. Výše také odkazuji na posouzení odpovědí dodavatelů, kteří nemají aktivní zkušenost s realizací stavebních prací na základě projektové dokumentace zpracované metodou BIM.
97. Úřad podle zadavatele vycházel z nesprávného předpokladu, že metoda BIM je rozhodující pouze ve fázi projektování a rovněž z nesprávného pojmání „zhotovitele díla“ pouze jakožto stavitele, konstruktora, nikoli generálního zhotovitele díla. Zadavatel však nepotřebuje pouze zkušeného projektanta a pak nezkušeného generálního zhotovitele stavby. Dodavatelem veřejné zakázky má být generální zhotovitel stavby, který provede zadavatele celým procesem realizace výstavby od projektu, přes realizaci až po předání díla do užívání vč. funkčního digitálního modelu stavby připraveného pro následnou správu CAFM, přičemž celý tento proces výstavby, včetně všech jeho fází (i těch po ukončení vlastní výstavby) bude probíhat za použití metody BIM.
98. Z takového předpokladu Úřad nevycházel. Po provedeném průzkumu trhu však dospěl k tomu, že pokud při stavebních pracích existují rozdíly založené na původu projektové dokumentace, nejedná se o rozdíly zásadní a nejde o rozdíly při samotné stavbě, ale spíše při doprovodných činnostech, což ve svém odůvodnění nastavení zadávací podmínky fakticky potvrzuje i zadavatel. Nadto lze zopakovat, že součástí onoho generálního zhotovitele je požadovaný realizační tým, na který zadavatel klade požadavky týkající se zkušeností s metodou BIM (mj. i na hlavního stavbyvedoucího), a zároveň se jedná o zakázku zadávanou metodou Design & Build, tedy součástí zadavatele budou i pracovníci specializující se na projekční činnosti, kteří

s touto metodou také musí mít zkušenosti. Nelze tedy říci, že by při vypuštění dané reference měl zadavatel nějak méně zajištěno provedení celým procesem, případně že by ostatní kvalifikační požadavky nezajišťovaly totéž. I zde pak odůvodnění zadávací podmínky směřuje spíše k doprovodným pracím než ke stavbě samotné. V případě fází po ukončení procesu výstavby se pak jedná o odůvodnění, které nesměruje k předmětu požadované reference.

99. Podle zadavatele otázky 2 a 3 položené Úřadem dodavatelům nekorespondují s požadavky stanovenými v zadávací dokumentaci. Zadavatel totiž výslovně umožnil prokázání tohoto technického kvalifikačního požadavku rovněž pracemi, které dosud nebyly ukončeny, pokud jsou dokončeny ty části, které jsou stanoveny jako minimální. V tomto ohledu i odpovědi dotazovaných společností neodpovídají zadávací dokumentaci a výsledek šetření je zavádějící.
100. Z otázek 2 a 3 žádosti o sdělení informací ze dne 18. 10. 2022 nelze vypožorovat deformaci požadavků zadavatele, respektive jejich položení se nikterak neodchýlilo od toho, co zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci. Úřad v žádosti citoval znění předmětné zadávací podmínky, z čehož je zřejmé, že ani nemohl své dotazy nijak zkreslit, protože vychází právě ze znění zadávací podmínky a v textu žádosti na ni fakticky bezprostředně navazují. Pokud tak Úřad v dotazu hovoří o tom, že stavební práce měly být dokončeny, je s ohledem na znění zadávací podmínky patrné, že se má jednat o dokončení minimálních požadavků stanovených zadavatelem v závěru dané zadávací podmínky. V tomto smyslu lze také nahlížet na odpovědi oslovených dodavatelů. Námitku proto nepovažuji za důvodnou. Musím však podotknout, že nepovažuji za pravděpodobné, že by mohla být reference splněna pouze danými minimálními požadavky, a to s ohledem na požadovanou hodnotu referenční zakázky ve výši 400 mil. Kč.
101. Podle zadavatele se Úřad navíc dotazoval i společností, jejichž roční výnosy často nedosahují ani hodnoty, kterou zadavatel stanovil jako minimální požadovanou hodnotu pro doložení jedné stavby. Podle zadavatele je očekávatelné, že u takto významných veřejných zakázek budou mít zkušenosti s metodou BIM spíše generální dodavatelé staveb. Úřad musí nastavení zadávacích podmínek posuzovat ve vztahu ke složitosti a rozsahu konkrétní veřejné zakázky, nikoliv z pouhého statistického počtu zkušeností malých i velkých společností činit zjednodušující závěry. Při posouzení zkušeností by přitom měl zohlednit právě relevantní trh, který je v případě veřejné zakázky tvořen generálními zhotoviteli staveb, nikoli veškerými stavebními společnostmi. O veřejnou zakázku se navíc mohli ucházet i zahraniční dodavatelé.
102. K této námitce úvodem konstatuji, že tržby níže uvedených společností (společností zmíněných v tomto bodu a v bodech 103 a 104 tohoto rozhodnutí o rozkladu) jsem ověřil z veřejně dostupných zdrojů. U v rozkladu popsanych trzeb společnosti UNISTAV a.s., IČO 00531766, se sídlem Příkop 838/6, 602 00 Brno, (dále jen „**UNISTAV**“) je nutné uvést, že byť společnost, která je pod daným identifikačním číslem v obchodním rejstříku uvedena, skutečně deklarovala za rok 2021 tržby pouze ve výši 1 627 tis. Kč, je zřejmé, že tato společnost není v rámci struktury předmětného dodavatele tou, která by evidovala veškeré tržby za stavební práce. I z odpovědi společnosti UNISTAV na dotaz Úřadu vyplývá (označení přípisu, odkaz na webové stránky), že dotaz Úřadu měl směřovat vůči společnosti UNISTAV CONSTRUCTION a.s., IČO 03902447, se sídlem Příkop 838/6, 602 00 Brno, (dále jen „**UNISTAV CONSTRUCTION**“), která je evidována na stejné adrese jako společnost UNISTAV a jeho statutární orgán je obsazen stejně, respektive z napadeného rozhodnutí mělo být patrné

propojení těchto společností a proč se Úřad v rámci struktury dané společnosti ptá zrovna té, které se ptal.

103. Společnost UNISTAV CONSTRUCTION, a.s. pak podle své výroční zprávy za rok 2021 dosáhla obrátu ve výši 1 048 mil. Kč. Přestože tedy Úřad špatně označil společnost, které dotaz zaslal, nemá to vliv na kvalitu odpovědi, neboť obě předmětné společnosti jsou zcela zjevně propojeny. S ohledem na uvedené je pak ve vztahu k této společnosti dále zbytečné vypořádávat námitku týkající se jejího obrátu.
104. Tržby společnosti STAS, s.r.o., IČO 48151807, se sídlem Horská 190, 543 02 Vrchlabí, (dále jen „STAS“) sice v roce 2021 nedosahovaly hodnoty, která byla požadována pro předmětnou referenční zakázku, to ale neznamená, že nemohla relevantně odpovědět na otázku týkající se rozdílu stavebních prací, u nichž byla ke zpracování projektové dokumentace použita metoda BIM, a prací na základě klasické projektové dokumentace. Zkušenosti s touto metodou mohou mít jakkoliv velké stavební společnosti. Zadavatel má pravdu v tom, že taková společnost nebude disponovat referencí v potřebné hodnotě. Jak ale sám uvedl, taková logická vada je pouze u jednotek dotazovaných společností a na vyhodnocení průzkumu provedeného Úřadem nemá vliv. Společnost VAŠTAV, s.r.o., IČO 46964541, se sídlem Staňkova 103/18, 602 00 Brno, za rok 2021 vykázala tržby asi 553 mil. Kč. Byť je tedy nepravděpodobné, že by zakázku s takovou hodnotou realizovala, uplatní se obdobné závěry jako u společnosti STAS.
105. Úřad se navíc dotazoval i stavebních společností na českém trhu z největších, ale neomezil se pouze na takové společnosti. Tento postup mu nelze vytknout. Jak už jsem uvedl, i společnosti s nižšími tržbami mohou mít zkušenosti s metodou BIM, respektive není důvod se je na jejich zkušenost nezeptat a nevyhodnotit jejich odpovědi týkající se rozdílnosti stavebních prací. Souhlasím proto se závěrem Úřadu uvedeným v bodu 158 odůvodnění napadeného rozhodnutí, *„že smyslem provedeného šetření bylo získat všeobecné povědomí o existenci zkušeností dodavatelů s metodou BIM na relevantním trhu, protože se Úřad nezaměřil pouze na ‚velké‘ společnosti, kdy oslovení pouze těchto společností by naopak mohlo být značně zkreslující, ale dotázal se širšího spektra dodavatelů“*.
106. Neobstojí ani námitky zadavatele o tom, že je očekávatelné, že u takto významných veřejných zakázek budou mít zkušenosti s metodou BIM spíše generální dodavatelé staveb a že Úřad musí nastavení zadávacích podmínek posuzovat ve vztahu ke složitosti a rozsahu konkrétní veřejné zakázky. To totiž Úřad činil, ale ve vztahu k posouzení rozdílnosti stavebních prací, u nichž byla ke zpracování projektové dokumentace použita metoda BIM, a prací na základě klasické projektové dokumentace, je velikost stavební společnosti nerelevantní. I proto mám za to, že průzkum provedený v oblasti České republiky je pro posouzení situace dostatečný, přestože se o veřejnou zakázku mohli ucházet i zahraniční dodavatelé. Skutečnost, že účast zahraničních dodavatelů v zadávacím řízení na veřejnou zakázku není žádným způsobem omezována, ještě neznamená, že tito dodavatelé tvoří přirozený a obvyklý okruh možných dodavatelů na předmět veřejné zakázky. Jinými slovy, existence zahraničního dodavatele, způsobilého splnit podmínky technické kvalifikace není sama o sobě způsobilá vyvrátit potenciálně diskriminační charakter stanovené referenční zkušenosti.
107. Námitky vztahující se k výroku II napadeného rozhodnutí s ohledem na výše uvedené jako nerelevantní odmítám. Přestože určitým námitkám zadavatele dávám za pravdu, nejedná se

o takové korekce napadeného rozhodnutí, které by mohli mít vliv jeho výroky. Napadené rozhodnutí proto ob stojí.

VI. Závěr

108. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. HAVEL & PARTNERS s.r.o., advokátní kancelář, Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha
2. Energy Benefit Centre a.s., Křenova 438/3, 162 00 Praha
3. Mgr. Martin Horák, advokát, STRÁNSKÝ & PARTNEŘI, advokátní kancelář, Jandova 208/8, 190 00 Praha

Vypraveno dne

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