



UOHSX00J5BGL

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0538/2023/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-04343/2024/500

Brno 30. 1. 2024

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 28. 8. 2023 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha,
- navrhovatel – Gecons s.r.o., IČO 07809069, se sídlem Vídeňská 297/99, 639 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 8. 2023 Mgr. Pavlem Říčkou, advokátem, ev. č. ČAK 11515, Ad Acta Advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Türkova 2319/5, 149 00 Praha,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „»RS4 úsek Ústí nad Labem – státní hranice CZ/SRN«; realizace geologických technických prací pro Krušnohorský tunel“, která byla zadávaná jako podlimitní sektorová veřejná zakázka mimo zadávací řízení na základě výzvy k podání nabídky č. j. 211/2023-SŽ-SS VRT ze dne 10. 7. 2023 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele pod systémovým číslem P23V00000945,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha – **v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, směřuje k zadání sektorové veřejné zakázky „»RS4 úsek**

Ústí nad Labem – státní hranice CZ/SRN«; realizace geologických technických prací pro Krušnohorský tunel“, která je **s odkazem na § 158 odst. 1 citovaného zákona** zadávaná jako podlimitní sektorová veřejná zakázka **mimo zadávací řízení** na základě výzvy k podání nabídky č. j. 211/2023-SŽ-SS VRT ze dne 10. 7. 2023 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele pod systémovým číslem P23V00000945, **ačkoliv nejsou naplněny podmínky pro uplatnění tohoto postupu, neboť jde o nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku a citovaný zadavatel je tak povinen citovanou veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 2 odst. 3 citovaného zákona.**

II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha – **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle § 263 odst. 7 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zakazuje** citovanému zadavateli **pokračovat v postupu směřujícím k uzavření smlouvy** na veřejnou zakázku „»RS4 úsek Ústí nad Labem – státní hranice CZ/SRN«; realizace geologických technických prací pro Krušnohorský tunel“, která je zadávána jako podlimitní sektorová veřejná zakázka mimo zadávací řízení na základě výzvy k podání nabídky č. j. 211/2023-SŽ-SS VRT ze dne 10. 7. 2023 uveřejněné téhož dne na profilu zadavatele pod systémovým číslem P23V00000945.

III.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se zadavateli** – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha – **ukládá**

uhradit **náklady řízení ve výši 30 000 Kč** (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné **do dvou měsíců** od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. POSTUP ZADAVATELE V SOUVISLOSTI S VEŘEJNOU ZAKÁZKOU

1. Zadavatel – Správa železnic, státní organizace, IČO 70994234, se sídlem Dlážďená 1003/7, 110 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – uveřejnil dne 10. 7. 2023 na profilu zadavatele pod systémovým číslem P23V00000945 výzvu k podání nabídky č. j. 211/2023-SŽ-SS VRT z téhož dne (dále jen „výzva k podání nabídky“) na veřejnou zakázku „»RS4 úsek Ústí nad Labem – státní hranice CZ/SRN«; realizace geologických technických prací pro Krušnohorský tunel“¹, jejímž předmět je „*realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů podle projektu geologických prací (příp. jejich likvidace), inženýrsko-geologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek a měření, geomechanických zkoušek hornic a zemin a chemických rozborů vod pod vedením a dle pokynů geologické služby (řešitele geologických prací). Činnosti geologické služby (odpovědného řešitele) budou provedeny třetí stranou.*“ (dále jen „veřejná zakázka“).

¹ viz https://zakazky.spravazeleznic.cz/contract_display_13322.html

2. Dle čl. 1.2. výzvy k podání nabídky „*zadavatel zadává tuto podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce v souvislosti s výkonem relevantní činnosti ve smyslu ustanovení § 153 odst. 1 písm. f) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále též »ZZVZ«). V souladu s § 151 odst. 1 ZZVZ se tato zakázka považuje za sektorovou veřejnou zakázku. Jelikož předpokládaná hodnota veřejné zakázky nedosahuje stanovený finanční limit, není zadavatel podle § 158 odst. 1 ZZVZ povinen zadat předmětnou sektorovou veřejnou zakázku v zadávacím řízení. Zadavatel tedy nezadává tuto veřejnou zakázku v zadávacím řízení podle ZZVZ.*“
3. Dne 2. 8. 2023 doručil navrhovatel – Gecons s.r.o., IČO 07809069, se sídlem Vídeňská 297/99, 639 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 8. 2023 Mgr. Pavlem Říčkou, advokátem, ev. č. ČAK 11515, Ad Acta Advokátní kancelář, s.r.o., se sídlem Türkova 2319/5, 149 00 Praha (dále jen „navrhovatel“) – zadavateli „Námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení podle ZZVZ podle § 241 odst. 2 písm. c) ZZVZ“ ze dne 31. 7. 2023 (dále jen „námitky“), jimiž požadoval, aby zadavatel zrušil „výběrové« řízení na zadání veřejné zakázky, a následně za účelem zadávání veřejné zakázky zahájil regulérní zadávací řízení dle ZZVZ“.
4. Dle „Vyjádření zadavatele k podání společnosti Gecons s.r.o.“ ze dne 17. 8. 2023 (dále jen „vyjádření zadavatele k podání navrhovatele“), jež bylo navrhovateli doručeno téhož dne, zadavatel dospěl k závěru, že uvedené podání „nelze považovat za oprávněné a kvalifikované námitky ve smyslu § 241 ZZVZ“, neboť „jde o podání dodavatele zjevně nezpůsobilého plnit předmět veřejné zakázky; jehož účelem je výhradně napadnout podmínky technické kvalifikace, což u podlimitní sektorové veřejné zakázky není přípustné; jde o podání, které je z hlediska sledovaného účelu zjevně opožděné“.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasí se způsobem vypořádání podaných námitek, podal dne 28. 8. 2023 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) z téhož dne. Návrh byl téhož dne ve stejnopise doručen rovněž zadavateli.

II. OBSAH NÁVRHU

6. Návrh ze dne 28. 8. 2023 směřuje proti zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), neboť navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel postupoval mimo režim zákona neoprávněně, když na veřejnou zakázku nesprávně pohlíží jako na podlimitní sektorovou veřejnou zakázku na stavební práce, zatímco dle navrhovatele jde o nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku na služby, na niž výjimku dle § 158 odst. 1 zákona aplikovat nelze.
7. Navrhovatel má dále za to, že zadavatel řádně nevypořádal navrhovatelem podané námitky, tj. nerozhodl o nich v souladu se zákonem.

Ke způsobu vyřízení námitek

8. Navrhovatel trvá na tom, že zadavateli doručil řádné námitky, z nichž jednoznačně vyplývá, že směřují proti zadání veřejné zakázky mimo režim zákona (čemuž dle navrhovatele odpovídalo jejich označení, popis újmy, navrhované nápravné opatření spočívající v zahájení řádného zadávacího řízení), přičemž námitky vůči zadávacím podmínkám byly uvedeny výslovně pouze okrajově a nad rámec čistě pro účely splnění povinných náležitostí námitek

a podpoření tvrzení o hrozící újmě. Navrhovatel je tak přesvědčen, že jde o řádné námitky proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona, a zadavatel tak byl povinen je řádně vypořádat.

9. Dle navrhovatele vyjádření zadavatele k podání navrhovatele vykazuje nedostatky z hlediska zákonných náležitostí (není z nich patrné, jak zadavatel rozhodl, absentuje v nich poučení o možnosti podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu), když uvedené nemůže být zhojeno tím, že se zadavatel fakticky vyjádřil k věcnému obsahu námitek, a to i v otázce zadávacích podmínek, konkrétně technické kvalifikace.
10. Navrhovatel odmítá argument uvedený ve vyjádření zadavatele k podání, že i pokud by mělo být pohlíženo na námitky jako řádné, byly doručeny opožděně, když dle tvrzení zadavatele začala běžet lhůta pro podání námitek dnem zveřejnění záměru zadavatele na profilu zadavatele dne 10. 7. 2023 a tedy námitky bylo možné podat do 25. 7. 2023. Dle navrhovatele s odkazem na § 242 odst. 1 zákona začíná daná lhůta běžet od okamžiku, kdy se stěžovatel dozví o porušení zákona ze strany zadavatele, přičemž počátek běhu této lhůty je určen subjektivně, tj. nelze jej odvozovat od objektivně určujících skutečností (např. zde od data zveřejnění informací o veřejné zakázce). Tedy, dle navrhovatele, o určení počátku běhu lhůty pro podání námitek nerozhoduje okamžik, kdy se stěžovatel měl možnost s namítanými skutečnostmi seznámit, nýbrž okamžik, kdy se stěžovatel s těmito skutečnostmi fakticky seznámil. Navrhovatel zdůrazňuje, že v námitkách řádně definoval okamžik, kdy se o namítaném porušení zákona dozvěděl, a to „nejdříve dne 20. 7. 2023, kdy si detailně prostudoval zadávací podmínky“, přičemž *„podezření navrhovatele na nezákonný postup zadavatele pak postupně narůstalo s ohledem na uveřejňovaná vysvětlení zadávací dokumentace vzáášející do plnění veřejné zakázky a prolínání plnění s činností »geologické služby« další a další otázky (toto se týká zejména vysvětlení ZD č. 4 a 6 ...), a toto podezření kulminovalo dne 31. 7. 2023, kdy zadavatel uveřejnil vysvětlení ZD č. 7, v rámci kterého zadavatel nebyl schopen rozumně a přesvědčivě odpovědět na (...) dotazy stěžovatele formulované mj. právě k otázce správného posouzení druhu a tedy i režimu veřejné zakázky.“* K tomu navrhovatel doplňuje, že dle jeho názoru *„i při jisté míře objektivizace dané subjektivní lhůty se jeví jako zcela adekvátní, že od »objevení« zakázky (která nadto nebyla uveřejněna postupem dle ZZVZ) do zjištění prvotních pochybností o zákonnosti postupu zadavatele zahrnujícího konzultaci a studium zadávacích podmínek ze strany právních expertů, uplyne pouhých 6 pracovních dnů“*, když opakuje, že *„potřebnou jistotu o možném porušení zákona ze strany zadavatele získal až v návaznosti na vysvětlení ZD č. 7, ve kterém zadavatel extrémně mlžil a věcně nereagoval ani na jednu připomínku navrhovatele – dle názoru navrhovatele se až v tomto okamžiku navrhovatel o porušení zákona »dozvěděl«, neboť jeho podezření nabylo konkrétnější znaky vědomosti.“* S ohledem na uvedené navrhovatel uzavírá, že dle jeho názoru je třeba na námitky pohlížet jako na včas podané, přičemž zároveň uvádí, že i pokud by šlo o námitky opožděné, měl je zadavatel řádně vypořádat dle zákona, což neučinil.

K postupu mimo režim zákona

11. Navrhovatel uvádí, že zadavatel zadává veřejnou zakázku jako zakázku na stavební práce, přičemž ji dle CPV kódů klasifikuje následovně: 44523000-1 Průzkum pomocí vrtů (dle navrhovatele daný kód neexistuje), 45120000-4 Průzkumné a vrtné práce, 45111250-5 Geologický průzkum stavenišť, 71351730-9 Geologický průzkum.

12. Dle navrhovatele z věcného popisu předmětu plnění veřejné zakázky obsaženého ve výzvě k podání nabídky i ve zvláštních technických podmínkách vyplývá, že ryzí stavební práce (zařaditelné do oddílu 45 CPV) představují z celého předmětu veřejné zakázky pouze vrtné práce, které sám zadavatel označuje za významnou část veřejné zakázky (jak vyplývá z poddodavatelského omezení), a to ve výši 51 % hodnoty zakázky (původně dokonce pouze 32 %). Většinu činností v předmětu veřejné zakázky pak dle navrhovatele i po zohlednění poskytování „geologické služby“ představují geotechnické/inženýrsko-geologické, hydrogeologické, projekční a jiné odborně vysoce náročné služby spadající pod oddíl 713 CPV.
13. Navrhovatel má za to, že tyto služby nelze podřadit pod kód 45111250-5 Geologický průzkum staveniště, neboť tyto práce jsou pododdílem části „Příprava staveniště a odklizovací práce“, když geologický průzkum tohoto charakteru v této fázi přípravy potenciální stavby nelze označit za přípravu staveniště. Rovněž ani dle navrhovatele vrty dle kódu 45120000-4 Průzkumné a vrtné práce v sobě nezahrnují geologické a další služby, měření, vyhodnocování vzorků a jde pouze o fyzické provedení průzkumných vrtů.
14. Navrhovatel podotýká, že zadavatel většinu požadavků na prokázání technické kvalifikace vztahuje k realizaci služeb dle oddílu 713 CPV.
15. Dle navrhovatele je hlavním předmětem veřejné zakázky s ohledem na její základní účel *„provedení vysoce odborných a náročných inženýrských služeb zejména geotechnického, hydrogeologického a geofyzikálního charakteru, nikoliv provedení stavebních prací, tedy zejména samotných vrtů – vrty pouze umožňují, resp. provádějí se pouze pro naplnění hlavního účelu zakázky, kterým je ověření geologických a jiných poměrů v lokalitě (není tomu tedy naopak, služby se neposkytují proto, aby mohly být provedeny vrty). Jinými slovy, vrtné práce jsou pouze vedlejším produktem (prostředníkem), bez kterého by nebylo možné dosáhnout hlavního cíle poptávaného plnění, kterým je získání spolehlivých a odborně ověřených hodnot/dat nezbytných pro budoucí stavbu Krušnohorského tunelu.“* Již jen z uvedeného dle navrhovatele jednoznačně plyne, že zadavatel měl vyhodnotit veřejnou zakázku jako veřejnou zakázku na služby, a to nadlimitní (dle navrhovatele sice zadavatel odmítl sdělit předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, avšak navrhovatel je po hrubém nacenění soupisu prací přesvědčen, že limit pro nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku byl překročen), tedy ji měl zadávat v zadávacím řízení podle zákona.
16. Nadto navrhovatel uvádí, že výše uvedené je umocněno skutečností, že zadavatel má v úmyslu provedení geologických průzkumů dělit mezi vybraného dodavatele a třetí subjekt [dodavatele podlimitní veřejné zakázky „»RS4 úsek Ústí nad Labem – státní hranice CZ/SRN«; Činnosti geologické služby pro Krušnohorský tunel“ zadávané rovněž mimo režim zákona (dále jen „veřejná zakázka na geologické služby“)], aniž by byl zřejmý důvod rozdělení služeb geologického průzkumu. Dle navrhovatele však tvoří šetřená veřejná zakázka a veřejná zakázka na geologické služby jedinou veřejnou zakázku dle § 18 zákona, neboť je u nich dána funkční a časová souvislost, a tedy i předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na geologické služby bylo nutné promítnout do předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky, resp. obě tyto zakázky měl zadavatel zadat jako veřejné zakázky na služby v nadlimitním režimu, byť třeba po částech či v oddělených zadávacích řízeních. K tomu navrhovatel podotýká, že souvislost obou zakázek vnímal nepochybně i zadavatel, když v roce 2021 uskutečnil předběžné tržní konzultace ve vztahu k oběma těmto veřejným zakázkám společně.

17. Navrhovatel tvrdí, že nelze vyjít z toho, že vrty jsou samy o sobě cílem, jehož má být realizací veřejné zakázky dosaženo, a že mohou samy o sobě naplnit (i v budoucnu) potřebu zadavatele. Dle navrhovatele totiž není zřejmé, jak by mohla být samotná „stavba“ vrtů bez služeb schopna plnit svůj účel, když měření prováděná v budoucnu ve vrtech jsou službami, tedy vrty budou sloužit pro provádění služeb, nikoliv naopak, což je navíc umocněno faktem, že existuje funkční a časová provázanost šetřené veřejné zakázky s veřejnou zakázkou na geologické služby.
18. Dle navrhovatele tak zadavatel rozdělil geologický průzkum na dvě samostatné části (na část ryze službovou a část službovou s vrty), čímž si neoprávněně otevřel prostor pro zadávání i šetřené veřejné zakázky mimo režim zákona.
19. Navrhovatel podotýká, že dle běžné praxe zadavatelů (včetně zadavatele samotného) jsou geologické a jiné průzkumy zahrnující i vrty zadávány jako zakázky na služby, k čemuž odkazuje na takto zadávané veřejné zakázky².
20. Navrhovatel tedy shrnuje, že dle jeho názoru zadavatel postupoval při zadání šetřené veřejné zakázky jako podlimitní sektorové veřejné zakázky na stavební práce na základě výjimky dle § 158 odst. 1 zákona v rozporu se zákonem, neboť nezohlednil základní účel veřejné zakázky, a to izolovaně i ve spojení se všemi relevantními částmi zakázky dle § 18 zákona, tj. nejméně s veřejnou zakázkou na geologické služby, a potažmo i se zakázkou „Nová trať Drážďany-Praha, geologická a hydrogeologická zpráva“ zadávanou v rámci společného zadávání zadavatele a DB Netz AG, Německo.

Závěr

21. S ohledem na vše uvedené navrhovatel navrhuje, aby Úřad uložil zadavateli nápravné opatření dle § 263 odst. 4 zákona, event. pokud by dovedil, že zadavatel řádně vypořádal námítky, aby uložil nápravné opatření dle § 263 odst. 7 zákona.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

22. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení sp. zn. ÚOHS-S0538/2023/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele dnem 28. 8. 2023, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele.
23. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
24. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-32564/2023/536 ze dne 30. 8. 2023.

² <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:373850-2023:TEXT:EN:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:431083-2023:TEXT:EN:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:75881-2023:TEXT:EN:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:92164-2023:TEXT:EN:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:119735-2023:TEXT:EN:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:636258-2021:TEXT:EN:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:171621-2022:TEXT:EN:HTML&src=0;>
[https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:285946-2022:TEXT:EN:HTML&src=0.](https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:285946-2022:TEXT:EN:HTML&src=0;)

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 7. 9. 2023

25. Dne 7. 9. 2023 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k návrhu, v němž zadavatel uvedl následující.

K náležitostem návrhu

26. Zadavatel nejprve k náležitostem návrhu uvádí, že stejnopis návrhu obdržel z datové schránky Mgr. Pavla Říčky, advokáta, přičemž uvedené podání neobsahovalo přílohy (zejména plnou moc a doklad o složení kauce). Dle zadavatele tak z uvedeného podání není zřejmý vztah mezi touto osobou a navrhovatelem, tedy zda tato osoba disponuje zmocněním navrhovatele pro podání návrhu a zda tak byl návrh podán oprávněnou osobou, a zadavatel se ani nemohl plně seznámit s návrhem. Zadavatel se tak domnívá, že navrhovatel nesplnil svou povinnost zaslat zadavateli stejnopis návrhu v plném rozsahu.

Ke způsobu vyřízení námitek

27. Zadavatel trvá na tom, že navrhovatelem podané námitky nelze považovat za námitky ve smyslu zákona. Připomíná, že veřejná zakázka byla zadávána jako podlimitní sektorová veřejná zakázka, v jejímž případě nejsou námitky podle § 241 ve spojení s § 248 odst. 2 zákona přípustné. Dle zadavatele tak navrhovatel sice podal námitky proti postupu mimo zadávací řízení, avšak jejich zastřeným účelem bylo docílit změny kvalifikačních podmínek účasti, když však zastřené právní jednání nemůže požívat právní ochrany.

28. Zadavatel podotýká, že v průběhu výběrového řízení obdržel dotaz navrhovatele ze dne 27. 7. 2023, z něhož vyplývá, že navrhovatel má potíže se splněním technické kvalifikace, což následně doložila i skutečnost, že nabídku nepodal.

29. Zadavatel tak shrnuje, že dle jeho názoru navrhovatelem tvrzený nezákonný postup zadavatele v podlimitním režimu představuje pouze zástupný a účelový prostředek proti primárnímu důvodu podání námitek, jímž je nedostatečná technická kvalifikace. Námitky tak dle zadavatele jsou zastřeným právním jednáním, když navrhovatel není způsobilý plnit předmět veřejné zakázky a nelze tak z jeho strany ani tvrdit újmu spojenou s postupem zadavatele.

30. Dále má zadavatel za to, že i kdyby navrhovatelem podané námitky měly být považovány za skutečné námitky, byly by objektivně opožděné.

31. Zadavatel je přesvědčen, že subjektivní lhůty je nutné do jisté míry objektivizovat, neboť v opačném případě by zakládaly možnost svévole (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 89/2015-51 ze dne 24. 9. 2015). Lhůtu pro podání námitek je tak dle přesvědčení zadavatele nutno objektivizovat k okamžiku, kdy se zadávací dokumentace dostala do sféry navrhovatele, nikoliv k okamžiku, kdy si ji navrhovatel v dostatečném detailu prostudoval a své pochybnosti si ověřil v rámci vysvětlení zadávací dokumentace. S ohledem na specifické okolnosti (sektorová podlimitní zakázka), nesrovnalosti v tvrzení navrhovatele (neunesení důkazního břemene) a s přihlédnutím k zásadě „právo svědčí bdělým“ je dle zadavatele nutné tento okamžik navázat na okamžik, kdy byly zadávací podmínky uveřejněny vůči široké veřejnosti. K tomu zadavatel odkazuje i na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-R0115/2009/VZ-2158/2010/310-EKu ze dne 15. 2. 2010, z něhož vyplývá, že rozhodným okamžikem pro běh lhůty pro podání námitek je datum poskytnutí zadávací dokumentace či uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení.

32. Rovněž zadavatel uvádí, že uveřejnění zadávací dokumentace nebylo jeho povinností, a dále že obecná lhůta pro podání námitek v délce 15 dní od rozhodné skutečnosti je zcela postačující jak pro analýzu podkladů, tak pro možnou obranu.
33. Zadavatel podotýká, že z návrhu vyplývá, že se navrhovatel o zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení dozvěděl dříve, přičemž dle zadavatele to, že navrhovatel potřeboval delší časový úsek na konzultace obsahu zadávacích podmínek není rozhodné, jelikož tento čas nutný na detailnější seznámení je z povahy věci zahrnut již ve lhůtě pro podání námitek. Navrhovatel však dle zadavatele neprokázal, že se o možném porušení zákona dozvěděl až 20. 7. 2023, naopak toto sám relativizuje, když uvádí, že v tento den se se zadávací dokumentací seznámil už v potřebném detailu. K tomu zadavatel navíc podotýká, že na odhalení tohoto typu porušení zákona není nezbytná detailní analýza zadávacích podmínek, jelikož podstatná je výhradně specifikace předmětu veřejné zakázky (vč. CPV) a specifikace druhu veřejné zakázky, jimiž navrhovatel argumentuje, přičemž vícero pro posouzení, zda zadavatel postupuje mimo režim zákona potřeba není. Nečinnost navrhovatele a neurčitě dlouhé seznamování se se zjevnou specifikací předmětu veřejné zakázky a druhu veřejné zakázky přitom nemůže jít dle zadavatele k tíži zadavatele. Navrhovatel tak fakticky dle zadavatele nedoložil okamžik, kdy se o domnělém porušení zákona dozvěděl a námitky tak nespĺňují základní náležitosti, jde tedy o námitky opožděné a návrhu tak nepředcházely řádně a včas podané námitky. Již z tohoto důvodu by Úřad dle zadavatele měl vedené správní řízení zastavit.
34. Ke způsobu vyřízení námitek zadavatel zdůrazňuje, že ačkoliv rozhodnutí o námitkách formálně nenazval „rozhodnutí o námitkách“, nýbrž „vyjádření“, z obsahového pohledu z něj vyplývají veškeré relevantní informace – zadavatel je přesvědčen, že se srozumitelně a přezkoumatelně k námitkám vyjádřil, když detailně a věcně objasnil své stanovisko ohledně klasifikace předmětu veřejné zakázky jakožto služby. Zadavatel podotýká, že s ohledem na skutečnost, že námitky nepovažoval za řádné námitky, tedy jejich součástí ani nemohlo být poučení o možnosti podat návrh k Úřadu, neboť by tímto krokem de facto přiznal námitkám kvalitu námitek. Dle zadavatele je však podstatné, že navrhovateli byly možnosti jeho procesní obrany dobře známy a absencí poučení mu nebyla způsobena žádná újma.

K postupu mimo režim zákona

35. K charakteru předmětu plnění veřejné zakázky zadavatel uvádí, že primárním účelem veřejné zakázky je *„provedení složitých stavebních prací, nikoliv souvisejících podpůrných služeb, které představují pouze doplňkový (ačkoliv nutný) rámec komplexního plnění“*, k čemuž zdůrazňuje, že je právem zadavatele definovat předmět plnění dle svého sledovaného účelu.
36. Zadavatel shrnuje, že přezkoumávaná veřejná zakázka je vypsána *„pro klíčový projekt, záměr s přeshraničním významem Nové železniční spojení Drážďany – Praha. Na realizaci záměru jako celku se zadavatel přímo podílí se svým německým protějškem, DB Netz AG, se kterým zadavatel projektově koordinuje zásadní činnosti. Zadavatel zde odkazuje na konkrétní vyjádření německého protějšku, ze kterého jasně vyplývá, že »pravidelně vypisujeme výběrová řízení na rozsáhlé vrtné práce pro průzkum podloží jako stavební výkon«. (...) Z uvedeného vyjádření jednoznačně vyplývá, že srovnatelné veřejné zakázky jsou u německého partnera považovány beze sporu za stavební práce.“* Dle zadavatele na základě

dohody s německým partnerem bylo v tomto projektu sjednáno použití primárně německých postupů, přičemž valná většina souvisejících veřejných zakázek je zadávána prostřednictvím společného zadávání, když výjimku z tohoto postupu tvoří přezkoumávaná veřejná zakázka a veřejná zakázka na geologické služby.

37. Dále zadavatel podotýká, že ohledně tohoto postupu proběhly v roce 2021 předběžné tržní konzultace s relevantním okruhem dodavatelů, kterých se navrhovatel neúčastnil, ačkoliv mohl. Z těchto konzultací dle zadavatele vyplynulo, že s ohledem na technická specifika a okruh dodavatelů (s přihlédnutím i k zahraničnímu trhu) je vhodné samostatné zadání přezkoumávané veřejné zakázky a samostatné zadání veřejné zakázky na geologické služby.
38. Zadavatel tedy trvá na tom, že primárním účelem veřejné zakázky je provedení stavebních prací, čemuž odpovídá popis předmětu veřejné zakázky, CPV kódy, hodnota stavebních prací a charakter a složitost prací. Dle zadavatele nelze vyzdvihnout „*pouze část plnění, kterou lze skutečně charakterizovat jako služby, při současné degradaci náročnosti, významu a následně využitelnosti stavebních prací*“.
39. Zadavatel připomíná, že jako hlavní stanovil CPV kód 45121000-1 Průzkum pomocí vrtů, tj. stavební práce (byť v zadávací dokumentaci chybně označený jako 44512000-1), přičemž užil výhradně jeden CPV kód na služby, když zbývající CPV kódy odpovídají stavebním pracím. K tomu zadavatel podotýká, že CPV kódy jsou pouze orientační pomůckou a samy o sobě nemohou být určujícími pro posouzení předmětu veřejné zakázky.
40. Dále zadavatel uvádí, že povahu předmětu plnění je třeba určit dle tzv. pravidla základního účelu. Dle zadavatele lze vyjít z důvodové zprávy k § 15 zákona, která spatřuje převažující účel služby/dodávky nad stavebními pracemi hlavně v situacích, kdy „*hlavním předmětem je tedy dodávka tohoto přístroje a vedlejším předmětem jsou stavební práce (umístění a upevnění v zemi) nutné k jeho plné funkčnosti, a to na základě principu základního účelu*“. Dle zadavatele tedy jde o situace, kdy by stavební práce bez současně poptávaných služeb/dodávek postrádaly jakýkoliv smysl, tj. kdy samotné stavební práce by nebylo možné nijak dále využít.
41. V konkrétním případě zadavatel tvrdí, že by provedení vrtů poptával (pokud by to bylo ekonomicky a organizačně vhodnější) i bez současného požadavku na související (doplňkové) služby. Provedení stavebních prací je tak pro zadavatele zásadním účelem veřejné zakázky v dlouhodobém horizontu. Gross činnosti vybraného dodavatele spočívá dle zadavatele v realizaci vrtů a souvisejících stavebních činnostech, čemuž odpovídá jejich předpokládaná finanční náročnost (více než 50 % hodnoty veřejné zakázky dle nabídek) i požadavky na provedení vrtů.
42. Dle zadavatele je nesporné, že vrtné práce jsou stavebními pracemi, když sporným je to, zda jako základní účel mohou převážit nutné služby. Dle zadavatele však je stěžejní, že poptávané stavební práce zahrnují řadu činností, které bude nezbytné pro jejich realizaci provést (tj. vystrojení vrtů, příprava a zabezpečení staveniště, realizace hlubinných vrtů, realizace mělkých vrtů, rekultivace dotčených pozemků, čištění vrtů, likvidace vrtů) a které nelze v žádném případě považovat za služby.
43. Zadavatel dále považuje za podstatné, že výsledkem stavebních prací budou vrty nezbytné i pro následné odborné činnosti, tyto vrty totiž budou otevřeny další až desítky let a budou nadále využívány pro související služby. Uvedené stavební práce dle zadavatele velmi

intenzivně souvisí se službami geotechnického, hydrogeologického i geofyzikálního charakteru, karotážní práce a hydrodynamické zkoušky jsou realizovány pouze ve vrtech, a to v bezprostředně možném časovém okamžiku, geotechnické zkoušky obdobně, když uvedené služby musí být koordinovány a realizovány v samotném průběhu vrtání.

44. Potřeba zajistit odborné služby, které však byly oproti stavebním pracím doplňkové (ačkoliv nezbytné) dle zadavatele vyplývá z projektu geologických prací, tato potřeba tedy vznikla na základě požadavku geologické služby. Zadavatel považuje za účelné a hospodárné tyto služby zadat společně se stavebními pracemi, avšak trvá na tom, že tyto doplňkové služby nepředstavují hlavní účel veřejné zakázky, když účelem šetřené veřejné zakázky je primárně realizace vrtů, když majoritní výkon dalších služeb v oblasti geofyziky a geotechniky na daných vrtech bude zastřešovat další dodavatel vysoutěžený na základě společného zadávání s německou stranou, který bude zpracovávat následné odborné posudky. Vrty jako výsledky stavebních prací pak dle zadavatele budou využity pro průběžné získávání informací pro potřeby projektování a stavby tunelu, realizací šetřené veřejné zakázky tak dle zadavatele vznikají „*primárně stavební díla*“, která jsou určena k zachování na dobu nejméně celé projekční fáze a některé i na dobu výstavby a prvních let provozu Krušnohorského tunelu, tj. realizované vrty budou dle zadavatele sloužit pro dlouhodobé měření, např. podzemní vod.
45. Zadavatel tedy shrnuje, že základní účel veřejné zakázky představují dle jeho názoru stavební práce, nikoliv související služby, které je však nezbytné poptávat přímo po zhotoviteli stavebních prací, když „*bez provedení vrtů by některé činnosti nebylo možné využít*“.
46. K navrhovatelem tvrzenému funkčnímu celku šetřené veřejné zakázky s veřejnou zakázkou na geologické služby zadavatel uvádí, že tyto veřejné zakázky byly zadávány odděleně především pro zajištění nezbytné kontinuity plánování a řízení příslušných průzkumů. Dle zadavatele bylo možné až následně zahájit šetřenou veřejnou zakázku, kdy její výsledky bude primárně využívat až následně třetí strana vzešlá ze společného postupu s německou stranou.
47. Zadavatel tvrdí, že pokud by zadával šetřenou veřejnou zakázku a veřejnou zakázku na geologické služby společně, plynula by z toho mimořádná rizika nejen vybranému dodavateli i zadavateli, když relevantní činnosti by nebylo možné efektivně koordinovat s konkrétními stavebními pracemi na vrtech tak, aby nebyl ohrožen celý projekt s německou stranou.
48. Zadavatel rovněž uvádí, že tyto veřejné zakázky mají odlišný okruh potenciálních dodavatelů.
49. V této souvislosti zadavatel odkazuje na konkrétní veřejné zakázky³ dle jeho názoru obdobně šetřené veřejné zakázce, které byly zadávány jako veřejné zakázky na stavební práce,

³ <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:158048-2020:TEXT:CS:HTML&src=0>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:395120-2021:TEXT:CS:HTML&src=0>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:569705-2021:TEXT:CS:HTML&src=0>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:64258-2022:TEXT:CS:HTML&src=0>
<https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003026/zakazka/475316>
<https://tenderarena.cz/dodavatel/seznam-profilu-zadavatele/detail/Z0003026/zakazka/451641>
https://www.profilzadavatele.cz/profil-zadavatele/okd-a-s_6149/vrtani-vyvrtu-a-instalace-pramencovych-obdobnychkotev-a-svorniku-vrtani-ostatnich-vrtu-pro-zajisteni-bezpecnosti-a-provozu-uhelneho-dolu-vcetne-souvisejicich-praci2023-2025_39794/

přestože obsahovaly laboratorní zkoušky a geofyzikální měření, přičemž dle zadavatele je uvedený postup běžnou praxí DB Netz AG, k čemuž dokládá potvrzení uvedené společnosti.

50. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu vydané věci sp. zn. ÚOHS-S0195/2023/VZ, z něhož dle zadavatel vyplývá, že v této skutkově podobné věci Úřad dovodil, že poptávané činnosti spolu prokazatelně souvisí, navazují na sebe a vytváří pro zadavatele z hlediska účelu komplexní celek, když je třeba zohlednit specifické postavení zadavatele a složitost a rizika plnění.

Závěr

51. S ohledem na uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad vedené správní řízení dle § 257 písm. h) či § 257 písm. e) zákona zastavil, či aby návrh dle § 265 písm. a) zákona zamítl.

Další průběh správního řízení

52. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-40367/2023/500 ze dne 16. 10. 2023 nařídil Úřad zadavateli předběžné opatření ve formě zakazu uzavřít smlouvu na dotčenou veřejnou zakázku.
53. Usnesením č. j. ÚOHS-41025/2023/536 ze dne 19. 10. 2023 Úřad určil zadavateli lhůtu k poskytnutí stanoviska k následujícím otázkám:
- a. z jakého konkrétního důvodu učinil zadavatel součástí předmětu plnění mimo vrtných prací vč. vystrojení vrtů rovněž inženýrsko-geologické, karotážní a hydrogeologické zkoušky a měření, geomechanické zkoušky hornin a zemin a chemické rozbory vod pod vedením a dle pokynů řešitele geologických prací (dále jen „odborné služby“), v jejichž případě je zřejmé, že jde služby ve smyslu § 14 odst. 2 zákona, a to v rozsahu představujícím cca 49 % předmětu plnění;
 - b. co je konkrétním účelem odborných služeb;
 - c. z jakého konkrétního důvodu považuje zadavatel odborné služby za související a nezbytné pro realizaci vrtných prací vč. vystrojení vrtů;
 - d. z jakého konkrétního důvodu považuje zadavatel za nezbytné, aby byly odborné služby prováděny během realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů, resp. z jakého konkrétního důvodu by nebylo možné odborné služby provést odděleně (obdobně jako činnosti geologické služby) od realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů a vrtné práce vč. vystrojení vrtů realizovat i bez současného provádění odborných služeb.
54. Dne 27. 10. 2023 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření k předmětnému usnesení, v němž zadavatel uvedl následující.
- a. K otázce a. zadavatel uvedl, že toto rozdělení vyplynulo z předběžné tržní konzultace (dále i jen „PTK“), která byla vedena s cílem připravit zadávací podmínky a informovat potenciální dodavatele o záměru zadat veřejnou zakázku „Geologické průzkumy pro stavbu »VRT Drážďany – Praha, RS4, úsek Ústí nad Labem – státní hranice ČR/SRN“, která má být realizována v rámci společného projektu zadavatele a společnosti DB Netz AG, spočívajícího v projektové přípravě a budoucí výstavbě přeshraničního tunelu v Krušných horách. Dle zadavatele doporučili účastníci PTK rozdělit tuto zamýšlenou veřejnou zakázku na dvě části, a to na část zahrnující rešeršní práce, povrchovou geofyziku a projekt geologických a hydrogeologických prací, a na část zahrnující realizaci vlastních průzkumů a zkoušek

dle projektů. Zadavatel dále uvedl, že v případě oddělení „inženýrsko-geologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek a měření, geomechanických zkoušek hornin a zemin a chemických rozborů vod“ od prací vrtných by hrozilo dělení zakázek, přičemž by rovněž byly kladeny násobně vyšší nároky (finanční, časové i personální) na koordinaci provádění těchto odborných služeb s postupem vrtných prací. Dle zadavatele dále „v případě geomechanických zkoušek (tj. presiometrických a dilatometrických měření) a odběrů vzorků zemin a skalních hornin nelze předem stanovit přesný hloubkový interval měření a odběru. Proto je potřeba, aby o jejich realizaci rozhodl v průběhu vrtání odpovědný řešitel (...) v závislosti na nalezených geologických poměrech horninového prostředí.“ Provádění odborných služeb pod vedením řešitele geologických prací dle zadavatele vyplynulo jednak z PTK, ale zejména proto, aby nedocházelo k podjatosti autorského dozoru, tedy aby geologická služba, která vypracovala projekty, byla rozdílná od subjektu provádějící realizaci a nemohla tak kontrolovat sama sebe.

- b. K otázce b. zadavatel uvedl, že konkrétním účelem odborných služeb je „zajištění co nejdetailnějších informací o geologické skladbě a struktuře horninového podloží pro projektování a následnou výstavbu (...). Jedná se např. o fyzikální, geomechanické, hydrodynamické a mineralogické vlastnosti horniny, stanovení přítoků podzemní vody do vrtů nebo stanovení vydatnosti vrtů. Základní informace poskytne již samotný popis a prozkoumání vlastních vrtných jader. Tyto služby zároveň nemohou být poskytnuty bez vyhloubených vrtů (...)“ Dle zadavatele je geologická služba odpovědná za řízení a koordinaci geologických prací a představuje tedy „mozek“, zatímco subjekt provádějící realizaci představuje „ruce“ ve smyslu geologického průzkumu. K tomu zadavatel uvádí, že přítomnost geologické služby v průběhu vrtných prací je nezbytná nejen z důvodu kontrolní činnosti, ale i z potřeby stanovit přesné hloubkové intervaly pro provádění geomechanických zkoušek a odběru vzorků zemin a skalních hornin, přičemž pokyny k realizaci těchto konkrétních prací se odvíjí od postupu vrtných prací v závislosti na nalezených geologických poměrech.
- c. K otázce c. zadavatel uvedl, že odborné služby považuje „za související s vrtnými pracemi (nikoliv za nezbytné pro vlastní realizaci vrtných prací) především proto, že je nelze poskytnout bez existence vrtů“. Odborné služby prováděné v průběhu hloubení vrtů jsou tak dle zadavatele „doplňkovými službami“, přičemž „některé z těchto služeb (geomechanické zkoušky hornin a zemin a odběry vzorků zemin a hornin) nelze od procesu vrtání oddělit a jsou standardně prováděny během vlastního hloubení jednotlivých vrtů“.
- d. K otázce d. zadavatel uvedl, že „vybrané karotážní, hydrogeologické a geomechanické zkoušky jsou realizovány výhradně v procesu vlastního vrtání vrtů a není možné je realizovat zpětně po dokončení vrtných prací. Proces vrtání je pro realizaci těchto specifických měření pozastavován, je provedeno měření, odběr potřebných vzorků a následně proces vrtání pokračuje. Vzorky hornin a zemin jsou odebírány v průběhu vrtání.“ Zadavatel odkazuje na vyhlášku č. 369/2004 Sb., o projektování, provádění a vyhodnocování geologických prací, oznamování rizik geofaktorů a o postupu při výpočtu zásob výhradních ložisek, kde je uveden výčet prací zaznamenávaných v průběhu provozu, z něhož je dle zadavatele zřejmé, že součástí geologických prací jsou specifické zkoušky, měření atd. Dle zadavatele by v případě oddělení odborných služeb od vrtných prací hrozilo dělení veřejných zakázek, což by navíc znamenalo „násobně vyšší nároky na koordinaci“ odborných služeb

s postupem vlastních vrtných prací. Zadavatel doplňuje, že pokud by zadal odborné služby jako samostatnou veřejnou zakázku, „bylo by nezbytné hloubit další sadu vrtů, které by následně neměly další využití (...) a musely by být zlikvidovány“.

55. Usnesením č. j. ÚOHS-44337/2023/536 ze dne 8. 11. 2023 Úřad určil zadavateli lhůtu k poskytnutí stanoviska k následujícím otázkám:
- a. Z jakého konkrétního důvodu má být dle názoru zadavatele skutečně považována za základní účel šetřené veřejné zakázky realizace vrtů, když z jeho vyjádření zároveň vyplývá, že vrty mají být realizovány z důvodu potřeby průběžného získávání informací pro potřeby projektování a stavby Krušnohorského tunelu a pro dlouhodobá měření, tj. pro provádění geologických služeb nezbytných pro výstavbu Krušnohorského tunelu?
 - b. Pakliže zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že by provedení vrtů poptával i bez současného požadavku na odborné služby, a že odborné služby jsou pouze doplňkové a související s vrtnými pracemi, když však zároveň učinil tyto odborné služby součástí předmětu plnění šetřené veřejné zakázky a ve svém vyjádření uvedl, že tyto odborné služby nemohou být poskytnuty bez vyhloubených vrtů a musí být poptávány přímo po realizátorovi vrtných prací (neboť musí být z věcných či koordinačních důvodů prováděny v průběhu hloubení vrtů, když některé z nich nelze od procesu vrtání technicky oddělit a u některých z nich by to nebylo ekonomicky a organizačně efektivní), žádá Úřad o podrobnější objasnění, zda považuje skutečně za možné, aby byly samostatně realizovány vrty, aniž by zároveň během jejich realizace byly prováděny odborné služby. Pokud by bylo skutečně možné realizovat samostatně vrty bez současného provedení odborných služeb, žádá Úřad o podrobnější objasnění, co by bylo konkrétním účelem samostatně realizovaných vrtů.
 - c. Z jakého konkrétního důvodu považoval zadavatel veřejnou zakázku „Geologické průzkumy pro stavbu »VRT Drážďany – Praha, RS4, úsek Ústí nad Labem – státní hranice ČR/SRN«“, v rámci jejíhož předmětu zamýšlel poptávat i realizaci vrtných prací a inženýrskogeologický, hydrogeologický a geofyzikální průzkum, tj. jejíž předmět odpovídá mimo vypracování projektu předmětu šetřené veřejné zakázky, za veřejnou zakázku na služby, zatímco v případě šetřené veřejné zakázky považoval tytéž činnosti za stavební práce, resp. v jakých konkrétních ohledech se z hlediska předmětu obě uvedené veřejné zakázky dle názoru zadavatele odlišují?
 - d. Z jakého konkrétního důvodu považoval zadavatel veřejnou zakázku „Diagnostika nestabilních úseků železničního spodku“, jejíž předmět plně odpovídá předmětu šetřené veřejné zakázky, za veřejnou zakázku na služby, zatímco v případě šetřené veřejné zakázky považoval tytéž činnosti za stavební práce, resp. v jakých konkrétních ohledech se z hlediska předmětu veřejné zakázky obě uvedené veřejné zakázky dle názoru zadavatele odlišují?
56. Dne 16. 11. 2023 obdržel Úřad od zadavatele vyjádření ze dne 15. 11. 2023 k předmětnému usnesení, v němž zadavatel uvedl následující.
- a. K otázce a. zadavatel uvedl, že základním účelem veřejné zakázky je provedení vrtů a odebrání vrtných jader, při této příležitosti budou provedeny činnosti, z nichž některé (geomechanické zkoušky, tj. presiometrická a dilatometrická měření, odběr vzorků), lze provádět pouze během vlastního vrtání, nikoliv po jeho ukončení. Zadavatel podotýká,

že pro realizaci některých těchto činností je nutné z technologických důvodů zastavovat vrtání, následně provést daná měření a až pak pokračovat ve vrtání, a to dle během vrtání zjištěných informací dle pokynů řešitele geologických služeb. K tomu zadavatel doplnil, že až po vyhodnocení měření, analýze odebraných vzorků a provedení zkoušek realizovaných po ukončení vrtání (karotážní měření, hydrodynamické zkoušky) budou zadány navazující veřejné zakázky na zajištění dalších činností (např. geotechnický monitoring nebo monitoring podzemních vod), které nejsou součástí šetřené veřejné zakázky, pro jejichž realizaci budou využívány v rámci šetřené veřejné zakázky provedené vrty.

- b. K otázce b. zadavatel uvedl, že samostatná realizace vrtů bez provádění odborných služeb *„je v zásadě možná, nicméně by nebyla hospodárná a efektivní. V takovém případě by účelem samostatných vrtů byla pouze jejich realizace a získání vrtných jader. Nicméně, k získání nezbytného množství informací pro projektování Krušnohorského tunelu je nutné provést i (...) odborné služby. Kvůli zajištění (...) odborných služeb by bylo nutné vyhloubit další sadu duplicitních vrtů pouze za účelem realizace samostatné zakázky na služby, tj. samostatných měření. Tyto duplicitní vrty by byly bez dalšího využití a musely by být zlikvidovány. Tento postup by byl v rozporu s principy 3E (tj. účelnost, efektivnost a hospodárnost).“* Zadavatel doplnil, že *„vrtání duplicitních vrtů by dále představovalo větší zátěž pro životní prostředí a dotčené obyvatelstvo. Dále by znamenalo výrazné navýšení finančních nákladů pro investora, který je jakožto státní organizace povinen postupovat v roli řádného hospodáře.“*
- c. K otázce c. zadavatel uvedl, že původně zamýšlená veřejná zakázka „Geologické průzkumy pro stavbu »VRT Drážďany – Praha, RS4, úsek Ústí nad Labem – státní hranice ČR/SRN«“ byla předmětem PTK, přičemž *„výsledkem PTK bylo rozdělení na 2 samostatné veřejné zakázky: 1. intelektuální činnost, tj. výkon Geologické služby a 2. fyzickou realizaci stavebních prací“.* (...) *„Tyto zakázky se liší předmětem poptávaných činností, které se nepřekrývají, jsou úzce provázané, nicméně oddělitelné.“* Hlavním předmětem zamýšlené veřejné zakázky tak bylo dle zadavatele i. vypracování projektu inženýrsko-geologického průzkumu a projektu hydrogeologického průzkumu; ii. výkon sledu a řízení technických, terénních a laboratorních prací prováděných vítězem veřejné zakázky; iii. vyhodnocení inženýrsko-geologického průzkumu a hydrogeologického průzkumu vodních zdrojů a vypracování závěrečných zpráv s dokladovou přílohou, iv. fyzická realizace a provedení terénních prací – tzn. realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů, vyčistění vrtů a jejich případná likvidace, realizace inženýrskogeologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek, měření a dalších terénních a technických prací dle projektu inženýrsko-geologického průzkumu a projektu hydrogeologického průzkumu a dle pokynů geologické služby. Dle zadavatele jsou pak z uvedených činností předmětem šetřené veřejné zakázky pouze plnění popsáná pod bodem iv. (tj. samotná fyzická realizace a provedení terénních prací – tzn. realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů, vyčistění vrtů a jejich případná likvidace, realizace inženýrskogeologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek, měření a dalších terénních a technických prací dle projektu inženýrsko-geologického průzkumu a projektu hydrogeologického průzkumu a dle pokynů geologické služby), zatímco činnosti dle bodů i. až iii. učinil zadavatel předmětem veřejné zakázky na výběr dodavatele geologické služby.

- d. K otázce d. zadavatel uvedl, že předmět veřejné zakázky „Diagnostika nestabilních úseků železničního spodku“ neodpovídá předmětu řešené veřejné zakázky, neboť jejím předmětem jsou „komplexní služby, tedy jak provedení projektu inženýrskogeologických průzkumů, tak i samotná realizace IGP (...) včetně závěrečné zprávy (...). Charakterem plnění je tedy Úřadem zmíněná veřejná zakázka obsáhlejší a zahrnuje i samotný projekt.“ Dle zadavatele tak je tato veřejná zakázka analogií k původně zamýšlené veřejné zakázce, jež zahrnovala jak provedení projektů, tak realizaci prací, a jež byla dle tvrzení zadavatele účastníky PTK „shledána jako nerealizovatelná a bylo doporučeno její rozdělení.“ Předmětem šetřené veřejné zakázky je dle zadavatele pouze „realizace prací, tj. zejména vrtání. Tato realizace bude probíhat na základě již vypracovaných projektu inženýrskogeologického průzkumu a projektu hydrogeologického průzkumu a dle instrukcí geologické služby. Vypracování projektů není předmětem veřejné zakázky, protože jsou již zpracovány.“
- e. Zadavatel dále navrhuje pro případné další vyjádření ústní jednání dle § 49 odst. 1 správního řádu.

Další průběh správního řízení

57. Usnesením č. j. ÚOHS-49157/2023/VZ ze dne 8. 12. 2023 stanovil Úřad účastníkům správního řízení lhůtu k vyjádření se k podkladům rozhodnutí.
58. Zadavatel se ve stanovené lhůtě ani později k podkladům rozhodnutí nevyjádřil.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

59. Dne 20. 12. 2023 obdržel Úřad od navrhovatele vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne, v němž navrhovatel uvedl následující.
60. Navrhovatel trvá na tom, že námitky i návrh podal v souladu se zákonem, a to nikoliv samoúčelně, nýbrž i proto, aby se mu otevřela možnost namítat i nesprávné nastavení technické kvalifikace, což by bylo možné až v situaci, kdy zadavatel bude zadávat veřejnou zakázku v souladu se zákonem. Dle navrhovatele tak nemůže jít o zastřené právní jednání.
61. Navrhovatel upozorňuje na rozpor v jednání zadavatele, který nyní v rámci správního řízení své vyjádření k námitkám navrhovatele již považuje za rozhodnutí o námitkách.
62. Dle navrhovatele nelze ani zpochybnit včasnost podaných námitek, když podpůrně např. z komentářové literatury k § 96 správního řádu lze dovodit, že subjektivní lhůta plyne od okamžiku, kdy po předběžném posouzení lze dojít k závěru, že lze mít důvodně za to, že došlo k postupu v rozporu s právními předpisy.
63. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nebyl ani před Úřadem schopen věrohodně zdůvodnit a doložit, že postupuje v souladu se zákonem. Navrhovatel opakovaně poukazuje na to, že pro zadavatele nemůže mít vrtání do skály samo o sobě žádný význam. Podstatný je dle navrhovatele účel/cíl, ke kterému potřeba zadavatele směřuje, čímž není samoúčelné vrtání do skály, nýbrž provedení geologického průzkumu a získání dalších informací pro účely další fáze realizace záměru. Dle navrhovatele platí, že aby bylo možné geologické průzkumy provést v potřebném rozsahu, je nutné provést vrty. I v případě využití vrtů v dalších desítkách let stále platí, že vrty budou stále jen vrty, které samy o sobě k ničemu nejsou a jejich využití spočívá jen v tom, že umožňují poskytnutí služeb, které zadavatel potřebuje. Pokud zanikne potřeba poskytnutí služeb, zanikne s tím současně i důvod existence vrtů. Navrhovatel uvádí,

že chápe potřebu koordinace mezi zhotovitelem vrtů, poskytovatelem odborných služeb i poskytovatelem geologické služby, když však tato provázanost svědčí o tom, že jde o jednu veřejnou zakázku na služby. Navrhovatel však nesouhlasí s tím, že zadavatel všechny tyto části zadává mimo režim zákona.

64. Navrhovatel upozorňuje, že je zřejmé, že potřeba provedení odborných služeb v rámci šetřené veřejné zakázky nevznikla až na základě požadavku geologické služby, jak tvrdí zadavatel. Z PTK i původně zamýšlené veřejné zakázky dle navrhovatele plyne, že zadavatel měl od počátku jasné povědomí o rozsahu potřebných geologických průzkumů.
65. Rozdělení původně zamýšlené veřejné zakázky na dvě části nepovažuje navrhovatel za porušení zákona, když však upozorňuje, že tyto části posuzuje zadavatel z hlediska druhu zakázek a volby režimu jejich zadání izolovaně bez zohlednění dalších zcela jasně provázaných částí plnění.
66. Navrhovatel rovněž zpochybňuje důvody rozdělení geologických průzkumů do dvou zakázek. Dle něj toto rozdělení (nelogické) nemůže mít vliv na určení režimu zadávání. Nadto dle navrhovatele rozdělení geologických služeb/provedení geologického průzkumu na část manipulační a část ryze vyhodnocovací/projekční je v praxi zcela neobvyklé a nedává žádný smysl (v praxi je naopak běžné rozdělení na část projekční a část realizační, nicméně část realizační zahrnuje veškeré intelektuální/vyhodnocovací i fyzické práce). Dále dle navrhovatele neobstojí argument zadavatele, že tento krok byl vyvolán potřebou nezávislé kontroly, když je zřejmé, že za provádění geologických průzkumů v rámci šetřené veřejné zakázky je odpovědný poskytovatel geologické služby, neboť tyto mají být prováděny dle jeho pokynů. Z vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 navíc dle navrhovatele vyplývá, že zadavatel nevyloučil, že veřejnou zakázku může získat i poskytovatel geologické služby.
67. Navrhovatel tedy trvá na tom, že postup zadavatele nese veškeré znaky nedovoleného a umělého dělení jedné veřejné zakázky za účelem obejití povinnosti postupovat v zadávacím řízení.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

68. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o veřejné zakázce a stanovisek předložených účastníky správního řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl, že zadavatel nepostupoval při zadávání veřejné zakázky v souladu se zákonem. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

69. Podle § 2 odst. 3 zákona je zadavatel povinen zadat veřejnou zakázku v zadávacím řízení, není-li dále stanoveno jinak. Tato povinnost se považuje za splněnou, pokud je veřejná zakázka zadána na základě rámcové dohody postupem podle části šesté hlavy II zákona, v dynamickém nákupním systému podle části šesté hlavy III zákona nebo pořizována od centrálního zadavatele nebo jeho prostřednictvím podle § 9 zákona.
70. Podle ustanovení § 3 zákona se zadávacím řízením pro účely zákona rozumí
 - a) zjednodušené podlimitní řízení (§ 53 zákona),

- b) otevřené řízení (§ 56 zákona),
 - c) užší řízení (§ 58 zákona),
 - d) jednací řízení s uveřejněním (§ 60 zákona),
 - e) jednací řízení bez uveřejnění (§ 63 zákona),
 - f) řízení se soutěžním dialogem (§ 68 zákona),
 - g) řízení o inovačním partnerství (§ 70 zákona),
 - h) koncesní řízení (§ 180 zákona), nebo
 - i) řízení pro zadání veřejné zakázky ve zjednodušeném režimu (§ 129 zákona).
71. Podle § 15 odst. 1 zákona veřejné zakázky, které v sobě zahrnují více druhů veřejných zakázek, se zadávají v souladu s pravidly platnými pro druh veřejné zakázky odpovídající hlavnímu předmětu veřejné zakázky.
72. Podle § 15 odst. 2 zákona obsahují-li veřejné zakázky dodávky i služby a nejedná se o veřejnou zakázku na stavební práce, určí se hlavní předmět podle části předmětu veřejné zakázky s vyšší předpokládanou hodnotou.
73. Podle § 15 odst. 3 zákona v ostatních případech se hlavní předmět určí podle základního účelu veřejné zakázky.
74. Podle § 25 zákona je nadlimitní veřejnou zakázkou veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna nebo přesahuje finanční limit stanovený nařízením vlády zapracovávajícím příslušné předpisy Evropské unie⁴. Nadlimitní veřejnou zakázku zadává zadavatel v nadlimitním režimu podle části čtvrté zákona, pokud není zadávána podle části páté až sedmé zákona, nebo u ní zadavatel neuplatnil výjimku z povinnosti zadat ji v zadávacím řízení.
75. Podle § 26 odst. 1 zákona je podlimitní veřejnou zakázkou veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje limitu podle § 25 zákona a přesahuje hodnoty stanovené v § 27 zákona.
76. Podle § 151 odst. 1 zákona je sektorovou veřejnou zakázkou veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.
77. Podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.

⁴ Dle nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek (dále jen „nařízení vlády č. 172/2016 Sb.“), činí finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na služby v případě sektorové veřejné zakázky 11 247 000 Kč (§ 3 odst. 2) a finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce 140 448 000 Kč (§ 4).

78. Podle § 158 odst. 1 zákona není zadavatel povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25 zákona.
79. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky, nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen "stěžovatel"). Námitky nelze podat proti postupu zadavatele při zadávání veřejné zakázky malého rozsahu, koncese malého rozsahu podle § 178 zákona nebo sektorové veřejné zakázky podle § 158 odst. 1 zákona; to neplatí v případech, kdy zadavatel nebo jiná osoba zahájí zadávací řízení podle § 4 odst. 4 nebo 5 zákona.
80. Podle § 241 odst. 2 písm. c) zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
81. Podle § 242 odst. 1 zákona není-li dále uvedeno jinak, musí být námitky doručeny zadavateli do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem; námitky nelze podat po uzavření smlouvy nebo poté, co se soutěž o návrh považuje po výběru návrhu za ukončenou.
82. Podle § 244 odst. 1 věty první zákona v námitkách musí být uvedeno, kdo je podává, v čem je spatřováno porušení tohoto zákona zadavatelem a čeho se stěžovatel domáhá.
83. Podle § 244 odst. 2 zákona platí, že pokud nejde o námitky, na které se vztahují lhůty podle § 242 odst. 2 až 5 a 7 zákona, musí být také uvedeno, kdy se stěžovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl.
84. Podle § 244 odst. 3 zákona v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 zákona musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
85. Podle § 245 odst. 1 zákona zadavatel do 15 dnů od doručení námitek odešle rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí o odmítnutí námitek musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Dojde-li k odmítnutí námitek podle § 245 odst. 3 zákona, postačí odůvodnění ve vztahu ke splnění podmínek pro jejich odmítnutí. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.
86. Podle § 245 odst. 2 zákona platí, že pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námitky rozhodnutím odmítne. Za odmítnutí se považuje i částečné vyhovění námitkám nebo provedení jiného opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel v námitkách domáhal. Provede-li zadavatel jiné opatření k nápravě, než kterého se stěžovatel domáhá, je stěžovatel oprávněn podat nové námitky i proti takovému opatření k nápravě.
87. Podle § 245 odst. 4 zákona, pokud zadavatel námitky odmítne, poučí stěžovatele v rozhodnutí o námitkách o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.

88. Dle § 263 odst. 7 zákona Úřad zadavateli zakáže pokračovat v návrhem napadeném postupu, pokud v řízení o návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, zjistí, že postup zadavatele je v rozporu s tímto zákonem nebo jej obchází.
89. Dle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou

90. Dle čl. 4.1 „Účel veřejné zakázky“ výzvy k podání nabídky *„[z]ákladním účelem je fyzická realizace vrtů, díky kterým budou zajištěny dostatečné podklady pro projektové práce, které budou respektovat požadavky ČSN P 73 1005 Inženýrskogeologický průzkum a další relevantní zákonné a podzákoné normy v oblasti geologie a hornictví a zkušebnictví, pro rozhodnutí o způsobu ražby Krušnohorského tunelu (mechanizované nebo konvenční metody) a pro návrh dalšího průzkumu včetně případné průzkumné štoly.“*
91. Dle čl. 4.2 „Předmět plnění veřejné zakázky“ výzvy k podání nabídky *„[p]ředmětem veřejné zakázky je realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů podle projektu geologických prací (příp. jejich likvidace), inženýrsko-geologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek a měření, geomechanických zkoušek hornin a zemin a chemických rozborů vod pod vedením a dle pokynů geologické služby (řešitele geologických prací). Činnosti geologické služby (odpovědného řešitele) budou provedeny třetí stranou. Terénní práce budou zahrnovat mimo jiné přípravné práce, realizaci hlubinných vrtů v oblasti Krušnohorského tunelu a dále mělkých vrtů po trase navrhované VRT v úseku portál Krušnohorského tunelu – státní hranice CZ/SRN a rekultivaci dotčených pozemků, měření v průběhu vrtných prací, geodetické zaměření, vystrojení vrtů, likvidaci vrtů, manipulaci se vzorkovnicemi, transport vzorkovnic, dočasný sklad vrtných jader, odběr vzorků z vrtu, doprava vzorků k laboratorním zkouškám a provedení laboratorních zkoušek dle projektu geologických prací. Terénní zkoušky budou zahrnovat geomechanické a geotechnické zkoušky zemin/hornin, hydrogeologické zkoušky, odběry vody a analýzy vody a geofyzikální měření ve vrtech – karotáž.“*
92. V čl. 4.3 „Klasifikace předmětu veřejné zakázky“ výzvy k podání nabídky zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně:
- „CPV kód 44512000-1 Průzkum pomocí vrtů*
CPV kód 45120000-4 Průzkumné a vrtné práce
CPV kód 45111250-5 Geologický průzkum stavenišť
CPV kód 71351730-9 Geologický průzkum“.
93. V čl. 5.3 výzvy k podání nabídky zadavatel uvedl, že *„nesděluje výši předpokládané hodnoty veřejné zakázky“.*
94. Dle čl. 6.1 výzvy k podání nabídky obsahuje zadávací dokumentace dokumenty: Díl 1 Výzva k podání nabídky, Díl 2 Závazný vzor smlouvy o dílo včetně příloh, Díl 3 Projektová dokumentace stavby.
95. Z čl. 9.3 „Pododavatelské omezení“ výzvy k podání nabídky vyplývá, že zadavatel považuje za *„významné činnosti při plnění veřejné zakázky“*, jež musí být plněny přímo vybraným

dodavatelem vlastními prostředky, „vrtání a odkryvné práce (skupina položek 1.1 a 1.2 dle Soupisu prací)“, přičemž „uvedené vyhrazené části plnění veřejné zakázky představují svou finanční hodnotou celkem cca 32 % z předmětu plnění veřejné zakázky“.

96. Dle „Vysvětlení zadávací dokumentace – Dodatečné informace č. 1“ uveřejněné na profilu zadavatele dne 10. 7. 2023 provedl zadavatel úpravu čl. 9.3 „Poddodavatelské omezení“ výzvy k podání nabídky, a to tak, že „nahrazuje chybu v psaní“, když nově uvádí, že „uvedené vyhrazené části plnění veřejné zakázky představují svou finanční hodnotou celkem cca 51 % z předmětu plnění veřejné zakázky“.
97. Ve „Vysvětlení zadávací dokumentace – Dodatečné informace č. 7“ uveřejněné na profilu zadavatele dne 31. 7. 2023 zadavatel k dotazu, zda je „poskytovatel geologické služby, popř. kterýkoliv s ním propojený subjekt, předem diskvalifikován z účasti v zadávacím řízení na tuto veřejnou zakázku?“ uvedl, že „s ohledem na platnou právní úpravu nelze hovořit o tom, že by některý subjekt byl předem diskvalifikován“.
98. Ze Soupisu prací, jež tvoří přílohu č. 4 smlouvy o dílo na zhotovení stavby, který měli uchazeči o veřejnou zakázku předložit ve svých nabídkách, vyplývá, že předmětem veřejné zakázky jsou:
1. Vrtání a odkryvné práce (1.1-vrtné práce, 1.2-související práce, 1.3-odběr vzorků)
 2. Polní zkoušky
 3. Geofyzikální práce
 4. Laboratorní práce – mechanika zemin, Laboratorní práce – mechanika hornin
 5. Geodetické práce
 6. Hydrogeologické práce
 7. Ostatní.
99. Dle 1.1 „Účel a rozsah předmětu Díla“ Zvláštních technických podmínek, jež tvoří přílohu č. 2c smlouvy o dílo na zhotovení stavby (dále jen „zvláštní technické podmínky“), je předmětem díla zhotovení stavby postupem definovaným dle „projektových dokumentací:
- *Projekt hydrogeologických prací, zhotovitel Sdružení „Krutul – A – C – M RS4 Činnost geologické služby“ (AZ GEO, s.r.o., Chitussiho 1186/40, 710 00 Ostrava, IČO: 25358944 + CAD-ECO a.s., Svätoplukova 28, 821 08 Bratislava, Slovenská republika, IČO: 36787957 + Mott MacDonald CZ, spol. s r.o., Národní 984/15, 110 00 Praha 1, IČO: 48588733), verze 03/2023.*
 - *Projekt geologických prací, zhotovitel Sdružení „Krutul – A – C – M RS4 Činnost geologické služby“ (AZ GEO, s.r.o., Chitussiho 1186/40, 710 00 Ostrava, IČO: 25358944 + CAD-ECO a.s., Svätoplukova 28, 821 08 6/43 „RS4 úsek Ústí nad Labem – státní hranice CZ/SRN“; realizace geologických technických prací Díl 1 – VÝZVA K PODÁNÍ NABÍDKY Bratislava, Slovenská republika, IČO: 36787957 + Mott MacDonald CZ, spol. s r.o., Národní 984/15, 110 00 Praha 1, IČO: 48588733), včetně příloh.“*
100. Dle 4.1 „Všeobecně“ zvláštních technických podmínek jsou součástí veřejné zakázky „technické práce pro předběžný geologický průzkum“, přičemž zhotovitel bude provádět veškeré realizační práce dle uvedených projektových dokumentací a realizační dokumentace stavby pod vedením a na základě pokynů geologické služby (řešitele geologických prací).

„Činnosti geologické služby nejsou předmětem této smlouvy, přičemž činnost geologické služby bude provedena třetí stranou, která následně provede celkové vyhodnocení geologických prací. Technické práce budou zahrnovat geologický průzkum pro Krušnohorský tunel (inženýrsko-geologický průzkum) a samostatný hydrogeologický průzkum (...).“

101. Dle „Rozhodnutí a oznámení zadavatele o výběru dodavatele“ ze dne 29. 8. 2023 obdržel zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek celkem 2 nabídky, a to od společnosti „Společnost SGG GEOVRTY Krušnohorský tunel“ (tj. dodavatele SG Geotechnika a.s.⁵ a dodavatele GEOVRTY – DRILLROCK s.r.o.⁶) a od společnosti „INSET-TENENKO-PRUY 2023“ (tj. dodavatele INSET s.r.o.⁷, dodavatele Vrty Tenenko s.r.o.⁸ a dodavatele PRUY KG Gesteins-, Bohr- und Umwelttechnik⁹). Zadavatel rozhodl o výběru nabídky dodavatele „Společnost SGG GEOVRTY Krušnohorský tunel“.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace pořízené v souvislosti s veřejnou zakázkou týkající se způsobu vyřízení námitek navrhovatele

102. V námitkách doručených zadavateli dne 2. 8. 2023 uvedl navrhovatel následující.
103. Dle navrhovatele je veřejná zakázka zadávána postupem mimo režim zákona „neoprávněně, neboť zadavatel si vyhodnotil klíčové aspekty pro posouzení hodnoty i druhu veřejné zakázky dle našeho názoru nesprávně“, když „hlavním účelem veřejné zakázky je provedení vysoce odborných a náročných inženýrských služeb zejména geotechnického, hydrogeologického a geofyzikálního charakteru, nikoliv provedení stavebních prací, tedy zejména samotných vrtů – vrty pouze umožňují, resp. provádějí se pouze pro naplnění hlavního účelu zakázky, který je ověření geologických a jiných poměrů v lokalitě (není tomu tedy naopak, služby se neposkytují proto, aby mohly být provedeny vrty)“. Dle navrhovatele tak „zadavatel měl veřejnou zakázku vyhodnotit jako veřejnou zakázku za služby, a to nadlimitní a měl ji zadávat v zadávacím řízení“.
104. Navrhovatel dále uvedl, že v důsledku postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, mu hrozí „vznik podstatné újmy spočívající jednak v tom, že naše společnost byla zkrácena na svých procesních a jiných právech garantovaných ZZVZ, resp. stanovených pro zadávání veřejných zakázek v nadlimitním režimu (...), což se týká zejména reálného zkrácení zákonných lhůt pro přípravu a podání nabídek, uveřejňovacích povinností zadavatele zejména ve Věstníku veřejných zakázek i TED a rovněž také možnosti namítat a efektivně brojit proti zadavatelem stanoveným diskriminačním a nepřiměřeným zadávacím podmínkám, které nedůvodně vytváří překážky hospodářské soutěže a v konečném důsledku významným způsobem omezují resp. zcela znemožňují účast stěžovatele v soutěži o veřejnou zakázku, čímž je stěžovateli znemožněno veřejnou zakázku získat a realizovat na ní přiměřený zisk“.
105. Jak dále uvedl navrhovatel, „o porušení zákona ze strany zadavatele, tedy o tom, že zadavatel pravděpodobně zadává veřejnou zakázku mimo zadávací řízení podle ZZVZ neoprávněně, se stěžovatel dozvěděl nejdříve dne 20. 7. 2023, kdy se v potřebném detailu seznámil

⁵ IČO 41192168, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5

⁶ IČO 44303599, se sídlem Bystrická 901, 966 81 Žarovnica, Slovensko

⁷ IČO 03579727, se sídlem Lucemburská 1170/7, 130 00 Praha 3

⁸ IČO 06705987, se sídlem Skalice u České Lípy 453, 471 17 Skalice u České Lípy

⁹ IČO DE141040366, se sídlem Hauptstrasse 38, 08304 Schönheide, Německo

se zadávacími podmínkami. Podezření stěžovatele na nezákonný postup zadavatele postupně narůstalo s ohledem na uveřejňovaná vysvětlení zadávací dokumentace vznášející do plnění veřejné zakázky a prolínání plnění s činností »geologické služby« další a další otázky (toto se týká zejména vysvětlení ZD č. 4 a 6), a toto podezření kulminovalo dne 31. 7. 2023, kdy zadavatel uveřejnil vysvětlení ZD č. 7, v rámci kterého nebyl schopen rozumně a přesvědčivě odpovědět na konkrétní a současně korektní dotazy stěžovatele formulované mj. právě k otázce správného posouzení druhu a tedy i režimu veřejné zakázky.“

106. S odkazem na uvedené navrhovatel požadoval, aby „zadavatel přijal nápravné opatření spočívající ve zrušení »výběrového« řízení na zadání veřejné zakázky, a následně za účelem zadávání veřejné zakázky zahájil regulérní zadávací řízení dle ZZVZ“.
107. Navrhovatel pak uvedl, že „nad rámec výše uvedeného stěžovatel dále poukazuje na zcela nepřiměřenou a diskriminační podmínku (...), kdy zadavatel za účelem prokázání technické kvalifikace dodavatele stanovil požadavek na předložení seznamu stavebních prací a/nebo služeb spočívajících v provedení geologických technických prací, poskytnutých dodavatelem za posledních 10 let před zahájením výběrového řízení, přičemž požadované referenční zakázky, ať již spočívaly v provedení stavebních prací či případně služeb, zadavatel pro účely stanovení požadavků na technickou kvalifikaci jednotně označuje jako »stavební práce“.
108. Ve vyjádření zadavatele k námitkám navrhovatele doručeném navrhovateli dne 17. 8. 2023 uvedl zadavatel následující.
109. Zadavatel uvedl, že „přezkoumal podání dodavatele a po pečlivém zvážení všech skutečností dospěl k závěru, že podání nelze považovat za oprávněné a kvalifikované námitky ve smyslu § 241 ZZVZ“.
110. Zadavatel dále uvedl, že před koncem lhůty pro podání nabídek obdržel několik žádostí o objasnění zadávací dokumentace, mj. i dotaz navrhovatele ze dne 27. 7. 2023, jehož součástí bylo „uvedení toho, že předmětem Veřejné zakázky dle něj nejsou stavební práce. Současně Dodavatel v tomto uvádí tvrzenou nepřiměřenost kvalifikačních požadavků stanovených Zadavatelem. Již z této žádosti o objasnění je zřejmé, že Dodavatel má obtíže se splněním požadavků technické kvalifikace, což následně doložila i skutečnost, že nabídku ve výběrovém řízení nepodal. Dodavatelem tvrzený, avšak nijak neprokázaný nezákonný postup Zadavatele v podlimitním režimu tak představuje evidentně pouze zástupné a účelové hledisko či prostředek proti primárnímu důvodu Podání, kterým je absence technické kvalifikace u Dodavatele, tedy nezpůsobilost Dodavatele realizovat předmět Veřejné zakázky. Podání směřující proti postupu mimo zadávací řízení tedy představuje zastřené právní jednání. Je proto nezbytné přihlížet ke skutečnému důvodu postupu Dodavatele, nikoli k jeho účelovému a formálnímu vyjádření v Podání. Dodavatele nelze považovat za způsobilého účastníka pro plnění předmětu Veřejné zakázky.“
111. Zadavatel shrnul, že „proto nemůže obdržené Podání považovat za podání mající obsah námitek ve smyslu § 241 ZZVZ. To především s ohledem na skutečnost, že Veřejná zakázka je zadávána jako podlimitní sektorová zakázka na stavební práce, proti které nejsou námitky přípustné. I přes účelový a obstrukční charakter Podání se pro úplnost k tomuto Zadavatel vyjádří níže rovněž věcně.“

112. Rovněž zadavatel uvedl, že „pokud Dodavatel považoval postup Zadavatele za nezákonný, měl proti němu brojit nejpozději 25. 7. 2023. Ostatně v tomto datu již i dle svých slov věděl v nezbytném detailu o postupu Zadavatele. Podání adresované po 25. 7. 2023 je nutno považovat za opožděné.“
113. Dle zadavatele „základní účel veřejné zakázky představují stavební práce, nikoliv související služby, které je však efektivní poptávat přímo po zhotoviteli stavebních prací. Bez provedení stavebních prací (vrtů) by některé činnosti nebylo možné využít.“, k čemuž předložil argumentaci týkající se rozsahu a náročnosti stavebních prací, a rovněž významu a využitelnosti vrtů realizovaných v rámci předmětné veřejné zakázky.
114. Zadavatel tak uzavřel, že námitky nelze považovat „za námitky ve smyslu § 241 a následující ZZVZ, neboť jde o podání dodavatele zjevně nezpůsobilého plnit předmět veřejné zakázky; jehož účelem je výhradně napadnout podmínky technické kvalifikace, což u podlimitní sektorové veřejné zakázky není přípustné; jde o podání, které je z hlediska sledovaného účelu zjevně opožděné. Zadavatel tedy s ohledem na uvedené odmítá argumentaci Dodavatele (...).“
115. Poučení o možnosti podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a o povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli, zadavatel součástí vyjádření k námitkám navrhovatele neučinil.

K procesní otázce – k zadavatelem tvrzenému nesplnění náležitostí pro podání návrhu

116. Úřad k argumentaci zadavatele obsažené v jeho vyjádření k návrhu, jíž zpochybnil to, zda byly splněny náležitosti dle zákona pro podání návrhu, když stejnopis návrhu obdržel zadavatel z datové schránky právního zástupce navrhovatele, avšak bez příloh (tj. bez plné moci pro ověření, zda byl návrh podán oprávněnou osobou, a dokladu o složení kauce pro ověření splnění náležitostí návrhu), podotýká následující.
117. Z ustanovení § 251 odst. 2 zákona vyplývá povinnost navrhovatele doručit zadavateli stejnopis návrhu, nikoliv i přílohy návrhu. Účelem doručení stejnopisu návrhu zadavateli je informovat zadavatele o skutečnosti, že návrh byl podán, tzn. že bylo zahájeno správní řízení. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 2/2013-46 ze dne 24. 4. 2014, kde se Nejvyšší správní soud zabýval účelem povinnosti zaslat zadavateli stejnopis návrhu, k čemuž uvedl, že „(...) se jedná o nadstandardní povinnost vyplývající z využití možnosti směrnice Rady 89/665/EHS o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se přezkumného řízení při zadávání veřejných zakázek na dodávky a stavební práce. Smyslem tohoto ustanovení je primárně informovat zadavatele o záměru dodavatele podat návrh na přezkoumání jeho úkonů a o jeho obsahu. (...) Zatímco doručení návrhu Úřadu je úkonem způsobilým zahájit správní řízení, doručení stejnopisu návrhu zadavateli má za účel jej bezprostředně informovat o podání návrhu a jeho obsahu.“ Úřad uvádí, že předmětný rozsudek lze v dané věci aplikovat, i přestože se vztahuje k již neúčinné právní úpravě, neboť povinnost doručení stejnopisu návrhu, resp. smysl a účel tohoto institutu, nebyl zákonem nijak dotčen. Z citovaného rozsudku je zřejmé, že účelem zaslání stejnopisu návrhu zadavateli je informování zadavatele o tom, že došlo k podání návrhu. Účelem této povinnosti tudíž není, aby zadavatel kontroloval náležitosti podaného návrhu (např. zadavatelem zmíněný doklad o složení kauce) a suploval tím činnost Úřadu. Pokud má zadavatel pochybnosti, resp. chce si ověřit, zda byl návrh podán v souladu se zákonem, má možnost tak učinit a s návrhem a jeho případnými přílohami se seznámit prostřednictvím nahlížení do spisu

dle § 38 správního řádu. Vzhledem k výše uvedenému má Úřad za to, že navrhovatel splnil svoji povinnost, když zadavateli doručil stejnopis návrhu v zákonné lhůtě 10 dnů, a v souladu se zákonem tak informoval zadavatele o podání návrhu.

118. Byť byl stejnopis návrhu zaslán zadavateli z datové schránky právního zástupce navrhovatele, aniž by přílohou stejnopisu byla i plná moc, z níž by vyplývalo, že právní zástupce je oprávněn jménem navrhovatele návrh podat (když by v takové situaci mohlo být vhodné, aby přílohou stejnopisu návrhu plná moc byla), má Úřad za to, že i bez této plné moci byl obsahem stejnopisu návrhu doručeného zadavateli jednoznačný a zřetelný projev vůle navrhovatele zahájit řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve smyslu § 249 zákona. Úřad připomíná, že v souladu s § 37 odst. 1 správního řádu je nutné podání posuzovat podle jeho skutečného obsahu. I když tedy doručení stejnopisu návrhu nikoliv navrhovatelem, ale právním zástupcem bez současného doručení jeho zmocnění pro provedení takového úkonu, mohlo vzbudit v zadavateli určitou pochybnost o jeho podání aktivně legitimovanou osobou, bylo zároveň z obsahu tohoto podání zřejmé, že se týká osoby navrhovatele, který dříve směřoval vůči zadavateli v dané veřejné zakázce své námitky, jimž zadavatel nevyhověl, a tedy podání návrhu navrhovatelem muselo být pro zadavatele očekávatelným a logickým krokem vůči zadavateli. Navrhovatel pak následně v logické návaznosti na podané námitky a jejich nevyhovění zadavatelem vůči Úřadu učinil předmětné podání, v němž uvedl, že je zasílá na vědomí i zadavateli, a v němž byla jako příloha zmíněna plná moc. Z obsahu tohoto podání popisujícího veškeré relevantní okolnosti týkající se předchozích podání navrhovatele vůči zadavateli tak být muselo zjevné i z pohledu zadavatele, že navrhovatel se v návaznosti na konkrétní dříve podané námitky rozhodl bránit svá tvrzená práva podáním návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dle § 249 a násl. zákona, a to prostřednictvím právního zástupce.
119. Úřad tak nezískal pochybnost o tom, že by nebyly splněny náležitosti pro podání návrhu, a proto přistoupil k posouzení návrhem napadených skutečností.

Ke způsobu vypořádání námitek

120. Vzhledem k tomu, že navrhovatel v rámci podaného návrhu nejprve brojí proti způsobu vyřízení jím podaných námitek, když má za to, že vyjádření zadavatele k námitkám nelze považovat za řádné vyřízení námitek, zabýval se Úřad nejprve otázkou, zda předmětné vyjádření zadavatele dostojí požadavkům dle § 245 zákona upravujícím způsob vyřízení námitek.
121. Jak již bylo uvedeno, z dokumentace týkající se předmětné veřejné zakázky plyne, že navrhovatel před podáním návrhu uplatnil u zadavatele dne 2. 8. 2023 námitky, kterými zpochybnil oprávněnost zadavatele zadat veřejnou zakázku s odkazem na výjimku dle § 158 odst. 1 zákona mimo režim zákona. V rámci těchto námitek nad rámec uvedeného argumentoval navrhovatel i dle jeho názoru nepřiměřenými kvalifikačními požadavky zadavatele. Současně navrhovatel označil újmu, která mu zadáním dané veřejné zakázky hrozí, a rovněž uvedl, přijetí jakého nápravné opatření po zadavateli požaduje. Navrhovatel taktéž v námitkách uvedl, kdy se o jím namítaném porušení zákona dozvěděl.
122. Zadavatel doručil navrhovateli dne 17. 8. 2023 vyjádření zadavatele k podání navrhovatele, v němž uvedl, že dle jeho názoru (1) nejde o řádné námitky ve smyslu § 241 zákona, neboť byly

podány dodavatelem zjevně nezpůsobilým splnit technickou kvalifikaci a následně plnit veřejnou zakázku, tj. jde o zastřené právní jednání, a dále (2) byly podány opožděně.

K charakteru námitek

123. Zadavatel tedy považuje námítky navrhovatele za „zastřené právní jednání“, když tvrdí, že jejich skutečným účelem bylo dosáhnout změny zadavatelem požadované technické kvalifikace, kterou navrhovatel nemůže splnit.
124. Úřad v obecné rovině uvádí, že námítky jsou institutem, který představuje primární ochranu dodavatelů před nezákonným postupem zadavatele a jejich podání je jednou z podmínek pro následné podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu.
125. Předpokladem pro podání námítky je hrozba nebo vznik újmy na straně dodavatele či účastníka zadávacího řízení, přičemž námítky lze podat proti všem úkonům zadavatele či proti jeho opomenutím, proti volbě zadávacího řízení, a dále proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem. Zákon vymezuje, že proti postupům v zadávacím řízení může podat námitku pouze účastník zadávacího řízení, v ostatních případech (tj. i v případě námítky proti postupu směřujícímu k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení) může námitku podat kterýkoliv dodavatel, jemuž vznikla či hrozí újma.
126. Úřad obecně uvádí, že podmínka aktivní legitimace k podání námitek spočívá v tom, že stěžovatel musí být dodavatelem ve smyslu § 5 zákona (tj. osobou, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací) a současně mu postupem zadavatele hrozí či vznikla újma. Z hlediska konkrétní veřejné zakázky je dodavatelem právě takový subjekt, který dodává zboží, službu nebo stavební práce, o něž má zadavatel zájem a za účelem uspokojení tohoto zájmu vypsání zadávacího řízení.¹⁰ Ohledně podmínky hrozící či vzniklé újmy pak platí, že pojem „újma“ je třeba obsahově vykládat v širším významu než pojem „škoda“. Možnou újmu tak lze dovodit u dodavatele, který v námítkách uvede obecně následky, které mu postupem zadavatele vznikly či hrozí, tj. prokáže újmu spočívající ve ztrátě alespoň teoretické možnosti danou veřejnou zakázku získat. Postačí tedy, pokud nelze vyloučit, že by stěžovatel mohl být schopen předmět veřejné zakázky realizovat a postupem zadavatele pozbyl možnost o danou veřejnou zakázku soutěžit.
127. Jak vyplývá z veřejných zdrojů¹¹, předmětem podnikání navrhovatele je výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách č. 1 až 3 živnostenského zákona, projektová činnost ve výstavbě, provádění staveb, jejich změn a odstraňování, geologické práce, výkon zeměměřických činností. Navrhovatel se na svých webových stránkách¹² prezentuje jako dodavatel, který provádí projekční práce (zpracování kompletních projektových dokumentací vč. zajištění průzkumů, geodetického zaměření, stavebně-technického průzkumu, biologického a dendrologického průzkumu aj.), a který se v nabídce stavebních prací zaměřuje zejména na práce geotechnické. Vzhledem ke skutečnosti, že navrhovatelem nabízené činnosti a práce lze považovat za věcně odpovídající zadavatelem poptávanému předmětu

¹⁰ viz rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0333/2021/VZ, č. j. ÚOHS-05216/2022/500, ze dne 10. 2. 2022

¹¹ viz <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=1038551&typ=PLATNY>

¹² viz <https://www.gecons.cz/>

plnění v rámci šetřené veřejné zakázky, má Úřad za to, že navrhovatele lze považovat za dodavatele dle § 5 zákona.

128. Úřad nepochybně tvrdí, že navrhovatel může mít potíže se splněním zadavatelem požadované technické kvalifikace, nicméně Úřad nepovažuje případnou absenci dostatečné technické kvalifikace pro posouzení aktivní legitimace navrhovatele pro podání námitek za klíčovou. Na tomto místě Úřad zdůrazňuje, že aktivní legitimaci k podání námitek nelze vykládat extenzivně a nepřiměřeně tak omezovat možnost přezkumného řízení před Úřadem¹³, když v daném případě je dle názoru Úřadu nutno zohlednit i to, že předmět veřejné zakázky je značně specifický a technicky i finančně rozsáhlý, v důsledku čehož mohou dodavatelé přistupovat k podání nabídek v rámci poddodavatelského systému či formou sdružení do společností. Úřad je tak přesvědčen, že i pokud by navrhovatel sám nemohl požadovanou technickou kvalifikaci disponovat, mohl by se vzhledem k předmětu své činnosti účastnit soutěže o dotčenou veřejnou zakázku, byť např. ve spolupráci s jinými dodavateli. Úřad má tedy za to, že navrhovateli v daném případě mohla postupem zadavatele hrozit újma spočívající ve ztrátě alespoň teoretické možnosti danou veřejnou zakázku získat, kteroužto navrhovatel ve svých námitkách vyjádřil.
129. Úřad tak navrhovatele považuje za aktivně legitimovaného k podání námitek.
130. Z navrhovatelem podaných námitek (z jejich označení i z jejich textace) přitom vyplývá, že navrhovatel jimi brojil primárně proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, tj. šlo o námitky ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona, a že ve vztahu k tomuto namítanému pochybení zadavatele předložil rozsáhlou věcnou argumentaci, na jejímž základě tento postup zadavatele zpochybnil.
131. Být pak navrhovatel předložil v rámci námitek i další argumentaci týkající se zadavatelem požadované technické kvalifikace, je zřejmé, že tento okruh námitek uvedl „nad rámec“ námitek proti postupu mimo zadávací řízení (když jej tak výslovně uvozuje), přičemž ve vztahu k technické kvalifikaci se po zadavateli nedomáhal žádných změn či úprav.
132. Dle názoru Úřadu tak není dán žádný relevantní důvod, na jehož základě by měly být navrhovatelem podané námitky proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení považovány za zastřené právní, resp. že by mělo být dovozeno, že navrhovatel ve skutečnosti zadání dotčené veřejné zakázky bez provedení řádného zadávacího řízení předmětnými námitkami nenapadal.
133. Na základě uvedeného tedy dle názoru Úřadu není dán důvod proto, aby zadavatel mohl pohlížet na dané námitky jako na podání, které „nelze považovat za oprávněné a kvalifikované námitky ve smyslu § 241 zákona“, jež má „zjevně účelový a obstrukční charakter“, když dle Úřadu jde o řádné námitky ve smyslu § 241 odst. 2 písm. c) zákona, v jejichž případě měl zadavatel přistoupit k jejich vyřízení v souladu s § 245 zákona.

K včasnosti námitek

134. Zadavatel nadto považuje námitky navrhovatele za „opožděné“, když tvrdí, že měly být podány nejpozději dne 25. 7. 2023 (tj. ve lhůtě 15 dnů ode dne uveřejnění výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele, což je dle zadavatele okamžik, kdy se navrhovatel dozvěděl

¹³ viz rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0006/2023/VZ, č. j. ÚOHS-07653/2023/163, ze dne 1. 3. 2023

o domnělém porušení zákona), avšak podány byly až dne 2. 8. 2023 s odůvodněním, že se navrhovatel o porušení zákona dozvěděl nejdříve dne 20. 7. 2023, kdy se v potřebném detailu seznámil se zadávacími podmínkami.

135. Úřad obecně uvádí, že lhůty pro podání námitek upravuje § 242 zákona. Ve vztahu k § 241 odst. 2 písm. c) zákona, jenž upravuje námitky proti postupu zadavatele, který směřuje proti zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu se zákonem, neobsahuje zákon žádné speciální ustanovení pro uplatnění námitek, tzn. takové námitky musí být podány ve lhůtě dle § 242 zákona. Ustanovení § 242 odst. 1 zákona přitom stanoví obecnou lhůtu pro podání námitek, a to tak, že námitky musí být zadavateli doručeny do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení zákona zadavatelem. Zároveň je dle § 244 odst. 2 zákona v takovém případě povinností stěžovatele uvést, kdy se o namítaném porušení zákona ze strany zadavatele dozvěděl.
136. V daném případě je tedy nutné posoudit, jaký konkrétní okamžik má být považován za určující pro počátek běhu lhůty pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 1 zákona, aby tak bylo možno určit, zda byly námitky podány včas.
137. Je zřejmé, že lhůta pro podání námitek dle § 242 odst. 1 zákona má subjektivní charakter, když počátek jejího běhu je závislý na zákonem blíže nedefinovaném okamžiku, kdy se stěžovatel o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl, tj. na individuálních okolnostech spojených s konkrétním subjektem právního vztahu, nikoliv na pevně a jednotně stanoveném okamžiku provedení konkrétně určeného úkonu, jako je tomu v případě námitek dle § 242 odst. 2 až 5 zákona. Lze dovodit, že zákon právě z tohoto důvodu v případě námitek dle § 242 odst. 1 zákona požaduje v § 242 odst. 2 jako náležitost námitek konkretizovat okamžik, kdy se stěžovatel o namítaném porušení zákona dozvěděl.
138. Z § 619 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, lze obecně dovodit, že počátek běhu subjektivní lhůty se odvozuje od okamžiku, kdy právo mohlo být uplatněno poprvé, tj. kdy oprávněný subjekt pojme vědomost o okolnostech relevantních pro běh lhůty, resp. se o těchto okolnostech dozvědět měl a mohl. Současně platí, že počátek běhu subjektivní lhůty musí být určitým způsobem objektivizován, aby tak nemohlo dojít k nelimitované svévoli pro určení okamžiku počátku běhu lhůty, když jediná smysluplná „objektivizace“ začátku běhu subjektivní lhůty spočívá v určení okamžiku, kdy se relevantní informace o nezákonném postupu zadavatele skutečně dostala do povědomí dotčené osoby.
139. Úřad proto posuzoval, kdy se navrhovatel dozvěděl o namítaném porušení zákona, resp. kdy pojal vědomost o okolnostech relevantních pro běh lhůty pro podání námitek.
140. Jak bylo uvedeno výše, zadavatel uveřejnil dne 10. 7. 2023 na svém profilu zadavatele výzvu k podání nabídky, jejímž prostřednictvím blíže neurčenému okruhu dodavatelů oznámil, že hodlá zadat šetřenou veřejnou zakázku a že při jejím zadávání bude aplikovat výjimku dle § 158 odst. 1 zákona, tj. že nebude postupovat podle zákona. Tato výzva přitom neměla charakter adresné výzvy, tj. nebyla odeslána jednotlivým dodavatelům adresně, nýbrž byla pouze uveřejněna na profilu zadavatele. Vzhledem ke skutečnosti, že zadavatel postupoval mimo zadávací řízení, nepřistoupil k odeslání oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek.

141. Je tedy zřejmé, že úkon zveřejnění výzvy k podání nabídky na profilu zadavatele neměl rysy některého ze standardních úkonů, jimiž jsou typicky v předepsané formě a na předepsaných místech zahajována zadávací řízení ve smyslu zákona. Byť tak došlo ke zveřejnění výzvy k podání nabídky, záviselo plně na vlastní aktivitě dodavatelů, zda si profil zadavatele v daném okamžiku prohlédají a s dotčenou výzvou se seznámí.
142. Úřad podotýká, že uvedenému postupu obecně nelze u veřejných zakázek zadávaných mimo režim zákona ničeho vytknout, když zadavatel může v takovém případě zvolit způsob zahájení zadávání veřejné zakázky v podstatě libovolně.
143. Nicméně má Úřad za to, že v případě, kdy zadavatel postupuje při zveřejnění stěžejního dokumentu, který nese informaci o zadávání veřejné zakázky mimo režim zákona, zcela mimo formalizované a pro dodavatele očekávatelné postupy platné pro řádná zadávací řízení, a současně kdy je právě stěžovatelem oprávněný zadavatele postupovat při zadávání veřejné zakázky mimo režim zákona zpochybněno, nelze bez dalšího automaticky považovat okamžik zveřejnění informace o záměru zadat veřejnou zakázku za spouštějící běh lhůty pro podání námitek proti postupu zadavatele mimo zadávací řízení. V takovém případě je naopak dle názoru Úřadu nutné s ohledem na zásadu přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona při zadávání veřejných zakázek i s přihlédnutím ke konkrétním okolnostem považovat za okolnost relevantní pro počátek běhu lhůty nejen okamžik, kdy se do povědomí stěžovatele dostala informace, že zadavatel danou veřejnou zakázku hodlá zadat mimo režim zákona, ale rovněž okamžik, kdy stěžovatel mohl získat pochybnost, že je volba takového postupu nezákonná.
144. Navrhovatel v námitkách neuvedl, kdy výzvu k podání nabídek na profilu zadavatele našel a seznámil se s jejím obsahem, uvedl pouze, že se o porušení zákona dozvěděl dne 20. 7. 2023, k čemuž uvedl, že v tento den se „*v potřebné detailu seznámil se zadávacími podmínkami*“. Z námitek dále vyplývá, že na základě toho identifikoval prvotní pochybnost, že zadavatel nepostupuje správně, přičemž se v těchto pochybnostech dále v důsledku zveřejnění dalších vysvětlení zadávací dokumentace utvrdil. Navrhovatel je tak přesvědčen, že lhůta pro podání námitek začala běžet dne 20. 7. 2023.
145. Výzva k podání nabídky byla uveřejněna na profilu zadavatele dne 10. 7. 2023, a tedy od tohoto dne bylo teoreticky možné, aby se dodavatelé o záměru zadavatele zadat veřejnou zakázku mimo režim zákona dozvěděli.
146. V daném případě však považuje Úřad za podstatné, že navrhovatel musel nejdříve výzvu k podání nabídky na profilu zadavatele (tj. mimo „oficiální“ místo, kde lze informaci o zahájení zadávacího řízení očekávat) bez jakékoliv předchozí indicie „objevit“, prostudovat a vyhodnotit, zda jsou splněny podmínky pro to, aby mohla být na danou veřejnou zakázku aplikována výjimka dle § 158 odst. 1 zákona. Navrhovatel tak musel prozkoumat, zda jde o sektorovou veřejnou zakázku, co konkrétně je jejím předmětem, na základě toho provést právní posouzení, co má být považováno za hlavní předmět veřejné zakázky s ohledem na to, že v sobě zahrnuje specializované odborné stavební práce i služby značného rozsahu, provést alespoň rámcové ocenění předmětu veřejné zakázky (zadavatel výši předpokládané hodnoty ve výzvě k podání nabídky ani později k dotazům dodavatelů neuvedl) pro posouzení, zda může jít o podlimitní veřejnou zakázku, a následně z uvedeného dovodit, zda mohly být splněny podmínky pro aplikaci výjimky dle § 158 odst. 1 zákona. Úřad podotýká,

že zodpovězení otázky, co je hlavním předmětem veřejné zakázky, lze považovat v daném případě za značně náročné, aby bylo možné jej učinit pouze na základě CPV kódů či popisu předmětu veřejné zakázky, jak se snaží bagatelizovat zadavatel. Pochybnost navrhovatele o tom, zda je zadavatel oprávněn postupovat mimo zadávací řízení, tak nemohla vzniknout automaticky na základě prostého seznámení se s obsahem výzvy k podání nabídky, nýbrž bylo nutné pro ověření postupu zadavatele a pro vytvoření argumentů pro učinění kroků k obraně proti nezákonnému postupu zadavatele i prostudování zadávacích podmínek v nezbytném detailu. Úřad má naopak za to, že v daném případě bez detailního prostudování zadávacích podmínek nebylo možné ihned dojít k závěru, že zadavatel není oprávněn veřejnou zakázku zadat mimo zadávací řízení.

147. Úřad tak stojí na stanovisku, že v daném konkrétním případě, kdy byla výzva k podání nabídky zveřejněna pouze na profilu zadavatele a bylo tedy nutné, aby navrhovatel nejprve danou výzvu „objevil“ a dále aby pro posouzení, zda je volba zadavatele postupovat mimo režim zákona v souladu se zákonem, vynaložil značné odborné úsilí, na jehož základě si teprve mohl učinit závěr o tom, že dle jeho názoru zadavatel aplikoval výjimku dle § 158 odst. 1 zákona neoprávněně, nelze právě den uveřejnění výzvy k podání nabídky na profilu zadavatele automaticky považovat za den, kdy se informace o nezákonném postupu zadavatele dostala do povědomí navrhovatele, tj. za den, kdy se bez dalšího nutně dozvěděl o porušení zákona ze strany zadavatele.
148. Úřad podotýká, že rozhodne-li se stěžovatel brojit proti domnělému nezákonnému postupu zadavatele formou námitek a návazně případně na základě rozhodnutí o námitkách formou podání návrhu u Úřadu (s jehož podáním je spojena povinnost složit peněžitou kauci, která v případě zamítnutí návrhu propadá státu), je nutná náležitá formulace a podložené odůvodnění výhrad vůči postupu zadavatele, když nepostačují pouze obecná tvrzení.
149. S ohledem na uvedené tak Úřad uzavírá, že se nelze ztotožnit s argumentem zadavatele, že tvrzení navrhovatele obsažené v námitkách spočívající v tom, že se o porušení zákona ze strany zadavatele dozvěděl nejdříve dnem 20. 7. 2023, kdy se v potřebném detailu seznámil se zadávacími podmínkami, nemůže obstát. Úřadu se tak s ohledem na navrhovatelí dostupné informace v době zveřejnění výzvy k podání nabídky na profilu zadavatele a úsilí, jež musel vynaložit pro objevení výzvy k podání nabídky a učinění názoru, zda zadavatel postupuje v souladu se zákonem, jeví doba mezi uveřejněním výzvy k podání nabídek na profilu zadavatele (tj. dne 10. 7. 2023) a vyhodnocením, že zadavatel postupuje v rozporu se zákonem vč. vyhotovení právním argumentace (tj. dne 20. 7. 2023) jako přiměřená.
150. Pakliže nelze zpochybnit, že se navrhovatel o domnělém porušení zákona ze strany zadavatele spočívajícím v neoprávněné aplikaci výjimky dle § 158 odst. 1 zákona mohl dozvědět až dne 20. 7. 2023, je třeba akceptovat tento den jako počátek běhu lhůtu pro podání námitek proti takovému postupu. Konec lhůty pro podání námitek dle § 241 odst. 2 písm. c) zákona tak připadnul na den 4. 8. 2023. Podal-li tedy navrhovatel uvedené námitky dne 2. 8. 2023, je nutné považovat danou lhůtu za splněnou a na námitky nelze pohlížet jako na opožděné.
151. S ohledem na vše výše uvedené tak byl zadavatel povinen považovat navrhovatelem podané námitky za řádně podané a měl je vyřídit v souladu s § 245 zákona.

K vypořádání námitek

152. Jak bylo řečeno výše, zadavatel na základě obdržených námitek doručil navrhovateli dne 17. 8. 2023 vyjádření, v němž uvedl, že dle jeho názoru nejde o řádné námítky ve smyslu § 241 zákona, neboť (1) byly podány dodavatelem zjevně nezpůsobilým splnit technickou kvalifikaci a následně plnit veřejnou zakázku, tj. jde o zastřené právní jednání, a dále (2) byly podány opožděně.
153. Navrhovatel k tomu v návrhu uvedl, že nelze považovat způsob vyřízení námitek za souladný se zákonem, pokud zadavatel výslovně uvedl, že je za námítky nepovažuje, a pokud neučinil součástí předmětného vyjádření zákonem stanovené náležitosti rozhodnutí o námitkách (sdělení, jak rozhodl, poučení o možnosti podat návrh k Úřadu). Navrhovatel je přesvědčen, že fakticky zadavatel o námitkách nerozhodl v zákonné lhůtě, resp. o nich nerozhodl vůbec. Současně však navrhovatel připouští, že zadavatel se k věcnému obsahu námitek (tj. konkrétně k zadání veřejné zakázky mimo režim zákona) vyjádřil, a to včetně části týkající se technické kvalifikace, když nerozporuje, že by se zadavatel podrobně a srozumitelně nevyjádřil k některému z bodů jeho námitkové argumentace.
154. Úřad uvádí, že zadavatel je dle § 245 zákona povinen do 15 dnů ode dne obdržení námitek odeslat rozhodnutí o námitkách stěžovateli, v němž uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá, přičemž součástí rozhodnutí o námitkách musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel neshledá důvody pro vyhovění, námítky rozhodnutím odmítne, přičemž v takovém případě je v souladu s § 245 odst. 4 zákona povinen navrhovatele poučit o jeho právu podat ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu a rovněž o jeho povinnosti doručit v téže lhůtě stejnopis návrhu zadavateli.
155. Úřad dává navrhovateli za pravdu, že zadavatel formálně nevypořádal námítky zcela v souladu se zákonem, když v nich výslovně neuvedl, zda jim vyhovuje či nikoliv, a neučinil jejich součástí poučení o možnosti podat návrh.
156. Úřad však zdůrazňuje, že zadavatel přistoupil k vyřízení námitek způsobem odpovídajícím právnímu názoru uvedenému v jeho vyjádření k námitkám, tj. že se o námítky nejedná. Zadavatel sice své vyjádření k námitkám neoznačil jako rozhodnutí o námitkách, ale učinil jeho součástí podrobnou a přezkoumatelnou argumentaci ke všem v námitkách namítaným skutečnostem. Z podstaty argumentace zadavatele obsažené v jeho vyjádření k námitkám je nepochybné, že zadavatel vzneseným námitkám nevyhověl. V této souvislosti Úřad upozorňuje na subsidiární použití ustanovení § 555 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), které stanovuje pravidlo pro posuzování právního jednání tak, že právní jednání se posuzuje podle svého obsahu.
157. Byť tedy zadavatel neučinil součástí vyjádření k námitkám navrhovatele výslovné sdělení, zda námitkám vyhovuje či je odmítá, a rovněž neučinil jeho součástí poučení o možnosti podat návrh na přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu, nelze vzhledem k tomu, že navrhovatel z něj evidentně získal informaci, že zadavatel jeho námitkám nevyhověl, a následně i přes uvedené

nedostatky návrh k Úřadu řádně a včas podal, dojít k závěru, že by takový postup zadavatele znemožnil navrhovateli efektivní možnost obrany proti nezákonnému postupu zadavatele¹⁴.

158. Vzhledem k uvedenému má Úřad za to, že přes popsané nedostatky nelze v šetřeném případě způsob vypořádání námitek ze strany zadavatele považovat za natolik zasahující do práv navrhovatele, aby bylo nezbytné konstatovat nezákonnost v postupu zadavatele při vyřízení námitek navrhovatele.

Závěr

159. S ohledem na vše výše uvedené Úřad uzavírá, že v návrhem napadaném postupu zadavatele při vyřízení námitek navrhovatele neshledal rozpor se zákonem.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

160. Navrhovatel v návrhu dále brojí proti zadání šetřené veřejné zakázky mimo zadávací řízení, když má za to, že v daném případě nelze aplikovat výjimku dle § 158 odst. 1 zákona umožňující zadat podlimitní sektorovou veřejnou zakázku mimo režim zákona, jak to učinil zadavatel. Úřad se proto dále zabýval otázkou, zda byly naplněny podmínky pro zadání veřejné zakázky bez provedení zadávacího řízení postupem dle § 158 odst. 1 zákona.
161. Jak již bylo uvedeno, z dokumentace týkající se předmětné veřejné zakázky je zjevné, že zadavatel považoval tuto veřejnou zakázku za podlimitní veřejnou zakázku na stavební práce zadávanou v souvislosti s výkonem relevantní činnosti ve smyslu § 153 odst. 1 písm. f) zákona, tedy za sektorovou veřejnou zakázku dle § 151 odst. 1 zákona. S ohledem na uvedené zadavatel přistoupil s odkazem na § 158 odst. 1 zákona k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.
162. Navrhovatel však s tímto posouzením veřejné zakázky nesouhlasí, když sice nezpochybňuje to, že jde o sektorovou veřejnou zakázku, avšak je přesvědčen, že daná veřejná zakázka je veřejnou zakázkou nikoliv na stavební práce, nýbrž na služby, a tedy s ohledem na její hodnotu nemůže jít o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku, v jejímž případě lze aplikovat výjimku dle § 158 odst. 1 zákona, tj. zadat ji mimo režim zákona.
163. Předmětem sporu mezi zadavatelem a navrhovatelem je tak to, zda veřejná zakázka má být považována za veřejnou zakázku na stavební práce (jak tvrdí zadavatel) nebo za veřejnou zakázku na služby (jak tvrdí navrhovatel), a návazně zda lze tuto veřejnou zakázku považovat za podlimitní (dle zadavatele) či za nadlimitní (dle navrhovatele) veřejnou zakázku.

K sektorové veřejné zakázce

164. Úřad se nejprve zabýval tím, zda byla v šetřeném případě naplněna podmínka zadávání sektorové veřejné zakázky dle § 151 odst. 1 zákona, kdy dle citovaného ustanovení zákona je sektorovou veřejnou zakázkou veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.
165. Dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona je veřejným zadavatelem jiná právnická osoba, pokud

¹⁴ viz např. rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0129/2020/VZ, č. j. ÚOHS-13645/2020/522/PKŘ, ze dne 7. 5. 2020, nebo rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0465/2022/VZ, č. j. ÚOHS-42907/2022/500, ze dne 1. 12. 2022

- a) byla založena nebo zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
- b) jiný veřejný zadavatel ji převážně financuje, může v ní uplatňovat rozhodující vliv nebo jmenuje nebo volí více než polovinu členů v jejím statutárním nebo kontrolním orgánu.
166. Činnost zadavatele upravuje zákon č. 77/2002 Sb., o akciové společnosti České dráhy, státní organizaci Správa železnic a o změně zákona č. 266/1994 Sb., o dráhách, ve znění pozdějších předpisů, a zákona č. 77/1997 Sb., o státním podniku, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon č. 77/2002 Sb.“). Dle § 21 odst. 1 zákona č. 77/2002 Sb. provozuje státní organizace Správa železnic železniční dopravní cestu ve veřejném zájmu (zajišťuje její provozuschopnost, modernizaci a rozvoj). Podle § 27 a násl. ustanovení zákona č. 77/2002 Sb. tvoří orgány zadavatele správní rada a generální ředitel (jehož jakožto statutární orgán správní rada jmenuje a odvolává), kde správní radu tvoří 7 členů jmenovaných a odvolávaných vládou na návrh ministra dopravy.
167. S ohledem na výše uvedené má Úřad za prokázané, že zadavatel je veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona, protože se na něj ustanovení zákona upravující způsob zadávání veřejných zakázek vztahují.
168. Relevantní činnost upravuje § 153 zákona, přičemž dle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.
169. Z veřejných zdrojů lze dohledat, že předmětem činnosti zadavatele je mj. zajišťování provozování železniční dopravní cesty a její provozuschopnosti, stejně jako zajišťování údržby a opravy železniční dopravní cesty¹⁵, přičemž zadavatel na základě platné právní úpravy plní funkci provozovatele a vlastníka dráhy¹⁶.
170. Z výzvy k podání nabídky a rovněž z vyjádření zadavatele vyplývá, že účelem veřejné zakázky je realizace vrtů, díky nimž budou zajištěny dostatečné podklady pro rozhodnutí o způsobu ražby Krušnohorského tunelu¹⁷, jehož realizace je součástí záměru vybudování nového železničního spojení Drážďany – Praha. Předmět plnění veřejné zakázky tak lze řadit mezi činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční dopravy.
171. S ohledem na uvedené lze tedy konstatovat, že jde o sektorovou veřejnou zakázku, kterou zadává zadavatel při výkonu relevantní činnosti, přičemž Úřad podotýká, že o uvedené skutečnosti není mezi stranami sporu.

¹⁵ viz <https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=678947&typ=PLATNY>

¹⁶ viz <https://www.spravazeleznic.cz/vrt/krusnohorsky-tunel> viz

<https://www.spravazeleznic.cz/documents/50004227/156465524/V%C3%BDro%C4%8Dn%C3%AD+zpr%C3%A1va+2022/06df59a1-94fa-4360-85b7-a0c7dc6bc129>

¹⁷ <https://www.spravazeleznic.cz/vrt/krusnohorsky-tunel>

K aplikaci výjimky dle § 158 odst. 1 zákona

172. Jak již bylo uvedeno výše, zadavatel ve výzvě k podání nabídky uvedl, že jde o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku na stavební práce, a že tedy není povinen dle § 158 odst. 1 zákona zadat předmětnou veřejnou zakázku v zadávacím řízení. Zadavatel tak k zadání veřejné zakázky formou zadávacího řízení v rámci zákona nepřistoupil a poptává dotčený předmět plnění veřejné zakázky mimo zadávací řízení.
173. Dle § 158 odst. 1 zákona není zadavatel při výkonu relevantní činnosti povinen v zadávacím řízení zadat sektorovou veřejnou zakázku, jejíž předpokládaná hodnota nedosahuje finanční limit stanovený prováděcím právním předpisem podle § 25 zákona, tj. v případě, že tato zakázka nedosahuje finančního limitu pro veřejnou zakázku nadlimitní.
174. Nadlimitní veřejnou zakázkou je ve smyslu § 25 zákona veřejná zakázka, jejíž předpokládaná hodnota je rovna či přesahuje finanční limit stanovený nařízením vlády č. 172/2016 Sb., přičemž tento finanční limit je stanoven rozdílně pro veřejné zakázky dle jejich druhu: v případě veřejné zakázky na stavební práce činí 140 448 000 Kč (§ 4) a v případě služeb pro sektorové veřejné zakázky na služby 11 247 000 Kč (§3 odst. 2).
175. Zadavatel sice konkrétní výši předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky neuveřejnil, avšak z rozhodnutí o výběru dodavatele vyplývá, že obdržel nabídky s cenami 85 836 925 Kč bez DPH a 114 699 050 Kč bez DPH, tj. s cenami výrazně přesahujícími částku 11 247 000 Kč, jež představuje limit pro sektorové veřejné zakázky na služby.
176. Z uvedeného tak lze dovodit, že pokud by bylo možné považovat šetřenou veřejnou zakázku za veřejnou zakázku na stavební práce (jak tvrdí zadavatel), šlo by s ohledem na její hodnotu o podlimitní veřejnou zakázku, kterou by bylo možno zadávat mimo režim zákona. Pokud by však měla být šetřená veřejná zakázka považována za veřejnou zakázku na služby (jak tvrdí navrhovatel), šlo by s ohledem na její hodnotu již nepochybně o nadlimitní veřejnou zakázku, v jejímž případě by postup mimo zadávací řízení nebyl možný.

K určení druhu veřejné zakázky

177. Stěžejní otázkou pro posouzení oprávněnosti postupu zadavatele zadat danou veřejnou zakázku mimo režim zákona je tak určit, zda jde o veřejnou zakázku na stavební práce nebo o veřejnou zakázku na služby.
178. Jak vyplývá z dokumentace týkající se šetřené veřejné zakázky, jejím předmětem je realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů (příp. jejich likvidace), inženýrsko-geologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek a měření, geomechanických zkoušek hornin a zemin a chemických rozborů vod. Terénní práce mají zahrnovat přípravné práce, realizaci hlubinných vrtů a mělkých vrtů, rekultivaci dotčených pozemků, měření v průběhu vrtných prací, geodetické zaměření, vystrojení vrtů, likvidaci vrtů, manipulaci se vzorkovnicemi, transport vzorkovnic, dočasný sklad vrtných jader, odběr vzorků z vrtu, dopravu vzorků k laboratorním zkouškám a provedení laboratorních zkoušek. Terénní zkoušky mají zahrnovat geomechanické a geotechnické zkoušky zemin/hornin, hydrogeologické zkoušky, odběry vody a analýzy vody a geofyzikální měření ve vrtech – karotáž.
179. Z popisu předmětu veřejné zakázky je evidentní, že mají být v rámci její realizace provedeny vrtné práce vč. vystrojení vrtů (tj. samotné vrtání a odkryvné práce), v jejichž případě jde o stavební práce ve smyslu § 14 odst. 3 zákona, a to v rozsahu představujícím dle odhadu

zadavatele 51 % předmětu plnění, ale rovněž mají být poskytnuty služby (inženýrsko-geologické, karotážní a hydrogeologické zkoušky a měření, geomechanické zkoušky hornin a zemin a chemické rozbory vod), v jejichž případě jde o služby ve smyslu § 14 odst. 2 zákona, a to v rozsahu představujícím 49 % předmětu plnění.

180. Zadavatel rovněž vymezil předmět veřejné zakázky z hlediska CPV kódů jako stavební práce sk. 45 „Stavební práce“ (CPV kód 45121000 Průzkum pomocí vrtů, CPV kód 45120000 Průzkumné a vrtné práce a CPV kód 45111250 Geologický průzkum stavenišť), a rovněž jako služby sk. 71 „Architektonické, stavební, technické a inspekční služby“ (CPV kód 71351730 Geologický průzkum).
181. Není tedy sporu o tom, že v rámci veřejné zakázky mají být prováděny nejen stavební práce, ale také služby, a jde tak o tzv. smíšenou veřejnou zakázku, tj. zakázku zahrnující v sobě více druhů veřejných zakázek, a to navíc ve zhruba vyrovnaném poměru z hlediska jejich finanční hodnoty.
182. Úřad uvádí, že pravidla pro určení druhu veřejné zakázky, jejíž předmět obsahuje současně více druhů plnění, jsou zakotvena v § 15 zákona. Základním pravidlem pro zařazení veřejné zakázky obsahující více druhů plnění je tak pravidlo hlavního předmětu dle § 15 odst. 1 zákona. Bližší vodítko pro stanovení hlavního předmětu veřejné zakázky obsahují odst. 2 a 3 citovaného ustanovení zákona. Ustanovení § 15 odst. 2 zákona dopadá na situace, kdy předmětem veřejné zakázky je pořízení dodávek a současně poskytnutí služby, a nejde o poskytování stavebních prací. V ostatních případech, tj. u veřejných zakázek kombinujících stavební práce a dodávky či stavební práce a služby (případně stavební práce a dodávky i služby) se použije § 15 odst. 3 zákona, tj. hlavní předmět se určí dle základního účelu veřejné zakázky. Výše předpokládané hodnoty tedy není při určení hlavního předmětu veřejné zakázky při postupu dle § 15 odst. 3 zákona (oproti postupu dle § 15 odst. 2 zákona) určující.
183. Správné zařazení veřejné zakázky do kategorie dle jejího předmětu přitom představuje klíčový úkon zadavatele v rámci přípravy veřejné zakázky, neboť podmiňuje zákonnost a způsob jeho dalšího postupu při poptávání takového plnění. Pro zadávání jednotlivých druhů veřejných zakázek totiž mohou platit odlišná pravidla. Zejména jde právě o odlišné finanční limity pro jednotlivé druhy veřejných zakázek, které jsou určující pro stanovení režimu veřejné zakázky, tj. určení nadlimitního či podlimitního režimu, a to především právě pokud jde o rozlišení veřejné zakázky na stavební práce na straně jedné a veřejné zakázky na služby či dodávky na straně druhé, mezi jejichž limity jsou značné rozdíly.
184. Úřad zdůrazňuje, že určení hlavního předmětu veřejné zakázky při použití kritéria základního účelu je principiálním úkolem zadavatele. Zákon sice nestanoví (a ve své obecnosti ani stanovit nemůže) žádný konkrétní obecně použitelný návod a určení hlavního předmětu veřejné zakázky tak může zadavatelům činit potíže, avšak je nezbytné, aby zadavatel dokázal jím určený účel veřejné zakázky nezpochybnitelným způsobem definovat a následně určení druhu veřejné zakázky prokazatelně obhájit. Uvedené platí obzvláště v situaci, kdy je zřejmé, že určení účelu veřejné zakázky má zásadní vliv pro určení volby režimu veřejné zakázky s dopadem na způsob zadávání veřejné zakázky.
185. Úřad proto přistoupil k posouzení otázky, zda obстоjí zadavatelem tvrzený účel dané veřejné zakázky, aby bylo možné ověřit, že jde skutečně o veřejnou zakázku na stavební práce.

186. Zadavatel odmítá klasifikaci předmětu veřejné zakázky jakožto služby, když tvrdí, že primární účel veřejné zakázky představuje provedení stavebních prací spočívajících ve vyhloubení vrtů, čemuž dle jeho názoru odpovídá nejen popis předmětu plnění, CPV kódů, hodnota stavebních prací, ale především charakter a složitost těchto prací. Dle zadavatele nelze vyzdvihnout „*pouze část plnění, kterou lze skutečně charakterizovat jako služby, při současné degradaci náročnosti, významu a následně využitelnosti stavebních prací*“.
187. Konkrétně zadavatel k účelu šetřené veřejné zakázky argumentuje tím, že provedení vrtů je pro něj zásadním účelem veřejné zakázky v dlouhodobém horizontu, když výsledkem stavebních prací budou vrty nezbytné pro následné další odborné činnosti (vrty budou otevřené další až desítky let a budou nadále využívány pro související služby – pro průběžné získávání informací pro potřeby projektování a stavby samotného tunelu). Zadavatel doplňuje, že vrty by poptával i bez provedení doplňkových služeb, které jsou pouze nezbytné. Rovněž zdůrazňuje, že majoritní výkon dalších služeb v oblasti geofyziky a geotechniky na daných vrtech vč. zpracování odborných posudků bude realizován až následně, a to ze strany dalšího subjektu.
188. Tento výklad však navrhovatel rozporuje, když je přesvědčen o tom, že základním účelem veřejné zakázky je provedení odborných služeb za účelem ověření geologických a jiných poměrů v lokalitě nezbytných pro stavbu Krušnohorského tunelu, k jejichž získání jsou vrtné práce pouze prostředkem.
189. Úřad připomíná, že pro určení druhu veřejné zakázky u smíšených zakázek se vychází z jejího hlavního předmětu. K předmětu veřejné zakázky lze shrnout následující.
190. Předmětem veřejné zakázky jsou terénní práce související s vyhloubením vrtů, jejichž provedení lze nepochybně považovat za vysoce specializované a náročné stavební práce tvořící nezbytnou součást geologických průzkumů (bez vrtů nelze geologické průzkumy provádět), a to ve významném finančním rozsahu (cca 51 % hodnoty veřejné zakázky).
191. Současně však daná veřejná zakázka zahrnuje i provedení služeb, tj. odborných specializovaných služeb spjatých s prováděním geologických průzkumů (inženýrsko-geologické, karotážní a hydrogeologické zkoušky a měření, geomechanické zkoušky hornin a zemin a chemické rozborů vod). Tyto služby rovněž představují významnou součást geologických průzkumů nejen z hlediska jejich rozsahu (v dané veřejné zakázce tvoří dle odhadu zadavatele cca 49 % hodnoty veřejné zakázky), ale zejména z hlediska jejich významu, resp. důležitosti pro proveditelnost potřebných geologických průzkumů a rovněž pro vyhloubení vrtů. Tyto služby totiž fakticky, jak potvrzuje sám zadavatel, není možné od vrtných prací oddělit (musí být prováděny během vrtání), ať už z koordinačních či finančních důvodů, protože je zadavatel poptává současně s provedením stavebních prací, přičemž ani nelze fakticky bez těchto služeb proces vyhloubení vrtů dokončit (pro jejich provedení se zastavuje proces vrtání a vrtné práce dále pokračují dle měření zjištěného aktuálního stavu), zároveň tyto služby nemohou být prováděny bez existence vrtů. K významu odborných služeb sám zadavatel uvádí, že účelem odborných služeb je „*zajištění co nejdetailnějších informací o geologické skladbě a struktuře horninového podloží pro projektování a následnou výstavbu*“. Lze tedy dovodit, že výsledky těchto odborných služeb slouží pro získání hodnot o geologických a jiných poměrech dané lokality, jež budou následně třetí osobou využity při zpracování závěrečných zpráv potřebných pro účely

projektování stavby tunelu (viz dále k veřejné zakázce na geologické služby¹⁸). Zadavatel sice tyto služby označuje jako „doplňkové“, avšak je zřejmé, že jde o služby, které mají pro realizaci geologických průzkumů a pro zpracování projektu stavby zásadní význam.

192. Je tedy zřejmé, že předmětem veřejné zakázky je soubor komplexních činností, které musí být provedeny souborně a které zadavatel provádí nepochybně právě proto, aby ověřil geologické poměry dané lokality, když jejich výstupy potřebuje jako nezbytné podklady pro projektování tunelu, jak rovněž vyplývá z definice účelu veřejné zakázky uvedené ve výzvě k podání nabídek.
193. V této souvislosti Úřad připomíná, že při určení hlavního předmětu veřejné zakázky je třeba vycházet ze základního účelu veřejné zakázky. Při posuzování účelu veřejné zakázky je pak třeba vzít v úvahu záměr zadavatele, tj. konečný cíl, který její realizací sleduje, a význam, k němuž chce prostřednictvím zadání veřejné zakázky dojít. Pro stanovení účelu veřejné zakázky tak nemůže být rozhodující pouhý popis předmětu veřejné zakázky ani jeho složitost a náročnost provedení, neboť tyto se samy o sobě nemusejí dotýkat motivace zadavatele, která je naopak pro stanovení účelu veřejné zakázky určující.
194. Již na základě výše uvedeného lze dle názoru Úřadu konstatovat, že základním účelem realizace veřejné zakázky nemůže být „pouze“ vyhloubení vrtů, když vrty samy o sobě nemohou mít pro zadavatele mimo toho, že jsou v nich prováděny další nezbytné měření a průzkumy žádný samostatný význam. Vrty jsou tedy potřebné pouze pro provedení požadovaných odborných geologických služeb, jejichž výstupy jsou nezbytné pro účely realizace dalších fází záměru zadavatele spočívajícího v ražbě tunelu.
195. Byť je v daném případě nutné vrty vyhloubit, což nepochybně představuje vysoce odborné a technicky náročné stavební práce, je zároveň nutné tyto stavební práce považovat pouze za nutný předpoklad k zajištění možnosti provedení popsaných odborných služeb jako podstaty geologických průzkumů. Samotné vrty tak jsou pouze nezbytným vedlejším produktem sloužícím k tomu, aby mohly být v rámci šetřené veřejné zakázky provedeny inženýrsko-geologické, karotážní a hydrogeologické zkoušky a měření, geomechanické zkoušky hornin a zemin a chemické rozborů vod, které jsou nezbytné pro získání, vyhodnocení a zaznamenání hodnot o geologických poměrech lokality, jež budou následně využity při zpracování a vyhotovení příslušných závěrečných zpráv a odborných posudků pro účely projektování a výstavby tunelu.
196. Úřad podotýká, že předmětem veřejné zakázky je rovněž likvidace vrtů, když i z projektů pro průzkumy dále vyplývá, že může dojít k likvidaci některých vrtů, pokud bude po vyhodnocení geologických a hydrogeologických poměrů ve vrtech shledáno riziko, což do jisté míry zpochybňuje tvrzení zadavatele, zda skutečně všechny vrty zůstanou nadále otevřené pro účely provádění dalších geologických průzkumů.
197. Pakliže však skutečně budou ve vrtech následně i po dokončení šetřené veřejné zakázky prováděny další průběžné geologické průzkumy a měření, svědčí tato skutečnost rovněž dle názoru Úřadu o tom, že vrty budou i v budoucnu pouze prostředkem k získávání dalších potřebných geologických informací a podkladů, a to pouze po dobu, kdy bude potřeba tyto

¹⁸ viz https://zakazky.spravazeleznic.cz/contract_display_11550.html

další průzkumy provádět. Doba existence vrtů tak bude zcela závislá na době potřeby provádění dalších geologických průzkumů a měření.

198. Úřad tak má již s ohledem na uvedené za to, že sice cíl veřejné zakázky bude naplněn kombinací stavebních prací (vyhloubení vrtů) a služeb (inženýrsko-geologické, karotážní a hydrogeologické zkoušky a měření, geomechanické zkoušky hornin a zemin a chemické rozborů vod), nicméně základní účel veřejné zakázky, který Úřad vnímá jako získání informací o geologických poměrech lokality, bude naplněn provedením zmíněných odborných služeb.
199. Dle Úřadu je tak nutné považovat šetřenou veřejnou zakázku s ohledem na dovozený její základní účel za veřejnou zakázku na služby.
200. Pokud argumentace zadavatele směřuje k tomu, že předmětem veřejné zakázky nejsou vlastní geologické služby, nýbrž pouze vyhloubení vrtů vč. jen doplňkových služeb sloužících pro účely až samostatně prováděných geologických služeb, a tedy že konečným účelem dané veřejné zakázky je pouze realizace vrtů, pak k tomu Úřad uvádí následující.
201. Obecně k charakteru a významu geologických průzkumů Úřad uvádí, že jak lze zjistit z veřejně dostupných zdrojů¹⁹, geologické průzkumy pro stavební účely zahrnují komplexní inženýrsko-geologické, hydrogeologické a geofyzikální průzkumy k posouzení vlastností geologického prostředí ve vztahu k plánované výstavbě, zejména z hlediska fyzikálně-mechanických vlastností horninového prostředí a jeho vhodnosti pro posuzovaný záměr, na jehož základě lze efektivně navrhnout základové konstrukce v souladu s ověřenou geologickou stavbou. Standardní součástí geologických průzkumů je zpracování projektu geologických průzkumů, realizace vrtů, odběry vzorků, polní zkoušky, geofyzikální práce, laboratorní práce, geodetické práce, hydrogeologické práce a zpracování závěrečných zpráv dokumentujících průběh a výsledky provedených geologických činností ve vztahu k jejich cíli. Základním účelem provádění geologických průzkumů je tedy souhrnné zjištění a zaznamenání geologických poměrů dané lokality pro potřeby návrhu optimálního stavebního řešení zamýšlené stavby.
202. Dle zjištění Úřadu lze dojít k závěru, že na relevantním trhu existuje minimálně 10 subjektů²⁰ (dodavatelů či sdružení dodavatelů), kteří poskytují komplexní geologické průzkumy jako celek, tj. včetně všech jejich výše popsaných součástí.
203. Rovněž nelze považovat za neobvyklou praxi zadavatelů poptávat komplexní geologické průzkumy, tj. zpracování projektu, realizace průzkumů a zpracování závěrečné zprávy (viz např. odkazy na veřejné zakázky, na něž v návrhu odkazuje navrhovatel), přičemž geologické průzkumy se skládají z etapy projekční a následně etapy realizační, která zahrnuje vlastní terénní práce vč. vyhloubení vrtů a odborné činnosti.
204. Lze tedy obecně shrnout, že na relevantním trhu je běžnou praxí nabízenou dodavateli i poptávanou zadavateli poptávat v souvislosti s plánovanými stavbami komplexní geologické průzkumy s cílem prověřit vlastnosti geologického prostředí, jejichž výstupy jsou následně využity pro další kroky pro plánování zamýšlené výstavby.
205. Úřad podpůrně poznamenává, že z veřejných zakázek jiných zadavatelů, na něž v návrhu odkazuje navrhovatel, skutečně vyplývá, že komplexní geologické průzkumy popsaného

¹⁹ viz např. <https://www.geoeko.cz/geologicke-sluzby-geologicky-pruzkum.html>, <http://www.geotec-gs.cz/12/obory-cinnosti/14/geologicky-pruzkum-aj>.

²⁰ viz rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0195/2023/VZ, č. j. ÚOHS-31676/2023/500, ze dne 23. 8. 2023

charakteru jsou standardně zadávány jako veřejné zakázky na služby (s hlavním CPV kódem 71351 „Geologický, geofyzikální a jiný vědecký průzkum“). K tomu Úřad poznamenává, že má za to, že veřejné zakázky jiných zadavatelů na stavební práce („Vrtání vývrtů a instalace pramencových, obdobných kotev a svorníků, vrtání ostatních vrtů pro zajištění bezpečnosti a provozu uhelného dolu včetně souvisejících prací 2023-2025“ s CPV kódem 45254000 „Stavební úpravy pro důlní činnosti a výrobu“ patřící do skupiny 4525 „Stavební úpravy továrny, důlní činnost, průmyslovou výrobu a budovy sloužící ropnému a plynárenskému průmyslu“; a „JMK – zjištění skladby vozovek – provedení odvrtů AHV a DGN konstrukce vozovky – doplnění diagnostického průzkumu vozovky“), na něž ve svém vyjádření k návrhu odkazuje zadavatel, nelze považovat pro sledovaný účel za odpovídající předmětu řešené veřejné zakázky (v řešeném případě nejde o vrty uhelných dolů ani o stavbu vozovky). Úřad pouze podotýká, že ostatní veřejné zakázky na stavební práce, na něž ve svém vyjádření k návrhu odkazuje zadavatel, byly zadávány zadavatelem DB Netz AG, Německo, tj. německým protějškem zadavatele, s nímž zadavatel, jak sám uvádí, postupuje ve většině veřejných zakázek zadávaných v souvislosti s výstavbou projektu, jehož je řešená veřejná zakázka součástí, v rámci společného zadávání, tj. nejde na tyto veřejné zakázky podpůrně pohlížet jako na zakázky zcela jiných zadavatelů v jiných veřejných zakázkách.

206. V této souvislosti Úřad podotýká, že dle jeho zjištění i sám zadavatel realizoval např. v roce 2022 veřejnou zakázku „Diagnostika nestabilních úseků železničního spodku“²¹, v jejímž rámci popτάval zpracování projektu inženýrsko-geologických průzkumů i samotnou realizaci inženýrsko-geologického průzkumu vč. závěrečné zprávy, tj. komplexních geologických průzkumů, přičemž zadával tuto veřejnou zakázku jakožto veřejnou zakázku na služby.
207. Uvedená zjištění potvrzuje i to, že jak zadavatel sám uvedl, v souvislosti s připravovanou výstavbou nového železničního spojení Drážďany – Praha původně připravoval veřejnou zakázku na služby „Geologické průzkumy pro stavbu »VRT Drážďany – Praha, RS 4, úsek Ústí nad Labem – státní hranice ČR/SRN«“²² (dále i jen „zamýšlená veřejná zakázka na geologické průzkumy pro stavbu“), s předmětem „*vypracování projektu, provedení a vyhodnocení průzkumných geologických prací zahrnujících podrobný inženýrskogeologický průzkum (...) a související hydrogeologický a geofyzikální průzkum, a to včetně všech technických prací (vrtné práce, terénní a laboratorní zkoušky, povrchová geofyzika apod.), v lokalitě plánované vysokorychlostní trati z Prahy do Drážďan v úseku Ústí nad Labem – státní hranice ČR/SRN, a to jak pro povrchovou část trasy (...), tak pro tunelovou část trasy (...). Předmětem veřejné zakázky je rovněž pro zadavatelem vymezený úsek vypracování projektu, provedení a vyhodnocení podrobného hydrogeologického průzkumu (...).*“ Je tedy zřejmé, že zadavatel v souladu s obvyklou praxí identifikoval potřebu zajistit komplexní geologické průzkumy (tj. vypracování projektů, provedení vrtných prací i provedení a vyhodnocení průzkumů) pro určený úsek plánované stavby nového železničního spojení, a to za účelem získání odborných posudků, resp. závěrečných zpráv coby nezbytných podkladů pro možnost zpracování stavebního projektu zamýšlené železniční stavby, přičemž tuto veřejnou zakázku

²¹ Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo odesláno k uveřejnění dne 3. 11. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 7. 11. 2022 pod ev. č. Z2022-045116, ve znění pozdějších oprav, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 8. 11. 2022 pod ev. č. 2022/S 215-618808, ve znění pozdějších oprav.

²² viz https://zakazky.spravazeleznice.cz/contract_display_10402.html

(jež obsahovala i vyhloubení vrtů a poskytnutí odborných služeb souvisejících s geologickými průzkumy) z hlediska jejího druhu označil za veřejnou zakázku na služby.

208. Zadavatel však dále uvedl, že v souvislosti s přípravou této veřejné zakázky realizoval PTK, na jejichž základě dle svého tvrzení v návaznosti na doporučení jejich účastníků rozhodl o tom, že provedení geologických průzkumů rozdělí na 2 samostatné části, tj.

a) na část zahrnující rešeršní práce, povrchovou geofyziku a projekt geologických a hydrogeologických prací – na tuto část vypsals veřejnou zakázku na geologické služby, jež byla zadávána jako podlimitní sektorová veřejná zakázka mimo režim zákona na základě výzvy k podání nabídky ze dne 29. 4. 2022. Předmětem této veřejné zakázky byl „výkon geologické služby, tj. vypracování projektu, sled, řízení a vyhodnocení geologických prací pro tunelovou část trasy (...), včetně provedení povrchové geofyziky (...) a včetně hydrogeologického průzkumu vodních zdrojů (...).“ Zadavatel obdržel celkem 3 nabídky, a to od dodavatele AZ GEO, s.r.o., od dodavatele GeoTec-GS, a.s. a od dodavatele SG Geotechnika a.s., přičemž dne 24. 8. 2022 uzavřel smlouvu o dílo²³ s dodavatelem AZ GEO, s.r.o. (resp. se sdružením „Krutul – A – C – M RS4 Činnost geologické služby“, jehož vedoucím účastníkem byl dodavatel AZ GEO s.r.o.).

b) na část zahrnující realizaci dle zpracovaných projektů (tj. šetřená veřejná zakázka).

209. Z vyjádření zadavatele přitom plyne, že obsahově i po PTK bez změny nadále požadoval původně plánovaný celkový předmět plnění zamýšlené veřejné zakázky na geologické průzkumy pro stavbu (1 - vypracování projektu inženýrsko-geologického průzkumu a projektu hydrogeologického průzkumu, 2 – výkon sledu a řízení technických, terénních a laboratorních prací prováděných dodavatelem šetřené veřejné zakázky, 3 – vyhodnocení inženýrsko-geologického průzkumu a hydrogeologického průzkumu vodních zdrojů a vypracování závěrečných zpráv s dokladovou přílohou, 4 – fyzická realizace a provedení terénních prací – tzn. realizace vrtných prací vč. vystrojení vrtů, vyčistění vrtů a jejich případná likvidace, realizace inženýrskogeologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek, měření a dalších terénních a technických prací dle projektu inženýrsko-geologického průzkumu a projektu hydrogeologického průzkumu a dle pokynů geologické služby), pouze jej v plném rozsahu rozdělil mezi veřejnou zakázku na geologické služby (body 1 -3), kterou nadále považoval za zakázky na služby, a mezi šetřenou veřejnou zakázku (bod 4), kterou považoval za zakázku na stavební práce. Je přitom zřejmé, že původně zamýšlenou veřejnou zakázku na geologické průzkumy pro stavbu nebylo možné rozdělit přesně na „ryzí“ stavební práce a „ryzí“ služby, protože zadavatel do veřejné zakázky na stavební práce zaměřené na vyhloubení vrtů zařadil rovněž provedení inženýrskogeologických, karotážních a hydrogeologických zkoušek, měření atd., tj. odborných služeb.

210. Zadavatel tedy i nadále poptával bez změny totožný celkový předmět plnění, když jej pouze pro účely zadání rozdělil na 2 samostatné veřejné zakázky (v souhrnu plně pokrývající celkový předmět původně zamýšlené veřejné zakázky), a lze tedy dle Úřadu vycházet i z toho, že se ani tímto krokem nemohl změnit jeho celkový původní záměr zajistit dostatečné podklady potřebné pro rozhodnutí o způsobu ražby tunelu a možnost zpracování projektu železniční stavby.

²³ viz <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/21444351?backlink=5ps5i>

211. Zadavatel uvedl, že jediný důvod pro takové rozdělení původně zamýšlené veřejné zakázky na geologické průzkumy pro stavbu na samostatné zadávání geologických služeb a samostatné zadávání vyhloubení vrtů vyplynul z PTK. Zadavatel tvrdí, že výsledkem PTK bylo doporučení jejich účastníků, aby „nedocházelo k podjatosti autorského dozoru“, tedy aby dodavatel, který vypracuje projekty geologických průzkumů, byl rozdílný od dodavatele provádějícího realizaci a nemohl tak kontrolovat „sám sebe“. Dále zadavatel uvedl, že výsledkem PTK bylo zjištění, že rozdělení průzkumů na dvě samostatné části je vhodné i s ohledem na odlišný okruh dodavatelů. Jiné důvody pro oddělení vrtných prací od původně zamýšlené veřejné zakázky na geologické průzkumy pro stavbu zadavatel Úřadu nesdělil.
212. Úřad k tomu uvádí, že z podkladů poskytnutých zadavatelem týkajících se PTK v souvislosti s přípravou zamýšlené veřejné zakázky na geologické průzkumy pro stavbu, jichž se účastnilo 9 dodavatelů působících na relevantním trhu, lze zjistit následující. V rámci PTK byla vedena diskuse o „Zvláštních technických podmínkách veřejné zakázky“, jež nebyly zadavatelem Úřadu poskytnuty, a v souvislosti s nimiž se opakovaně také účastníci PTK vyjadřovali v tom smyslu, že zamýšlený předmět plnění veřejné zakázky není dostatečně konkrétně popsán a srozumitelný. Z odpovědi jednoho účastníka PTK vyplynulo, že dle jeho názoru „způsob zadání veřejné zakázky, kdy je zhotovitel současně autorem projektu průzkumu a jeho realizátorem, považujeme za nevhodný a rizikový pro zadavatele. Riziko spatřujeme např. v možné podjatosti autorského dozoru (autor projektu průzkumu by dozoroval při realizaci průzkumu sám sebe). Doporučujeme zadavateli oddělit obě činnosti, tzn. nejprve vybrat zhotovitele projektu průzkumu (který následně bude plnit funkci autorského dozoru) a až potom vybrat zhotovitele samotného průzkumu (na základě jasně daného projektu průzkumu a rozsahu prací). Tato praxe je obvyklá např. u silničních liniových staveb.“ Další účastník PTK uvedl, že „ideálním postupem by bylo rozdělit zadání veřejné zakázky na 1. etapu zahrnující rešeršní práce, povrchovou geofyziku a projekt geologických prací, 2. etapu zahrnující IGP a HGP dle projektu a vyhodnocení“, a to z důvodu „rizika neadekvátního odhadu rozsahu prací“. Současně však další účastník PTK uvedl, že „předmět veřejné zakázky je sice výjimečný svým rozsahem, ale jinak se v zásadě jedná o běžné a standardní činnosti“.
213. Především považuje Úřad za podstatné zdůraznit, že zadavatel je povinen při zadávání veřejných zakázek dodržovat zákon a nemůže přenášet odpovědnost za správnost svého postupu na žádné jiné subjekty či se dovolávat „doporučení“ třetích stran, tedy za způsob zadání veřejné zakázky je odpovědný pouze zadavatel.
214. Pakliže se zadavatel dovolává toho, že na základě informací od účastníků PTK rozdělil geologické průzkumy na dvě části, pak k tomu Úřadu považuje za nutné uvést i následující skutečnosti.
215. Především je patrné, že účastníci PTK neměli k dispozici (na rozdíl od zadavatele) veškeré kompletní informace týkající se realizace zamýšleného projektu, na základě čehož sám zadavatel zaznamenal v protokolu z PTK, že „při nedostatečném popisu předmětu plnění nemusí být odpovědi dodavatelů (...) přesné/relevantní“. Už na základě uvedeného tak nebylo na místě dle názoru Úřadu považovat připomínky účastníků PTK za plně relevantní.
216. Navíc však Úřad akcentuje, že PTK se účastnilo celkem 9 dodavatelů (když zadavatel u žádného z nich jeho odborné znalosti nezpochybňuje). Pouze 2 z nich vyjádřili „doporučení“ (resp. „ideální postup“), tj. nikoliv nezbytnost, pro rozdělení průzkumů na 2 části

(resp. „etapy“). Pouze jeden z těchto dodavatelů tento názor odůvodnil možností zajištění objektivního autorského dozoru, k čemuž poznamenal, že taková praxe je běžná u silničních liniových staveb. Uvedený názor však lze skutečně vnímat pouze jako „doporučení“, když uvedený dodavatel (a návazně ve vyjádření k návrhu či v dalších vyjádřeních ani zadavatel) nesdělil konkrétní relevantní důvod (např. odkaz na příslušné právní předpisy), z něhož by bylo možné dovodit, že autorský dozor je nutné skutečně takovým způsobem zajistit. Nadto Úřad podotýká, že i pokud by uvedená praxe byla obvyklá u silničních liniových staveb, v šetřené veřejné zakázce o takovou stavbu nejde a je zřejmé, že mezi silničními liniovými stavbami a železničními stavbami s ražbou tunelu mohou existovat značná specifika, na jejichž základě nelze automaticky přejímat postupy při realizaci silničních liniových staveb na železniční stavbu s ražbou tunelu. Další z dodavatelů rovněž vyjádřil pouze návrh na rozdělení předmětu plnění na 2 etapy, a to bez odkazu na zdroj, z něhož by nutnost takového postupu bylo možné dovodit, avšak z důvodu rizika neadekvátního odhadu rozsahu prací, nikoliv z důvodu autorského dozoru. Ostatních 7 dodavatelů nutnost rozdělení nevyjádřilo, když naopak 1 z nich přímo uvedl, že jde v zásadě o standardní činnosti, byť výjimečného rozsahu.

217. Dle názoru Úřadu tak nelze z PTK dovodit, že by z nich vyplynul nezpochybnitelný a podložený závěr o nutnosti realizovat vrtné práce odděleně od geologických služeb, jak tvrdí zadavatel, když výsledkem PTK bylo pouze „doporučení“ takového postupu, a to pouze menšiny zúčastněných dodavatelů.
218. Pakliže se zadavatel přesto rozhodl tímto doporučením řídit, a to s argumentem, že důvodem pro rozdělení původně zamýšlené veřejné zakázky na geologické průzkumy měla být snaha, aby dodavatel, který vypracuje projekty geologických průzkumů, byl odlišný od realizátora průzkumných prací, a aby tedy byla zajištěna kontrola, pak k tomu je třeba vzít v úvahu následující skutečnosti.
219. Z dokumentace vztahující se k šetřené veřejné zakázce vyplývá, že vybraný dodavatel bude provádět technické práce pro geologické průzkumy dle již zpracovaných projektů, a to pod vedením a na základě pokynů řešitele geologických prací, tj. třetí osobou vybranou v rámci veřejné zakázky na geologické služby. Zároveň však z dokumentace o šetřené veřejné zakázce (a obdobně ani ze smlouvy uzavřené na veřejnou zakázku na geologické služby) nevyplývá, že by si zadavatel vyhradil, že dodavatel, který bude realizovat jeden z okruhů činností, nesmí současně realizovat druhý okruh činností. Dle výše popsání zjištění Úřadu, že na relevantním trhu existuje řada dodavatelů, kteří standardně realizují jak zpracování projektů geologických průzkumů, realizaci vrtů a zpracování závěrečných zpráv, se nejvíce jako pravděpodobný argument zadavatele, že existuje odlišný okruh dodavatelů pro realizaci vrtných prací a pro zpracování projektů a odborných posudků. Rovněž ani konkrétně v daném případě se toto tvrzení zadavatele nepotvrdilo – jak již bylo řečeno, zadavatel obdržel celkem 2 nabídky, a to od společnosti „Společnost SGG GEOVRTY Krušnohorský tunel“ (tj. dodavatele SG Geotechnika a.s. a dodavatele GEOVRTY – DRILLROCK s.r.o.) a od společnosti „INSET-TENENKO-PRUY 2023“ (tj. dodavatele INSET s.r.o., dodavatele Vrty Tenenko s.r.o. a dodavatele PRUY KG Gesteins-, Bohr- und Umwelttechnik). Zadavatel rozhodl o výběru nabídky dodavatele „Společnost SGG GEOVRTY Krušnohorský tunel“, jejímž jedním účastníkem byl dodavatel SG Geotechnika a.s. V případě veřejné zakázky na geologické služby obdržel zadavatel celkem 3 nabídky, přičemž jednu z nich podal

dodavatel SG Geotechnika a.s., a byť se dodavatel SG Goetchnika a.s. nestal v tomto případě vybraným dodavatelem, je zřejmé, že teoreticky se jím stát mohl. Současně vyplývá z vysvětlení zadávací dokumentace č. 7, že sám zadavatel k dotazu přímo počítal s tím, že tentýž dodavatel může realizovat jak geologickou službu, tak šetřenou veřejnou zakázku.

220. Dle názoru Úřadu tak nemůže obstát argument zadavatele, že k rozdělení geologických průzkumů na výkon geologické služby a na část realizační přistoupil z důvodu zajištění toho, aby každá z těchto částí byla realizována jiným dodavatelem, a že tak bude zajištěna vyšší kontrola, tj. nepodjatost autorského dozoru, neboť tento tvrzený záměr zadavatel nijak nepromítl do svého postupu při zadání veřejné zakázky na geologické služby ani při zadání šetřené veřejné zakázky.
221. V této souvislosti Úřad opakovaně odkazuje na veřejnou zakázku „Diagnostika nestabilních úseků železničního spodku“, v jejímž rámci zadavatel poptával zpracování projektu inženýrsko-geologických průzkumů i samotnou realizaci inženýrsko-geologického průzkumu vč. závěrečné zprávy, tj. komplexních geologických průzkumů. V případě této veřejné zakázky si zadavatel vyhradil, že tentýž dodavatel, který prováděl projekt inženýrsko-geologických průzkumů, nemůže zároveň realizovat inženýrsko-geologický průzkum, a to s odůvodněním, že toto omezení mu zajistí „kvalitní projekty a kvalitně prováděné realizace inženýrsko-geologických průzkumů založené na objektivní a nestranné kontrole“²⁴, kdy se vždy dva dodavatelé kontrolují vzájemně.
222. Úřad tak má za to, že pakliže pro zadavatele bylo podstatné, jak uvádí, aby každou z částí geologických průzkumů realizoval jiný dodavatel, měl možnost tohoto záměru dosáhnout tak (jak už v minulosti ve své praxi učinil), že by tyto činnosti mohl zadávat dohromady v rámci jedné veřejné zakázky rozdělené na části s výhradou, že tentýž dodavatel nemůže podat nabídku na obě její části, což však neučinil.
223. Je rovněž zřejmé, že nemůže ani obstát argument spočívající v tvrzení, že existuje odlišný okruh dodavatelů pro vrtné práce a pro geologické odborné služby.
224. Úřad navíc podotýká, že lze dovodit, že doporučený způsob případného rozdělení geologických průzkumů v PTK směřoval k rozdělení na část projekční a část realizační, aniž by bylo řečeno, že by mělo být v rámci projekční části zajištěno i vyhodnocování průzkumů. Důvod právě takového způsobu rozdělení původně zamýšlené veřejné zakázky z věcného hlediska tak nevyplývá ani z PTK, ani jej zadavatel Úřadu nijak nezdůvodnil.
225. Dle Úřadu tak zadavatelem přednesené důvody rozdělení původně zamýšlené veřejné zakázky na komplexní geologické průzkumy na samostatnou veřejnou zakázku na geologické služby (do níž však zařadil oproti běžné praxi rovněž ty intelektuální vyhodnocovací práce, jež nešly oddělit od šetřené veřejné zakázky) a na šetřenou veřejnou zakázku na realizaci vrtů, nemohou obstát.
226. Pakliže měl zadavatel pro takový postup jiné důvody, Úřadu takové důvody nesdělil. Úřadu tak nezbyvá než konstatovat, že nelze shledat žádné objektivní důvody pro to, aby zadavatel

²⁴ viz rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0195/2023/VZ, č. j. ÚOHS-31676/2023/500, ze dne 23. 8. 2023

nemohl poptávat i vrtné práce jako součást veřejné zakázky na komplexní geologické průzkumy, jak původně zamýšlel.

227. Úřad zdůrazňuje, že nezpochybňuje právo zadavatelů postupovat při zadávání veřejných zakázek s přihlédnutím k naplnění jejich potřeb a v tomto konkrétním případě respektuje rozhodnutí zadavatele poptávat vrtné práce samostatně, ať už z jakýchkoliv důvodů.
228. Pokud však zadavatel, jak bylo rozebráno výše, poptával geologické průzkumy postupem, který se vymyká běžné praxi i praxi samotného zadavatele a rovněž jeho původnímu záměru, aniž by současně zadavatel Úřad přesvědčil o tom, že pro takový postup existovaly relevantní důvody, nelze přisvědčit jeho tvrzení, že nemohl v daném případě postupovat jinak.
229. V této souvislosti Úřad připomíná, že při posuzování účelu veřejné zakázky je třeba vyjít z konečného záměru, který zadavatel její realizací sleduje, a významu, k němuž chce prostřednictvím zadání veřejné zakázky dojít, přičemž nemůže být rozhodným kritériem pouhý popis jejího předmětu.
230. Úřad opakuje, že předmětem šetřené veřejné zakázky jsou sice stavební práce spočívající ve vyhloubení vrtů, avšak tato veřejná zakázka zahrnuje mimo vyhloubení vrtů rovněž provedení odborných specializovaných služeb (inženýrsko-geologické, karotážní a hydrogeologické zkoušky a měření, geomechanické zkoušky hornin a zemin a chemické rozbory vod), které jsou významnou a nezbytnou součástí geologických průzkumů jak z hlediska jejich rozsahu (zde cca 49 % z hodnoty zakázky), tak z hlediska důležitosti pro proveditelnost geologických průzkumů a rovněž pro samotné vyhloubení vrtů, přičemž již výsledky těchto odborných služeb slouží pro získání hodnot pro účely zpracování odborných zpráv nutných pro projektování stavby tunelu. Úřad tedy již s ohledem na právě uvedené výše dovodil, že jako základní účel šetřené veřejné zakázky je nutné vnímat záměr zadavatele získat informace o geologických poměrech dané lokality, jenž může být naplněn provedením citovaných odborných specializovaných služeb.
231. Navíc pak Úřad opakuje, že geologické průzkumy pro stavební účely obecně jsou realizovány k posouzení vlastností geologického prostředí ve vztahu k plánované výstavbě, na jehož základě lze navrhnout řešení v souladu s ověřenou geologickou stavbou dané lokality, přičemž nemůže být pochyb o tom, že konečným záměrem zadavatele, který realizací šetřené veřejné zakázky sleduje, je právě získání výstupů potřebných pro možnost zpracování projektu tunelu, jak ostatně sám zadavatel uvádí ve výzvě k podání nabídky na šetřenou veřejnou zakázku.
232. Pro posouzení konečného záměru zadavatele sledovaného zadáváním šetřené veřejné zakázky nemůže být přitom podstatné, že zadavatel přistoupil k samostatnému zadávání vyhloubení vrtů vč. souvisejících odborných služeb a samostatnému zadávání geologických služeb (aniž by navíc nutnost takového postupu relevantním způsobem odůvodnil), když na účel řešené veřejné zakázky je třeba i v situaci, kdy z rozhodnutí zadavatele zahrnuje pouze část nezbytných úkonů pro realizaci sledovaného cíle, pohlížet se zohledněním celkového záměru zadavatele provést geologické průzkumy. Úřad je totiž přesvědčen, že veškeré geologické služby i vrtné práce mohou sloužit zadavateli až ve své celistvosti, resp. že jen tak bude naplněn zadavatelem zamýšlený záměr, s nímž k poptávání geologických průzkumů přistoupil, a to bez ohledu na to, jakým konkrétním způsobem jejich zadávání prostřednictvím dvou oddělených veřejných zakázek realizoval.

233. V daném případě tak Úřad shrnuje, že nemůže být pochyb o tom, že účelem šetřené veřejné zakázky (jak z pohledu jí samotné, jak bylo dovozeno již výše, tak při zohlednění její souvislosti s veřejnou zakázkou na geologické služby) je získání informací o geologických poměrech lokality, a že tento účel může být naplněn až provedením odborných geologických služeb.
234. Úřad podotýká, že v případě souběhu stavebních prací a služeb není z hlediska posouzení hlavního předmětu veřejné zakázky rozhodná předpokládaná hodnota dílčích předmětů veřejné zakázky, rozhodný je pouze základní účel. V řešené věci bylo shledáno jako základní účel řešené veřejné zakázky ověření geologických vlastností daného území, k jehož naplnění bude nutné provedení stavebních prací spočívajících ve vyhloubení vrtů a provedení služeb spočívajících v provedení odborných geologických služeb, přičemž je lhostejno, která z uvedených činností v rámci šetřené veřejné zakázky představuje z hlediska finančního vyšší hodnotu.
235. S ohledem na to, že je nutné považovat předmětnou veřejnou zakázku na služby, přičemž bylo dovozeno, že vzhledem k výši nabídkových cen nemůže jít o podlimitní veřejnou zakázku, konstatuje Úřad, že zadavatel v souvislosti se zadáváním šetřené veřejné zakázky pochybil, když stanovil, že jde o podlimitní sektorovou veřejnou zakázku, již není dle § 158 odst. 1 zákona povinen zadat v zadávacím řízení, a k zadání v rámci zadávacího řízení dle zákona nepřistoupil.
236. Úřad doplňuje, že v dané věci ústní jednání, jež pro případ potřeby dalšího vyjádření navrhoval zadavatel, nenařídil, neboť neshledal, že by ke splnění účelu vedeného správního řízení a k uplatnění práv jeho účastníků s ohledem na charakter řešené věci a posuzovaných podkladů bylo jeho konání potřebné.
237. Úřad uzavírá, že za situace, kdy zadavatel zadává sektorovou veřejnou zakázku s odkazem na § 158 odst. 1 zákona postupem mimo zadávací řízení, ačkoli zákonné podmínky pro takový postup splněny reálně nebyly, když zadavatel chybným určením druhu veřejné zakázky de facto snížil její předpokládanou hodnotu pod finanční limit podle § 25 zákona, nelze na takový postup zadavatele nahlížet jako na souladný se zákonem.
238. S ohledem na uvedené Úřad rozhodl, že zadavatel v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky porušil zákon, když směřuje k zadání sektorové veřejné zakázky s odkazem na § 158 odst. 1 zákona mimo zadávací řízení, ačkoliv nebyly naplněny podmínky uplatnění tohoto postupu, neboť jde o nadlimitní sektorovou veřejnou zakázku na služby a zadavatel je tak povinen veřejnou zakázku zadat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení uvedených v § 2 odst. 3 zákona. Proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K uložení nápravného opatření – výrok II. tohoto rozhodnutí

239. Podle § 263 odst. 7 zákona Úřad zadavateli zakáže pokračovat v návrhem napadeném postupu, pokud v řízení o návrhu proti postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, zjistí, že postup zadavatele je v rozporu s tímto zákonem nebo jej obchází.
240. Vzhledem k tomu, že v šetřeném případě zadavatel v rozporu s ustanovením § 2 odst. 3 zákona směřuje k zadání přezkoumávané veřejné zakázky mimo zadávací řízení, ačkoliv je povinen postupovat v některém z v úvahu připadajících druhů zadávacích řízení, rozhodl Úřad

o uložení zakazu zadavateli pokračovat v postupu směřujícím k uzavření smlouvy na řešenou veřejnou zakázku mimo zadávací řízení, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K uložení úhrady nákladů řízení – výrok III. tohoto rozhodnutí

241. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zakazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
242. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření, kterým zadavateli zakázal pokračovat v postupu směřujícím k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.
243. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2023000538.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona zasílají Úřadu výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Ing. Petr Vévoda

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Správa železnic, státní organizace, Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha
2. Mgr. Pavel Říčka, advokát, Ad Acta Advokátní kancelář, s.r.o., Türkova 2319/5, 149 00 Praha

Vypraveno dne:

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