



UOHSX00HE9GO

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0013/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-12479/2023/161

Brno 3. 4. 2023

Ve správním řízení o rozkladech ze dne 30. 1. 2023 doručených Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovateli –

- **Inženýring dopravních staveb a. s.**, IČO 05315522, se sídlem Branická 514/140, 147 00 Praha 4, a
- **Inženýring TKB a. s.**, IČO 27923673, se sídlem Branická 514/140, 147 00 Praha, ve správním řízení zastoupena Matějem Uhrem, nar. 1. 5. 1971, trvale bytem Na Klaudiánce 598/8, 147 00 Praha,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 1. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0444/2022/VZ, č. j. ÚOHS-01899/2023/500 vydanému ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena společností HAVEL & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, IČO 26454807, se sídlem Na Florenci 2116/15, 110 00 Praha 1,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Výkon kontrolní a supervizní činnosti investora**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 7. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028108, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 7. 2022 pod ev. č. 2022/S 140-401817, ve znění pozdějších oprav,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 13. 1. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0444/2022/VZ, č. j. ÚOHS-01899/2023/500

p o t v r z u j i

a podané rozklady

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel - Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 (dále též „**zadavatel**“), zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek (dále též „**zákon**“)¹ dne 18. 7. 2022 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené řízení za účelem zadání veřejné zakázky „Výkon kontrolní a supervizní činnosti investora“, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2022 pod ev. č. Z2022-028108, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 22. 7. 2022 pod ev. č. 2022/S 140-401817, ve znění pozdějších oprav (dále jen „**veřejná zakázka**“ nebo „**zadávací řízení**“). Zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek ve lhůtě pro podání nabídek obdržel celkem 4 nabídky, mj. nabídku společnosti Inženýring dopravních staveb a. s., IČO 05315522, se sídlem Branická 514/140, 147 00 Praha 4 (dále též „**navrhovatel IDS**“).
2. Dne 7. 9. 2022 obdržel zadavatel od společnosti Inženýring TKB a. s., IČO 27923673, se sídlem Branická 514/140, 147 00 Praha (dále jen „**navrhovatel ITKB**“) námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „**námítky ITKB**“). Dne 8. 9. 2022 obdržel zadavatel od navrhovatele IDS námitky z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „**námítky IDS**“). Rozhodnutím ze dne 22. 9. 2022, které bylo navrhovateli ITKB doručeno téhož dne, zadavatel námitky ITKB odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách ITKB**“). Rozhodnutím ze dne 23. 9. 2022, které bylo navrhovateli IDS doručeno téhož dne, zadavatel námitky navrhovatele IDS odmítl (dále jen „**rozhodnutí o námitkách IDS**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku.

3. Vzhledem k tomu, že navrhovatel IDS nepovažoval rozhodnutí o námitkách zákonné, podal dne 3. 10. 2022 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „**návrh IDS**“). Toto řízení bylo vedeno pod sp. zn. ÚOHS-S0444/2022/VZ a posléze bylo spojeno s řízením vedeným na základě návrhu navrhovatele ITKB ze dne 1. 10. 2022 podaným dne 3. 10. 2022 (dále jen „**návrh ITKB**“) vedeným do té doby pod sp. zn. ÚOHS-S0447/2022/VZ. Společné řízení pak pokračovalo pod sp. zn. ÚOHS-S0444/2022/VZ.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 13. 1. 2022 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0444/2022/VZ, č. j. ÚOHS-01899/2023/500 (dále též „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I tohoto rozhodnutí zamítl Úřad návrh IDS podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Výrokem II napadeného rozhodnutí zamítl Úřad návrh ITKB z téhož důvodu.
5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval jednotlivými námitkami obou navrhovatelů proti zadávacím podmínkám a neshledal je důvodné. Šlo zejm. o námitkové okruhy týkající se střetu zájmů dodavatele, požadavky na délku praxe členů realizačního týmu, požadavek na český jazyk některých členů realizačního týmu, přístup zahraničním osobám k veřejné zakázce v pozici členů realizačního týmu, legalitu nastavení vyhrazené změny závazku dle § 100 zákona a o námitky ke způsobu stanovení nabídkové ceny.
6. Napadené rozhodnutí bylo oběma navrhovatelům doručeno dne 13. 1. 2023.

III. Rozklad navrhovatele IDS

7. Dne 30. 1. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele IDS datovaný téhož dne a směřující proti napadenému rozhodnutí. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
8. Navrhovatel IDS v podaném rozkladu uvádí, že zadavatel v posuzované veřejné zakázce spojuje dvě plnění, která jsou ze své podstaty rozdílná a jsou realizována za jiným účelem a s jiným cílem. Primárním úkolem technického dozoru investora (dále jen „**TDI**“) je kontrola zhotovitele stavby, přičemž naopak úkolem supervizora je kontrola TDI. Sloučení činnosti supervizora s možností vyhrazené změny na činnost TDI je nezákonným sloučením, kterým dochází k nepřiměřenému a diskriminačnímu nastavení zadávacích podmínek. Cílem tohoto sloučení je vyloučit navrhovatele IDS z plnění i té části veřejné zakázky, kterou by plnit mohl.
9. Nadto dle navrhovatele nelze vyloučit, že vybraný dodavatel bude účelově hledat vady plnění stávajícího TDI, které provádí navrhovatel IDS, neboť pokud by byla smlouva se stávajícím TDI ukončena, nastoupila by nyní soutěžená vyhrazená změna závazku a lukrativní činnost TDI by prováděl dodavatel, který bude vybrán v posuzovaném zadávacím řízení.
10. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatelem vyhrazená změna plnění je učebnicovým příkladem diskriminace, neboť spojení opčního plnění s hlavním předmětem vede k vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. Závěr Úřadu v bodu 257 napadeného rozhodnutí v tom smyslu, že postup zadavatele je hospodárný, je nepravdivý a nepodložený.
11. Navrhovatel dále upozorňuje, že odměna za plnění veřejné zakázky je ve značném nepoměru s odměnou za plnění vyhrazené změny závazku, a to tak, že násobně. Z toho je zřejmé, že

rozsah činnosti TDI a rozsah činnosti supervize TDI nemůže být obdobný. Pokud by šlo o obdobnou činnost, odpovídala by tomu i cena plnění.

12. Úřad dle navrhovatele v bodu 266 napadeného rozhodnutí nesmyslně argumentuje ustanovením § 79 odst. 1 zákona týkajícím se prokazování technické kvalifikace. Dle názoru navrhovatele nelze toto ustanovení použít pro omezení okruhu dodavatelů podávajících nabídku.
13. Omezení soutěže, kterou zadavatel provedl spojením nesouvisejících plnění, nelze ničím odůvodnit a obhájit, ani tvrzením Úřadu, že se kombinace zadávacích podmínek může zdát přísná, ale zákonná.

Návrh rozkladu

14. Navrhovatel IDS v petitu rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu rozkladu vyhověl a výrok I napadeného rozhodnutí zrušil a věc vrátil k novému projednání Úřadu, popř. aby sám rozhodl o zastavení řízení.

IV. Rozklad navrhovatele ITKB

15. Dne 30. 1. 2022 obdržel Úřad rozklad navrhovatele ITKB datovaný téhož dne a směřující proti napadenému rozhodnutí. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.
16. V rozkladu navrhovatel ITKB především zpochybňuje argument Úřadu, že kombinace zadávacích podmínek je sice přísná, ale zákonná. Dle navrhovatele ITKB vzniká kombinací hlavního a opčního plnění diskriminační nastavení podmínek, které z účasti v zadávacím řízení vylučuje minimálně dva z pěti možných dodavatelů.
17. Navrhovatel ITKB vyjadřuje svůj nesouhlas s nastavením požadavků na zkušenosti členů realizačního týmu (délka praxe), které jsou podle něj absurdní, což demonstruje na příkladu právních služeb. Zadavatelem požadovaná délka praxe dle jeho názoru nepřiměřeně omezuje soutěž a konkurenční prostředí, neboť navrhovateli znemožňuje se ucházet o veřejnou zakázku. Jako neoprávněný hodnotí navrhovatel ITKB i požadavek zadavatele na znalost českého jazyka u některých členů realizačního týmu.
18. Navrhovatel ITKB rovněž namítá, že zadavatel neumožňuje, aby osoba usazená doložila osvědčení o registraci, čímž zadavatel diskriminuje zahraniční subjekty a znemožňuje jejich účast v zadávacím řízení. K tomu navrhovatel ITKB odkazuje na rozhodnutí předsedy ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe ze dne 25. 5. 2017.
19. Navrhovatel ITKB dále nesouhlasí s tím, jak Úřad posoudil způsob stanovení nabídkové ceny. Dle navrhovatele jde o situaci, kdy nelze dospět k porovnatelným nabídkám. Navrhovatel nezpochybňuje, že má být stanoven měsíční paušál, avšak nesouhlasí s tím, že je třeba uvádět časovou náročnost činností. Není totiž zřejmé, co se stane, dojde-li k překročení časového rozsahu. Navíc mezi nabídkami je finančně značný rozptyl, což dle navrhovatele ITKB svědčí o tom, že každý z dodavatelů musel počítat s jiným hodinovým modelem plnění. Zadavateli přitom musí být časová náročnost plnění známa, neboť se má jednat o kontrolu TDI, který už je prováděn.
20. Navrhovatel ITKB brojí i proti vyhrazené změně závazku, neboť jde o změnu, která mění celkovou povahu veřejné zakázky. Až v rozhodnutí o námitkách bylo navíc uvedeno, že účelem veřejné zakázky je kontrola stavby, nikoliv kontrola TDI, a že po ukončení opčních služeb bude

obnovena kontrola TDI. Toto je nové tvrzení a Úřad jej bez dalšího převzal, ačkoliv se tím zcela mění náhled na veřejnou zakázku.

21. Smyslem vyhrazené změny závazku je umožnit zadavatelům změnu závazku, aniž by bylo nutné provést nové zadávací řízení v případech, kdy tím není narušena hospodářská soutěž. O takovou situaci se však v posuzované věci nejedná. Změnou nelze rozšířit předmět plnění o to, co zadavatel původně vůbec nepoptával, když tím navíc zasahuje nepřipustně do okruhu dodavatelů.

Návrh rozkladu

22. Navrhovatel ITKB závěrem navrhuje, aby předseda Úřadu zrušil výrok II napadeného rozhodnutí a řízení v tomto rozsahu zastavil, nebo aby zrušil výrok II rozhodnutí a věc v tomto rozsahu vrátil Úřadu k novému posouzení a rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele k rozkladům

23. Zadavatel se k rozkladům vyjádřil podáním ze dne 7. 2. 2023. K rozkladu IDS uvedl, že vyhrazená změna závazku je učiněna v souladu se zákonem. K ukončení činnosti stávajícího TDI může dojít jen v důsledku vnějších okolností, argumentace IDS je spekulativní a odporuje presumpci poctivosti.
24. Vyhrazená změna závazku nemůže zcela kopírovat předmět veřejné zakázky, neboť pak by zadavatelé nemohli požadovat plnění, které odpovídá jejich změněným potřebám. Zadavatel upozorňuje na to, že způsob, jakým smlouvu a vyhrazenou změnu nastavil, je nejtransparentnější a soutěži nejotevřenější způsob zajištění TDI po překlenovací období při současném naplnění potřeb zadavatele. Zahájení nového řízení na TDI pro přechodné období by bylo nelogické a nehospodárné.
25. K rozkladu ITKB zadavatel uvádí, že pro omezení soutěže o zakázku ho vedly legitimní – a tedy zákonem uznané – důvody. Požadavek na technickou kvalifikaci dodavatele je přiměřený povaze zakázky, příklady, které navrhovatel ITKB uvádí, jsou tendenční a zkreslené. Požadavek na český jazyk je nastaven v konkrétní minimální úrovni a jen u některých členů týmu, u nichž je potřeba efektivní komunikace.
26. Ohledně stanovení nabídkové ceny trvá zadavatel na tom, že kvalifikovaný dodavatel by měl být schopen stanovit si paušál za své služby, přičemž počet hodin je orientační a měl by sloužit k identifikaci mimořádně nízké nabídkové ceny.
27. Zadavatel připomíná, že ITKB na výzvu Úřadu ze dne 15. 11. 2022, č.j. ÚOHS-40543/2022/535, kdy dostal prostor k tomu, aby specifikoval, v čem se tedy významně liší supervize od TDI, prakticky vůbec věcně nereagoval. Relevantní skutková tvrzení neprezentuje ITKB ani nyní. Místo toho se ITKB ve svém Rozkladu ITKB opět uchyluje toliko k nevhodným a zavádějícím přirovnáním týkajícím se (nově) stavebních prací na zhotovení vodní přehrady a stavby metra.
28. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu podané rozklady zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

V. Řízení o rozkladech

29. Úřad po doručení rozkladů neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladech.
30. Rozklad navrhovatele IDS je veden pod sp. zn. ÚOHS-R0013/2023/VZ a rozklad navrhovatele ITKB pod sp. zn. ÚOHS-R0014/2023/VZ. Vzhledem ke skutečnosti, že oba rozklady směřují proti témuž napadenému rozhodnutí, načež je o obou rozhodnuto v rámci jednoho rozhodnutí předsedy Úřadu, byly oba rozklady projednány pod stejnou spisovou značkou, jmenovitě pod sp. zn. ÚOHS-R0013/2023/VZ. Nejedná se o spojení dříve samostatných věcí do společného řízení ve smyslu § 140 správního řádu, pročež byl tento úkon jen poznamenán do spisu.

Stanovisko předsedy Úřadu

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

VI. K důvodům zamítnutí rozkladů a potvrzení napadeného rozhodnutí

K otázce zákonnosti vyhrazené změny závazku

33. Oba navrhovatelé v rozkladech napadají vyhrazenou změnu závazku, přičemž jejich argumentace spočívá v tom, že změna nenaplňuje podmínky § 100 zákona, neboť jde o změnu, která je excesem z předmětu veřejné zakázky, její hodnota je vyšší než hodnota předmětu veřejné zakázky, aniž by byla předmětem soutěže, a současně jde o změnu, která je svou povahou diskriminační, neboť neumožňuje, aby ve vztahu k ní proběhlo řádné zadávací řízení, jehož by se mohl účastnit nyní vyloučený navrhovatel IDS.
34. O vyhrazené změně závazku dle § 100 odst. 1 zákona platí, že si ji zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit, pokud jsou podmínky pro změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a vyhrazená změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.
35. Ze zákona tedy pro výhradu změny plynou dvě kumulativní podmínky – jednoznačné vymezení změny a její povaha, která musí odpovídat celkové povaze veřejné zakázky. Co ze zákona naopak nevyplývá je, že by vyhrazená změna závazku mohla regulovat jen rozsah sjednaného plnění. V případě vyhrazené změny závazku jsou tak myslitelné dvě možnosti. Může jít o plnění totožné, u něhož se vyhrazuje změna množství či jiné podmínky dodání, může však jít o plnění související, které však nemůže být z povahy věci plněním věcně zcela shodným, nicméně které

stále nenarušuje povahu veřejné zakázky. V opačném případě by ustanovení § 100 zákona ztratilo značnou část svého praktického smyslu.

36. Navrhovatelé rozklady (a před tím ani v návrzích) nenapadají vymezení změny (tj. její dostatečnou určitost), sporným činí její věcnou podstatu, která dle jejich názoru charakter veřejné zakázky mění.
37. Spornou otázkou tak tedy je, co je celkovou povahou veřejné zakázky. Jak již řeší i Úřad v bodu 250 napadeného rozhodnutí, je třeba rozlišovat předmět plnění veřejné zakázky a její povahu. Povaha veřejné zakázky je totiž pojem širší a je ohraničen potřebou zadavatele, kterou by mělo plnění veřejné zakázky zajistit.
38. Pojem „celková povaha veřejné zakázky“ nebyl zatím judikaturou definován, lze ovšem odkázat na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 27. 5. 2019, č. j. ÚOHS-R0061/2019/VZ-14582/2019/322/JSu, v němž je tento pojem obšírněji analyzován. Celková povaha veřejné zakázky nutně reflektuje potřebu zadavatele, k jejímuž uspokojení zadavatel zadává veřejnou zakázku. Plnění, které ke splnění dané potřeby nevede, pak při implementaci do původního závazku změní celkovou povahu veřejné zakázky. Při posouzení povahy veřejné zakázky je tak spíše než předmět plnění navrhované smlouvy potřeba sledovat její účel v kontextu potřeb zadavatele.
39. Při zkoumání povahy veřejné zakázky je tedy primární její účel rámovaný potřebou zadavatele, dále, ale méně je relevantní povaha požadovaných činností a v neposlední řadě je třeba řešit i relevantní trh, který je schopen potřebu zadavatele naplnit.
40. Za excesivní vybočení z povahy veřejné zakázky by tak bylo možno považovat situaci, kdy by zadavatel prostřednictvím vyhrazené změny veřejné zakázky požadoval plnění, které nenaplnuje stejnou potřebu jako plnění před změnou, plnění, které je povahou činností výrazně odchylné od původně požadovaného plnění, či plnění cílící na odchylný okruh dodavatelů.
41. Při posuzování povahy veřejné zakázky jakož i povahy sporné vyhrazené změny závazku je nutno se zaměřit na zadávací podmínky veřejné zakázky, návrh příkazní smlouvy, který je jejich součástí, a obstaratelskou mandátní smlouvu ze dne 14. 10. 2009, na jejímž základě poskytuje služby TDI a další služby navrhovatel IDS.
42. Z hlediska povahy veřejné zakázky, tedy konkrétněji jejího účelu, je nutno konstatovat, že zadávací podmínky, resp. návrh příkazní smlouvy neobsahují výslovně uvedený účel. Ten je tak nutno abstrahovat z předmětu plnění veřejné zakázky. Tím má být výkon nezávislé a externí kontroly technického dozoru investora, který aktuálně zabezpečuje dozorovou, inženýrskou a poradenskou činnost na úsecích stavby metra I.D. Z návrhu příkazní smlouvy (příloha č. 1) vyplývá, že příkazník bude povinen kontrolovat veškeré činnosti, které vykonává současný TDI, tzn. v současné době služby koordinátora BOZP, odpovědného geodeta a TDI, jak vyplývá z harmonogramu plnění veřejné zakázky a z platebního kalendáře, které jsou přílohou obstaratelské mandátní smlouvy. Příloha 1 návrhu příkazní smlouvy pak podrobně vyjmenovává činnosti, které má příkazník kontrolovat, jednání, jichž má být účasten, a výstupy, které je povinen zpracovat.
43. Ze zadávací dokumentace je tak evidentní, že smyslem činnosti příkazníka je uplatňování a ochrana zájmů investora při realizaci stavby. Jeho činnost by měla směřovat k tomu, aby byla

stavba prováděna v souladu s projektovou dokumentací, technickými a jinými normami a uzavřenými smlouvami.

44. Stávající TDI pro zadavatele pracuje na základě obstaratelské mandátní smlouvy ze dne 14. 10. 2009. Tato smlouva specifikuje svůj účel v čl. 1 tak, že jím je zabezpečení přípravy a úspěšná realizace investiční akce DPP (stavebního díla – provozního úseku trasy I.D pražského metra – jako celku se všemi jeho souvislostmi) a jeho uvedení do provozu tak, aby byl dosažen soulad s požadavky českého právního řádu a stávajícími pravidly zadavatele, a to prostřednictvím investorských služeb a inženýrských činností ze strany mandatáře. Mandatář zadavateli poskytuje dle čl. 3 této smlouvy mj. služby koordinátora BOZP při realizaci stavby, zajišťuje funkci odpovědného geodeta investora ve fázi realizace stavby a provádí výkon TDI v rozsahu přílohy č. 9 sazebníku UNIKA včetně výkonu funkce správce stavby, tzn. kontroluje provádění stavby z hlediska jejího souladu s projektem a ostatními podklady, posuzuje návrhy na změny a odchylky, kontroluje dodržování časových harmonogramů, průběžně zpracovává kontroly nákladů atd.
45. Opční služby, tedy služby zadavatelem vymíněné v podobě vyhrazené změny závazku, mají dle přílohy č. 6 návrhu příkazní smlouvy zahrnovat především obstarání výkonu technického dozoru stavebníka, obstarání výkonu BOZP a obstarání výkonu odpovědného geodeta investora. Z podrobného popisu činností představujících jednotlivé služby vyplývá, že jde o zajišťování a kontrolu souladu postupu prací s normami, projekty a smlouvami, kontrolu a zajištění dodržení harmonogramu prací a jejich financování.
46. Obecně tak z přílohy č. 6 příkazní smlouvy vyvstává, že i opční služby směřují jednoznačně k uplatňování zájmů investora při realizaci stavby, a to obdobným způsobem a ve shodných oblastech jako v případě primárně požadovaných supervizních služeb. I opční služby svým zaměřením směřují k zajištění téže potřeby zadavatele, kterou je řádný průběh stavby úseků metra I.D, a to obdobným způsobem – kontrolou souladu činností s projekty, povoleními, smlouvami a právními předpisy, kontrolou fakturačních podkladů, výkazů, nákladů, monitoringem finančního a časového postupu výstavby, spoluprací se zúčastněnými dodavateli, zadavatelem atd.
47. Blízkou věcnou příbuznost primárních služeb příkazníka a služeb opčních dokládají i požadavky zadavatele na prokázání technické kvalifikace v čl. 8.4 zadávací dokumentace, kde zadavatel požaduje doložit 4 významné zakázky, přičemž u každé z nich postačuje doložit buď výkon činnosti TDI nebo kontrolní nebo supervizní činnost. Totéž pak platí o požadavcích na zkušenosti realizačního týmu v bodu 8.4.2 zadávací dokumentace – i zde zadavatel bere za rovnocenné reference ze zakázek, při nichž se člen týmu podílel buď na výkonu TDI, nebo na kontrolní či supervizní činnosti.
48. Z požadavků na technickou kvalifikaci tak vyplývá, že jak primárně poptávané supervizní služby, tak i opční služby je schopen plnit stejný okruh dodavatelů a v tomto ohledu nedochází k omezení jejich soutěže. Tento závěr společně s výše uvedeným závěrem, že jde o stejný charakter služeb zajišťujících stejnou potřebu zadavatele, pak nutně vede k závěru, že opční služby se z celkové povahy veřejné zakázky nevymykají. Zcela tak souhlasím se závěry Úřadu, které učinil v bodech 249 - 251 napadeného rozhodnutí. Vyhrazená změna závazku není v posuzované věci excesem z povahy veřejné zakázky.

49. Navrhovatel ITKB dále v rozkladu zpochybňuje vyhrazenou změnu závazku tím, že služby představující opční plnění budou v drtivé většině hrazeny dle sazebníku UNIKA, přičemž tak musí být nutně hrazeny činnosti odpovědného geodeta a koordinátora BOZP, neboť jejich činnost není dle zadávacích podmínek nyní naceněna vůbec. K tomu podotýkám, že v praxi – a plyne to i z obstaravatelské a mandátní smlouvy – činnost koordinátora BOZP představuje finančně zlomek objemu činnosti TDI. Činnost odpovědného geodeta je součástí cenových nabídek (viz příloha č. 2 závazného návrhu smlouvy – cenová nabídka), stejně tak jednotkové ceny dalších specialistů. Především pak platí, že způsob finančního ocenění vyhrazené změny závazku není relevantní pro posouzení charakteru ani zákonnosti vyhrazené změny ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, neboť ze zákona musí být nastaveno jen, kdy má změna nastat a jaký má být její obsah.
50. Navrhovatel IDS v rozkladu upozorňuje na to, že vyhrazená změna závazku (činnost TDI) představuje co do ocenění dle ceníku UNIKA o stovky procent vyšší finanční objem, než primární předmět veřejné zakázky – supervizní činnost. Tuto námitku považuji za ne zcela korektní. Především navrhovatel opomíjí, že cenu stanovenou dle ceníku UNIKA porovnává s nabídkovou cenou, která jediná byla o řád nižší než ostatní nabídkové ceny, a tedy je z hlediska své relevance přinejmenším pochybná. Dále navrhovatel nebere v úvahu, že ceny dle ceníku UNIKA jsou stanovovány z hodnoty celé investiční akce, a tedy pro činnosti trvající po celou dobu realizace stavby. Navrhovatel tedy porovnává cenu časově omezeného výkonu supervizní činnosti (hodnocené parametry se pohybují od 6 měsíců do 90 měsíců, viz příloha č. 2 závazného návrhu smlouvy) s hodnotou opčního plnění, kterou však nelimituje a oceňuje v celém rozsahu. To znamená, že navrhovatel cenu TDI kalkuluje tak, jako by měl jeho výkon trvat sedm let v případě nyní budovaného úseku Olbrachtova – Pankrác, což je nižší z obou navrhovatelových kalkulací, a dalších sedm let v případě úseku Olbrachtova – Nové Dvory (kde je plánován začátek stavebních prací až na druhou polovinu roku 2023). Tak tomu však není, trvání opčního plnění je omezeno na dobu nezbytně nutnou, nejdéle však na dobu dvou let.
51. Jak již bylo výše uvedeno, hodnota změny není pro posouzení její zákonnosti rozhodující (s výjimkou situace, kdy zadavatel prostřednictvím vyhrazené změny snižuje hodnotu veřejné zakázky, aby obešel režim zadávacího řízení), navíc argumentace neporovnatelnými částkami je argumentací zavádějící až lživou.
52. Oba navrhovatelé pak považují vyhrazenou změnu závazku za diskriminační, neboť neumožňuje, aby ve vztahu k ní proběhlo řádné zadávací řízení, jehož by se mohl účastnit navrhovatel IDS a s ním propojené subjekty. K této námitce v první řadě uvádím, že zadavatel vyhrazenou změnou závazku anticipuje, že by mohlo dojít k předčasnému ukončení poskytování služeb TDI, BOZP a odpovědného geodeta na základě obstaravatelské a mandátní smlouvy uzavřené s navrhovatelem IDS. Pokud by zadavatel takovouto výhradu změny závazku neučinil, vystavil by se riziku výpadku těchto služeb, který by musel obratem řešit, přičemž by v předpokládané časové tísně neměl na výběr mnoho možností. Došlo-li by k nouzovému zadání těchto služeb v režimu jednacích řízení bez uveřejnění, lze předpokládat, že by byla taková smlouva uzavřena s dodavatelem služeb supervizních jakožto s dodavatelem, který by byl v zadavatelově problematice již orientován, a to právě v objemu a za podmínek, jak jsou nyní avizovány ve vyhrazené změně závazku. Další variantou by bylo konzervování stavby do okamžiku vysoutěžení nového dodavatele TDI a dalších služeb.

53. Každopádně je zadavatel oprávněn vyhrazenou změnou závazku reagovat na kritickou situaci, která by za určitých okolností mohla nastat. Vyhrazená změna splňuje podmínky § 100 zákona a jako taková je transparentním řešením případného výpadku služeb do doby, než proběhne řádné zadávací řízení. I v tomto ohledu se ztotožňuji se závěry, které učinil Úřad v bodu 255 napadeného rozhodnutí.
54. Závěrem k námitkám stran vyhrazené změny plnění zdůrazňuji, že je dlouhodobě judikováno a teorií i praxí akceptováno, že nezákonnost vyhrazené změny závazku není takovou vadou zadávacího řízení, která by měla vést k jeho zrušení, leda by šlo o výhradu excesivní a v důsledku neúnosně narušující některou ze základních zásad zákona. To však v posuzované věci nebylo shledáno.

K požadavkům na členy realizačního týmu a znalost českého jazyka

55. Navrhovatel ITKB zpochybňuje zadavatelovy požadavky na délku zkušeností členů realizačního týmu, konkrétně požadavky na délku zkušenosti na určité pozici. Dle jeho názoru se na první pohled může jevit délka praxe jako oprávněná, avšak tomu tak není. To navrhovatel demonstruje na příkladu právních služeb (advokát činící veškeré právní kroky v kratší době vs. advokát činící jen základní úkony v delší době). Zadavatelem požadovaná délka praxe dle jeho názoru nepřiměřeně omezuje soutěž a konkurenční prostředí, neboť navrhovateli znemožňuje se ucházet o veřejnou zakázku. Není nijak garantováno, že člen realizačního týmu během 12 či 6 měsíců nasbíral dostatečnou odbornou praxi. Ta by měla být prokázána dílčími požadovanými úkony ve vztahu k předmětu veřejné zakázky. Jako neoprávněný hodnotí navrhovatel ITKB i požadavek zadavatele na znalost českého jazyka u některých členů realizačního týmu, neboť v současné době je již běžná např. komunikace anglickým jazykem.
56. K tomuto námitkovému okruhu předesílám, že zákon v § 79 odst. 2 písm. d), v němž zadavatelům umožňuje požadovat osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci, ani na jiném místě nestanoví žádný limit toho, jak dlouhou praxi konkrétních fyzických osob mohou zadavatelé požadovat. Proto platí, že požadavek na délku praxe musí být přiměřený předmětu veřejné zakázky. Obecně rovněž platí, že délka praxe u klíčových členů realizačního týmu je vhodný kvalifikační předpoklad, je-li nastaven přiměřeně rozsahu a předmětu veřejné zakázky.
57. Dodavatelé se uchází o veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná doba plnění činí desítky měsíců (90 měsíců úsek Pankrác – Olbrachtova, 72 měsíců úsek Olbrachtova – Nové Dvory atd.). Co se týká délky praxe členů realizačního týmu, zadavatel požaduje u všech členů týmu 5, popř. 7 let profesní praxe a současně min. 6, popř. min. 12 měsíců praxe na příslušné požadované pozici.
58. V posuzované věci tedy zadavatel požaduje, aby měl vedoucí týmu zkušenost na pozici vedoucího týmu (či obdobné pozici nebo pozici zástupce vedoucího) po dobu min. 12 měsíců na nejméně jedné zakázce, která svým charakterem a rozsahem odpovídá požadavkům zadavatele (viz bod 8.4.2 zadávací dokumentace). Tento požadavek je 7,5krát menší, než by měla být doba plnění veřejné zakázky, a to jen na úseku Pankrác – Olbrachtova. Totéž platí o pozici zástupce vedoucího týmu pro věci odborné. Pro další pozice zadavatel požaduje doložení jen 6měsíční praxe na pozici, pro některé jen doložení obecné odborné praxe.
59. Z předmětu plnění veřejné zakázky je zřejmé, že jde o činnost vysoce odbornou a komplexní. Délka praxe na konkrétní pozici, kterou zadavatel požaduje prokázat, v délce 6 či 12 měsíců

představuje u poptávaného předmětu plnění jen hrubé síto, kterým zadavatel v podstatě vylučuje osoby bez zkušeností na podobné pozici (srov. rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 4. 2015, č. j. ÚOHS-S0045/2015/VZ-9146/2015/532/IBu, MOn zabývající se přiměřeností požadavku délky praxe na konkrétní pozici v délce 5 let). Jak vyplývá z vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 22. 8. 2022, zadavatel dokonce umožnil předložit i doklad o praxi, která nebyla nepřetržitá, ale došlo v ní k přerušení.

60. Domnívá-li se navrhovatel, že spíše než délka praxe by o praxi vypovídaly doklady o jejím skutečném průběhu, o skutečně provedených činnostech, obávám se, že se tento návrh řešení nejeví jako zákonný a praktický. Především odporuje principům fungování práva, zejména presumuje nepoctivost, ať už dodavatelů, či členů jejich realizačních týmů. Principiálně je totiž třeba vycházet z toho, že pokud osoba v nějaké pozici rok působí, pak opravdu provádí činnosti, které jsou její pozici svěřeny. V případě, že se bude presumovat opak, pak nepomůže ani předkládání seznamů opravdu realizovaných činností (které nemusejí být pravdivé) ani jiné doklady sloužící k prokázání praxe. Z praktického hlediska je stěžejí představitelné, jak by byly požadavky na prokázání „skutečného průběhu praxe“ definovány, a ještě hůře je představitelné, jak by byly dokládány a posuzovány.
61. Jakýkoliv pokus o prokázání naplnění určitého kritéria lze rozporovat. Ovšem kritérium délky praxe je kritériem zaužívaným a v praxi osvědčeným. Je-li uchazeč přesvědčen, že vybraný dodavatel ve skutečnosti některé stanovené kritérium nespĺňuje, slouží k obraně proti vybranému dodavateli institut námitek proti rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele.
62. Ohledně českého jazyka požaduje zadavatel v čl. 8 zadávacích podmínek jeho znalost u projektového manažera – vedoucího týmu, jeho zástupce, u specialisty pro oceňování a kontrolu rozpočtů. Znalost českého jazyka zadavatel požaduje pro potřeby odborné komunikace na úrovni B2, přičemž požadavek lze splnit i znalostí slovenského jazyka na téže úrovni. Ve vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 22. 8. 2022 zadavatel vyloučil možnost využití tlumočnicka.
63. K tomuto námitkovému okruhu v první řadě uvádím, že zadávací podmínky týkající se znalosti českého jazyka nepovažuji za nezákonné a způsob, jakým je pojmá napadené rozhodnutí, považuji za správný a jediný možný. Zadavatel vyměňuje 3 osoby, u nichž vyžaduje komunikativní úroveň znalosti českého jazyka, přičemž svůj požadavek v rozhodnutí o námitkách vysvětlil a odůvodnil. To je v napadeném rozhodnutí obsáhle citováno (bod 222) a lze na něj odkázat. Zadavatel v něm uvádí konkrétní důvody, pro které považuje za nutnou znalost českého jazyka. Tyto důvody jsou zřejmé, srozumitelné a opodstatněné. Vyžadovaná úroveň znalosti jazyka je pak funkční ve vztahu k požadovaným činnostem, zadavatel vyžaduje toliko znalost na úrovni B2, tedy nikoliv znalost blízká se rodilému mluvčímu.
64. V posuzované věci jde o veřejnou zakázku, která bude plněna soustavnou činností, na území ČR, po předpokládanou dobu až 7,5 roku, ve spolupráci nejen s pracovníky zadavatele, ale i s pracovníky dalších dodavatelů, s představiteli hl. města, s orgány dohledu a dozoru z různých oblastí státní správy atd., přičemž se jedná o supervizi komplexní stavební činnosti, při které vyvstává nutnost být schopen se operativně orientovat v řadě různorodých dokumentů a požadavků. Zadavatelův požadavek na to, aby klíčový odborný personál ovládal český jazyk na úrovni B2, je za těchto okolností důvodný. Lze si stěžejí představit, že by vybraní

členové realizačního týmu rozuměli a hovořili pouze anglicky, a tedy nerozuměli dokumentům, jejichž kontrola má být podstatou jejich činnosti.

65. Při posouzení požadavku na znalost českého jazyka členů realizačního týmu je – tak jako u dalších zadávacích podmínek – třeba vyvažovat účelnost a potřebu takového požadavku vůči omezení soutěže, které nutně představuje. Zadavatelův požadavek se vzhledem ke komplexnímu a dlouhodobému charakteru plnění jeví jako významný faktor kvalifikace, čímž převažuje i nad skutečností, že jím může být případně omezena soutěž o zakázku.

K požadavku na potvrzení ČKAIT

66. Navrhovatel ITKB v rozkladu opětovně uvádí, že zadavatel neumožňuje, aby bylo doloženo osvědčení o registraci osoby usazené ve smyslu směrnice pro uznávání odborné kvalifikace Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (dále též „**ČKAIT**“). Tím zadavatel omezuje účast členů realizačního týmu původně působících v zahraničí, což nelze zhojit ani obecnou částí zadávací dokumentace, kde zadavatel pouze cituje zákon. Žádný doklad vydaný v zahraničí nemůže nahradit doklad vydaný ČKAIT. V bodě 229 napadeného rozhodnutí Úřad nepřijatelně přenáší odpovědnost za výklad zadávacích podmínek na dodavatele, což je bezprecedentní, neboť za zadávací podmínky nese vždy odpovědnost zadavatel. Dle navrhovatele zadavatel nastavil zadávací podmínky tak, aby nemohlo dojít k zapojení zahraničních subjektů, ačkoliv formálně jejich účast nevylučuje. K tomu navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 25. 5. 2017, č. j. ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe.
67. Zadavatel v bodu 8.4.2 zadávací dokumentace požaduje, aby zástupce vedoucího pro věci odborné a specialista v oboru technika prostředí staveb nebo specialista v oboru technologická zařízení staveb disponovali osvědčením o autorizaci každý ve svém oboru podle zákona č. 360/1992 Sb., o výkonu povolání autorizovaných architektů a o výkonu povolání autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě (dále též „**autorizační zákon**“) nebo cit.: „... jiným obdobným dokladem vydaným v jiné zemi než v ČR, který v této jiné zemi opravňuje jeho držitele v uvedeném oboru k vedení realizace stavby“.
68. Zadavatel se k dotazu ohledně doložení osvědčení o registraci osoby usazené vyjadřoval ve vysvětleních zadávací dokumentace ze dne 22. 8. 2022 a 26. 8. 2022, takto: „V případě zahraničních osob, u kterých lze uvažovat o statutu „usazené osoby“, Zadavatel s odkazem na čl. 8.4.2 zadávací dokumentace opakuje, že v případě, že byla konkrétní kvalifikace člena realizačního týmu (vč. požadavku na osvědčení o autorizaci) získána v zahraničí, prokazuje se v požadovaném rozsahu doklady vydanými podle právního řádu země, ve které byla získána.“
69. Z uvedených citací vyplývá, že zadavatel obecně umožňuje účast zahraničních osob na realizaci veřejné zakázky a tuto skutečnost několikrát opakoval ve vysvětleních zadávací dokumentace. Nejsou tak v žádném případě korektní výhrady navrhovatele v tom smyslu, že jsou zadávací podmínky nastaveny tak, aby k zapojení zahraničních subjektů nemohlo dojít.
70. Zadavatel v zadávací dokumentaci trval na tom, aby zahraniční osoby, u nichž lze uvažovat o statusu „usazené osoby“, prokazovaly kvalifikaci v požadovaném rozsahu doklady vydanými podle právního řádu země, ve které byla získána. Takto nastavené podmínky jsou pro dodavatele dokonce vstřícnější, než kdyby zadavatel požadoval předložení osvědčení o registraci, které zmiňuje ve své argumentaci navrhovatel, neboť zadavatel ve fázi podání

nabídek osvědčení nevyžaduje a zadávací podmínky tak nutně dopadají na širší okruh osob, než jsou ty, kterým bylo osvědčení vydáno. V této souvislosti nelze přehlédnout, že osoba, která disponuje osvědčením o registraci, musela ČKAIT k žádosti o její vydání předložit mimo jiné právě ty doklady, které požaduje předložit zadavatel (viz § 3 odst. 4 písm. a) směrnice pro uznávání odborné kvalifikace). Není proto zřejmé, jak by mohl zadavatelův požadavek působit vůči zahraničním osobám diskriminačně a jak by mohl jejich účast znemožňovat.

71. K této problematice dodávám, že i pokud by dodavatel předložil osvědčení o registraci vydané ČKAIT podle směrnice pro uznávání odborné kvalifikace, byl by zadavatel povinen takový doklad jako doklad o osvědčení o autorizaci přijmout, a to z následujících důvodů.
72. Zadavatel v zadávací dokumentaci vyžaduje předložit primárně osvědčení o autorizaci. To vydává ČKAIT občanům ČR a dalším osobám vyjmenovaným dle § 7 autorizačního zákona za podmínek tam uvedených. Zahraniční osoby s příslušnou kvalifikací však mají možnost požádat o uznání odborné kvalifikace pro ČR, a to na základě zákona č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a některých příslušníků jiných států (dále též „**zákon o uznávání kvalifikace**“) a na základě autorizačního zákona. Jde o situace, kdy tyto osoby hodlají na území České republiky vykonávat vybrané činnosti ve výstavbě podle § 158 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon některým ze způsobů uvedených v § 14 odst. 1 autorizačního zákona.
73. Takové zahraniční osoby jsou povinny požádat ČKAIT o uznání odborné kvalifikace a o zápis do seznamu registrovaných osob (osoby usazené) nebo podat oznámení o výkonu vybraných činností (osoba hostující). Pokud ČKAIT odbornou kvalifikaci ověří, osobu zaregistruje a vydá osvědčení o registraci, je taková osoba oprávněna mj. používat profesní označení „autorizovaný inženýr“, „autorizovaný technik“ ve spojení s oborem, pro který mu byla registrace provedena. Dnem převzetí osvědčení o registraci se usazená osoba stává řádným členem ČKAIT.
74. Z uvedeného popisu vyplývá, že osvědčení o registraci usazených osob je postaveno na roveň osvědčení o autorizaci a jako takové by mělo být zadavatelem akceptováno.
75. K odkazu navrhovatele na rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 5. 2017, č. j.: ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe uvádím, že se jedná o odkaz nepřiléhavý, neboť v tamním případě zadavatel sice v zadávacích podmínkách účast zahraničních dodavatelů umožnil, nicméně v návrhu smlouvy uvedl prohlášení, že dodavatel je českou právnickou osobou zapsanou v obchodním rejstříku. Zadávací podmínky proto byly věcně rozporné. V posuzované věci z žádné části zadávacích podmínek nevyplývá, že by účast zahraničních osob nebyla možná. Naopak zadavatel umožňuje výslovně doložit kvalifikaci zahraničními doklady, tedy šířeji než pouze osvědčením o registraci vydaným ČKAIT.
76. Co se týká námitky, že Úřad přenáší odpovědnost za výklad zadávacích podmínek na dodavatele, zadávací podmínky nejsou rozporné, rozporná nejsou ani jejich vysvětlení. Je pravdou, že zadavatel se výslovně nevyjádřil k otázce, zda umožní předložení osvědčení o registraci. Nicméně jak bylo shora uvedeno, toto osvědčení je postaveno na roveň osvědčení o autorizaci, a i přes neobratná zadavatelova vysvětlení není zřejmé, proč by jako doklad o kvalifikaci nemělo být akceptováno. Zadavatel v zadávacích podmínkách ani později v žádném vysvětlení neuvedl, že jej nehodlá přijmout.

K neporovnatelnosti cenových nabídek

77. Navrhovatel ITKB se v rozkladu dále zabývá nevhodným nastavením zadávacích podmínek stran stanovení nabídkové ceny. Úřad dle jeho názoru nepochopil způsob nacenění měsíčního paušálu tak, jak je požadován zadavatelem. Zadavatel přenáší odpovědnost za nacenění a vymezení rozsahu měsíčního paušálu na dodavatele. Dodavatelé by neměli určovat časovou náročnost činností. To vede k neporovnatelnosti nabídek a ve fázi plnění pak k tomu, že po vyčerpání oceněného počtu hodin bude dodavatel účtovat vícepráce a bude nutno smlouvu měnit dle § 222 zákona. Rozdíl v ceně hodnocených nabídek (30 mil. Kč) svědčí o tom, že dodavatelé počítali s jiným hodinovým modelem plnění. Zadavatel si musí být vědom rozsahu činnosti a časové náročnosti plnění, když se má jednat o pouhou kontrolu subjektu, který již TDI provádí v určitém časovém rozsahu, který je zadavateli znám.
78. Při posouzení důvodnosti tohoto okruhu rozkladových námitek konstatují, že se zcela ztotožňují s napadeným rozhodnutím a mohou na jeho odůvodnění v obsažené v bodech 235 – 241 zcela odkázat.
79. Zadavatel je povinen stanovit zadávací podmínky v podrobnostech, které jsou nezbytné pro účast v zadávacím řízení – pro podání porovnatelných nabídek. V posuzované věci zadavatel požaduje předložit cenovou nabídku, u níž je hodnocena celková nabídková cena tvořená součtem dílčích položek. Těmito položkami jsou měsíční paušály za výkon jednotlivých činností pro jednotlivé stavební úseky metra (viz v podrobnostech bod 237 napadeného rozhodnutí a čl. 11 zadávací dokumentace, její přílohu č. 1 a návrh příkazní smlouvy).
80. Jednotková cena a uvedení počtu hodin, které jako zdroj nejasnosti uvádí navrhovatel ITKB, se v zadávací dokumentaci objevují v příloze č. 2 příkazní smlouvy. Dle smlouvy má jednotková cena sloužit pro snížení ceny díla na základě omezení rozsahu činnosti příkazníka (bod 3.6 a bod 14.3 příkazní smlouvy) či k ocenění víceprací (bod 3.7).
81. Z těchto skutečností vyplývá, že jednotkové ceny ani dodavateli uváděný počet hodin žádným způsobem nevstupují do celkové ceny díla. Dále z nich vyplývá, že ani ve fázi podání nabídek ani ve fázi plnění smlouvy nehraje roli to, jaký dodavatelé uvedli předpokládaný počet hodin plnění.
82. Rozdíl v nabídkových cenách hodnocených nabídek činí téměř 30 mil. Kč. Nicméně hodnocené nabídkové ceny se pohybují v rozmezí 121 – 151 mil. Kč, průměrná výše nabídkové ceny je 136,6 mil. Kč a rozptyl nabídkových cen kolem této průměrné hodnoty není natolik dramatický, že by zavdával důvod k pochybám stran neporovnatelnosti nabídek. Mimoto, jak již bylo výše uvedeno, jednotková cena či počet hodin se do nabídkových cen nepromítaly, tedy nemohly ani teoreticky způsobit jejich neporovnatelnost.

K nezákonné změně zadávacích podmínek v rozhodnutí o námitkách navrhovatele ITKB

83. Navrhovatel ITKB nadále brojí proti tomu, že zadavatel až v rozhodnutí o námitkách uvedl, že po ukončení opčních služeb, tedy po využití vyhrazené změny závazku, smluvní vztah nezanikne, ale dojde k obnově předchozího plnění. Dle navrhovatele došlo ke změně zadávacích podmínek po lhůtě pro podání nabídek a tato změna mohla mít vliv na okruh dodavatelů. Po dodavatelích nelze požadovat, aby byli stále ve střehu a sledovali, jak bude zadavatel v budoucnu zadávací podmínky aplikovat.

84. K těmto námitkám uvádím, že pro zadavatele i dodavatele jsou závazné zadávací podmínky a příkazní smlouva tak, jak je v nich obsažena. Součástí zadávací dokumentace nejsou další dokumenty – rozhodnutí zadavatele o námitkách apod., neboť nejde o jednání, kterým by bylo možno zadávací podmínky měnit. Dokonce ani pokud zadavatelé vyhoví námitkám proti zadávacím podmínkám, nedochází tím bez dalšího ke změně zadávacích podmínek. Ke změně zadávacích podmínek dochází až dalším výslovným jednáním zadavatele. I kdyby zadavatel zadávací podmínky později vykládal nezákonně, není jeho výklad způsobilý zadávací podmínky změnit². Způsob aplikace vyhrazené změny závazku pak navíc není otázkou zákonnosti zadávacích podmínek, ale otázkou plnění smlouvy, která není a nemůže být předmětem tohoto řízení.

85. Pokud navrhovatel ITKB namítá, že po dodavatelích nelze požadovat, aby byli stále ve střehu a sledovali, jak bude zadavatel v budoucnu zadávací podmínky aplikovat, jde o námitku, která platí o každém zadávacím řízení. Na konci úspěšného zadávacího řízení totiž stojí smlouva, o jejíž změnu se – ať již byla vyhrazena, či nikoliv – smluvní strany mohou později z různých důvodů pokoušet.

K námitce diskriminačně nastavených zadávacích podmínek nedůvodně vylučujících účast širokého okruhu dodavatelů na relevantním trhu (čl. 17 zadávací dokumentace, bod 5.15 smlouvy)

86. Navrhovatel ITKB v rozkladu dále brojí proti čl. 17 zadávací dokumentace, který je dle jeho názoru neurčitý – není postaveno najisto, na koho se podmínka vztahuje, a do této otázky nevnáší světlo ani bod 5.15 příkazní smlouvy. Argumentace § 79 odst. 1 zákona je nepřiléhavá, neboť se týká jen technické kvalifikace. Navrhovatel nesouhlasí s tím, že zadávací podmínky jsou sice tvrdé, ale ne excesivní. Podle jeho názoru neoprávněně vyloučily z účasti v zadávacím řízení 2/5 dodavatelů.

87. V bodu 17 zadávacích podmínek zadavatel stanoví: „Zadavatel dále v souladu se závazným návrhem smlouvy upozorňuje, že smlouva nesmí být uzavřena zejména s osobou, jenž se podílela či podílí na přípravě projektové dokumentace nebo vykonává technický dozor investora pro zadavatele v rámci stavby Metro I.D, nebo s osobou, jež je přímo či nepřímo ovládána osobou uvedenou pod bodem výše. V podrobnostech dalších podmínek ohledně předcházení střetu zájmů odkazuje Zadavatel na čl. 5 závazného návrhu smlouvy.“

88. Z bodu 5.15 příkazní smlouvy se dále podává:

„Příkazník je povinen zajistit, aby se žádná z osob podílejících se na činnostech Příkazníka a Službách a ani žádný poddodavatel Příkazníka jakkoli podílela na:

(a) činnosti související s přípravou jakékoli projektové dokumentace Stavby (včetně realizační či jiné dokumentace),

(b) činnosti Současného TDI (včetně jeho poddodavatelů a osob s ním jakkoli spolupracujících),

(c) činnosti autorského dozoru Stavby (včetně jeho poddodavatelů a osob s ním jakkoli spolupracujících),

² K tomu lze odkázat např. na bod 35 rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 7. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0076/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20003/2020/322/BVÍ.

(d) činnosti zhotovitele Stavby (včetně jeho poddodavatelů a osob s ním jakkoli spolupracujících),

(e) činnosti jakéhokoli dalšího subjektu, který vykonává technickou, projekční, stavební či jakoukoli jinou obdobnou činnost v souvislosti se Stavbou (včetně jeho poddodavatelů a osob s ním jakkoli spolupracujících).“

89. Jak vyplývá z citovaných ustanovení zadávacích podmínek, zadavatel vylučuje z účasti v zadávacím řízení subjekty, jejichž zájmy mohou být protichůdné s jeho zájmem na řádném plnění veřejné zakázky. Není důvodná námitka neurčitosti vymezení takových subjektů – na základě zadavatelem deklarovaných kritérií lze stanovit, které subjekty zadavatelovy podmínky splňují, a které nikoliv. Naopak nelze po zadavateli žádat, aby do zadávacích podmínek vtělil kompletní výčet takových subjektů. Ostatně ani navrhovatel ITKB nemá s identifikací problém – je si evidentně vědom, že tyto zadávací podmínky on ani navrhovatel IDS nespĺňují.
90. Není důvodná námitka, že je § 79 odst. 1 zákona aplikován nesprávně, neboť se týká technické kvalifikace. Toto ustanovení stanoví, že zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky. Ustanovení § 79 odst. 1 zákona je praktickou cestou, kterou zadavatel má právo zvolit v případě, že se jeho zájmy mohou se zájmy uchazeče křížit.
91. V posuzované věci tak zadavatel předem předesílá, koho bude za subjekt s protichůdným zájmem považovat, což není zakázaný postup. Pokud by se taková osoba zadávacího řízení hodlala zúčastnit, pak má zadavatel právo postupovat dle § 79 odst. 1 zákona, její kvalifikaci brát za neprokázanou a ze zadávacího řízení ji vyloučit. Vyloučený subjekt má právo postup zadavatele napadnout a zadavatele v takovém případě tíží ohledně protichůdnosti zájmů důkazní břemeno.
92. Dlužno podotknout, že zadavatel by své právo dle § 79 odst. 1 zákona mohl využít bez ohledu na to, zda by to v zadávacích podmínkách avizoval, či nikoliv. To, že zadavatel zveřejnil tuto svou podmínku a její rozsah předem, je postup transparentní.
93. Co se týká přiměřenosti této zadávací podmínky, zcela se ztotožňuji s posouzením, které provedl Úřad v bodu 269 napadeného rozhodnutí. Podmínka je nastavena v souladu se svým účelem a její rozsah pokrývá osoby, které by mohly mít zájem na vadném plnění příkazní smlouvy.

K námitce neurčitosti smluvních podmínek majících vliv na nacenění nabídky (bod 5.9 příkazní smlouvy)

94. Navrhovatel ITKB nesouhlasí se závěry týkajícími se posouzení bodu 5.9 příkazní smlouvy. Nadále trvá na tom, že jde o ujednání, které je nedostatečně vymezené co do rozsahu a formy, čímž způsobuje objektivní nemožnost nacenění řádné a konkurenceschopné nabídky. Zadavatel toto ujednání dostatečně nevysvětlil. Dle navrhovatele nelze na dodavatele přenášet odpovědnost za nesprávné a neurčitě nastavené zadávací podmínky. Tato podmínka je v rozporu se zásadou transparentnosti a její neurčitost má vliv na stanovení nabídkové ceny. Princip poctivosti nelze uplatnit, neboť zadavatel se v zadávacím řízení nechová poctivě a navrhovatele se z něj snaží eliminovat.

95. Sporná zadávací podmínka v bodu 5.9 příkazní smlouvy zní takto: *„Na výzvu Příkazce je Příkazník povinen předat Příkazci své stanovisko ke konkrétní záležitosti související s jeho činností dle této Smlouvy nejpozději do tří (3) pracovních dnů od doručení výzvy Příkazce.“*
96. Jak konstatuje již Úřad v napadeném rozhodnutí, revize smluvních podmínek je Úřadu svěřena pouze v případě, kdy se jedná o exces, který by zasahoval do okruhu dodavatelů, případně byl v jiném křiklavém rozporu se zákonem. Úřad takový exces neshledává a s jeho závěrem se ztotožňuje.
97. V posuzované věci jsou povinnosti příkazníka podrobně vyjmenovány v příloze 1 příkazní smlouvy. Tam uvedené činnosti představují podstatu jeho činnosti, podstatu plnění smlouvy. Bod 5.9 příkazní smlouvy se pak vztahuje dle své textace pouze k situaci, kdy v činnosti příkazníka vznikne nejasnost, kterou bude třeba vysvětlit, viz slova „stanovisko ke konkrétní záležitosti související s jeho činností“. Z toho vyplývá, že bod 5.9 je okrajovou záležitostí plnění smlouvy a nezpůsobuje takovou nejasnost, která by bránila v ocenění předmětu plnění, natož v účasti v zadávacím řízení.
98. Při posuzování tohoto ujednání je nutno rovněž vzít v úvahu, že princip poctivosti, jakkoliv jej navrhovatel ITKB neguje, v soukromoprávních vztazích platí a dodavatel má i v nich možnost obrany proti zneužívání práva ze strany zadavatele.
99. Uvedenou smluvní podmínku tedy neshledávám natolik excesivní, že by bránila dodavatelům v podání nabídek či ve stanovení porovnatelných nabídkových cen.

VII. Závěr

100. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek navrhovatelů, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení ani změnu napadeného rozhodnutí.
101. V posuzované věci bylo stěžejní otázkou posouzení zákonnosti dílčích zadávacích podmínek veřejné zakázky, a to především charakteru vyhrazené změny plnění, k níž je nutno konstatovat, že nemění celkovou povahu zakázky a je dostatečně konkrétně nastavena. Nepředstavuje tak exces, pro který by mělo být zadávací řízení zrušeno. Důvodné nebyly ani námitky proti nastavení kvalifikačních podmínek, požadavku na znalost českého jazyka některých členů realizačního týmu a proti způsobu stanovení nabídkové ceny. Úřad postupoval správně, když jednání zadavatele aproboval.
102. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

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 1
2. Inženýring dopravních staveb a. s., Branická 514/140, 147 00 Praha 4
3. Matěj Uher, Na Kladiánce 598/8, 147 00 Praha 4

Vypraveno dne

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