UOHSX00F54RB

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0235/2020/VZ Brno 27.08.2021
Číslo jednací: ÚOHS-29085/2021/500/AIv

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 11. 6. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 16. 6. 2020 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – INFRAPROJEKT s.r.o., IČO 04476476, se sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 5. 2020 Mgr. Tadeuszem Zientkem, advokátem, ev. č. ČAK 11385, Zientek & Olivík, advokátní kancelář, se sídlem Stodolní 1785/31, 702 00 Ostrava,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky »Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“« v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000627, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 24. 2. 2020 a 3. 4. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012594, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 26. 2. 2020 a 3. 4. 2020,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – INFRAPROJEKT s.r.o., IČO 04476476, se sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno – ze dne 11. 6. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 – učiněných při zadávání veřejné zakázky »Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“« v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000627, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 24. 2. 2020 a 3. 4. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012594, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 26. 2. 2020 a 3. 4. 2020, **se v části návrhu** týkající se neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020, které bylo téhož dne uveřejněno na profilu zadavatele, a kterým byla dle jmenovaného navrhovatele provedena změna zadávací dokumentace, která prodloužení lhůty pro podání nabídek vyžadovala, **podle** ustanovení **§ 257 písm. h) zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, **neboť** předmětné části návrhu **nepředcházely řádně a včas podané námitky**, **jelikož lhůta pro podání námitek** ve smyslu ustanovení § 242 odst. 2 citovaného zákona, ve které byl jmenovaný navrhovatel povinen námitky podat, **činila 15 dnů ode dne 16. 4. 2020, kdy jmenovaný zadavatel na svém profilu zadavatele uveřejnil předmětné vysvětlení zadávací dokumentace**, avšak námitky ze dne 15. 5. 2020 obsahující argumentaci odpovídající předmětné části návrhu byly navrhovatelem zadavateli doručeny až dne 15. 5. 2020, tedy po marném uplynutí zákonné lhůty, k němuž došlo dne 4. 5. 2020.

II.

Návrh navrhovatele – INFRAPROJEKT s.r.o., IČO 04476476, se sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno – ze dne 11. 6. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 – učiněných při zadávání veřejné zakázky »Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“« v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000627, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 24. 2. 2020 a 3. 4. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012594, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 26. 2. 2020 a 3. 4. 2020, **se** podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, vyjma části návrhu týkající se neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020, které bylo téhož dne uveřejněno na profilu zadavatele, a kterým byla dle jmenovaného navrhovatele provedena změna zadávací dokumentace, která prodloužení lhůty pro podání nabídek vyžadovala, **zamítá**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 16. 6. 2020 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – který je zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) a dle § 4 odst. 3 ve spojení s § 151 odst. 2 zákona, zahájil dne 7. 1. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené zadávací řízení za účelem zadání sektorové veřejné zakázky »Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“« (dále jen „veřejná zakázka“).

2. V čl. II.1.4) „Stručný popis“ oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že *„Předmětem plnění veřejné zakázky jsou práce a činnosti spojené s provedením geotechnického monitoringu raženého díla při realizaci stavby: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ (dále jen „Stavba“) a dále pak pasportizace stavu budov, sítí a objektů se Stavbou souvisejících.“.*

3. V čl. II.2.6) „Předpokládaná hodnota“ oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že předpokládá hodnota veřejné zakázky je 890 000 000 Kč bez DPH.

4. V čl. VII.1.2) „Změny“ formuláře F14 – Oprava – Oznámení změn nebo dodatečných informací“ je uvedeno lhůta pro doručení nabídek se mění na datum 18. 5. 2020.

5. Dne 15. 5. 2020 doručil dodavatel INFRAPROJEKT s.r.o., IČO 04476476, se sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 10. 5. 2020 Mgr. Tadeuszem Zientkem, advokátem, ev. č. ČAK 11385, Zientek & Olivík, advokátní kancelář, se sídlem Stodolní 1785/31, 702 00 Ostrava (dále jen „navrhovatel“) zadavateli námitky z téhož dne, kterými brojil proti stanovení zadávacích podmínek (dále jen „námitky“). Rozhodnutím o námitkách ze dne 1. 6. 2020, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), zadavatel námitky navrhovatele odmítl.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 11. 6. 2020 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

Obsah návrhu

7. Navrhovatel brojí proti zadávacím podmínkám, které dle jeho názoru narušují základní zásady zadávacího řízení a nedůvodně omezují hospodářskou soutěž, přičemž postup zadavatele způsobuje navrhovateli dle jeho tvrzení újmu spočívající v nemožnosti se zúčastnit zadávacího řízení. Navrhovatel spatřuje porušení zákona při stanovení zadávacích podmínek v několika rovinách, které budou následně popsány. Navrhovatel úvodem konstatuje, že okruh možných dodavatelů (zřejmě i vlivem nesprávně stanovené předpokládané hodnoty veřejné zakázky) se omezuje prakticky na dodavatele INSET s. r. o., přičemž navrhovatel vyjadřuje obavu, že se tento dodavatel mohl spojit s konkurencí oslovenou zadavatelem v rámci předběžných tržních

konzultací a další nabídky mohly být nabídky krycí. Dle navrhovatele se zadavatel k této skutečnosti v rámci námitek nevyjádřil.

K nesprávnému stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky

8. Dle navrhovatele je předpokládaná hodnota veřejné zakázky ve výši 890 mil. Kč bez DPH extrémně nadhodnocená a zadavatel při jejím stanovení porušil pravidla dle § 16 odst. 2 zákona. Tento chybný postup zadavatele má dle navrhovatele zásadní dopady na posouzení přiměřenosti stanovení některých kvalifikačních předpokladů, resp. vede k nadhodnocení kvalifikačních limitů. K nadhodnocení předpokládané hodnoty veřejné zakázky dle názoru navrhovatele došlo v důsledku uměle navýšeného předpokládaného rozsahu poskytovaných služeb uvedených v soupisu prací k monitoringu. Navrhovatel uvádí, že rozumí tomu, že u obdobných služeb, kdy reálný rozsah prací není zadavateli předem znám, je vhodné předpokládanou hodnotu veřejné zakázky mírně navýšit, nicméně v takovém případě je toto navýšení nutno držet vždy v rámci rozumných mezí a v mezích zákona. Dle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách tvrdí, že při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky měl k dispozici údaje a informace o stejných či obdobných zakázkách, přičemž vycházel i z předběžných tržních konzultací a kontrolního rozpočtu vypracovaného odborníky. Navrhovatel tento postup považuje za nepravděpodobný, přičemž se domnívá, že jediným podkladem pro stanovení předpokládaného hodnoty veřejné zakázky byla data z kontrolního rozpočtu, která však nebyla jakkoliv verifikována. Dle navrhovatele zadavatel neprovedl geomechanické výpočty, rizikovou analýzu, nedefinoval kritické hodnoty a varovné stavy ani jejich kritéria, a to vše v rozporu s dokumentem „Technické podmínky“ TP-237 vydávaným Ministerstvem dopravy ČR (dále jen „TP-237“), podle kterého měl být dle čl. 1.4 Technické zprávy A, která je součástí zadávacích podmínek, navržen a realizován geotechnický monitoring. Navrhovatel rovněž rozporuje tvrzení zadavatele, že se o správnosti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky přesvědčil prostřednictvím obdržených nabídek. Dle navrhovatele jsou nabídkové ceny stejně nadhodnocené jako předpokládaná hodnota veřejné zakázky. Zadavatel se rovněž z nadhodnocení předpokládané hodnoty veřejné zakázky sám přiznal, když v rozhodnutí o námitkách uvedl, že tuto stanovil s menší finanční rezervou, což označuje za běžný postup. Takový postup však navrhovatel považuje za netransparentní. Navrhovatel k tomu uzavírá, že zadavatel stanovil předpokládanou hodnotu veřejné zakázky tzv. „od boku“. V této části návrhu navrhovatel ve vztahu k obsahu rozhodnutí o námitkách konstatuje, že nenamítal, že by nesprávné stanovení předpokládané hodnoty mělo mít dopady na zadávání veřejné zakázky v jiném přísnějším režimu. Dle navrhovatele je argumentace zadavatele uvedená ve druhém odstavci na str. 3 rozhodnutí o námitkách bezpředmětná, nesrozumitelná a nereaguje na navrhovatelem vytýkaná pochybení v této souvislosti.

K nezákonnosti požadavku na ekonomickou kvalifikaci

9. Navrhovatel dále uvádí, že zadavatel stanovil v zadávací dokumentaci požadavek na celkový roční obrat dodavatele, který nesmí činit v žádném z bezprostředně předcházejících tří uzavřených období méně než 300 mil. Kč bez DPH. Navrhovatel rozporuje tvrzení zadavatele uvedené ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4., že stanovil obrat na úrovni cca 17 % zákonem připuštěného limitu. Dle navrhovatele v případě déletrvajících služeb či stavebních prací se standardně dovozuje, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky se musí pro účely výpočtu přiměřené hodnoty požadavku na minimální roční obrat přepočíst na rok trvání veřejné zakázky, což vyplývá např. z rozhodnutí Úřadu vydaného pod sp. zn. S9/2015/VZ. Dle

navrhovatele je celková délka plnění veřejné zakázky 9,5 roku. Pokud by takto byla přepočtena předpokládaná hodnota veřejné zakázky na jeden rok trvání služby (890 mil. Kč/9,5 roku), pak takto přepočtená hodnota činí cca 93,7 mil. Kč, z čehož vyplývá maximálně přípustný limit pro stanovení podmínky ročního obratu cca 187 mil. Kč, tedy podstatně méně, než kolik činí zadavatelem nastavený limit. Vzhledem k nadhodnocené předpokládané hodnotě veřejné zakázky bude dle navrhovatele reálný a formálně maximální limit pro stanovení požadavku na roční obrat dodavatele mnohem nižší. Negativní dopad takového postupu je dle navrhovatele zesílen skutečností, že zadavatel neumožnil „skládání“ ekonomické kvalifikace. Navrhovatel dále uvádí, že v době odeslání žádosti zadavatele o předběžnou tržní konzultaci požadavek na roční obrat nesplňoval žádný z oslovených dodavatelů. Dle navrhovatele zadavatel fakticky eliminoval veškeré dodavatele na trhu. Pakliže zadavatel argumentuje „otevřeným celosvětovým trhem“ pak tomuto navrhovatel oponuje, neboť předběžné tržní konzultace v rámci celosvětového trhu zadavatel neprovedl a nemá tedy představu, kolik subjektů takový požadavek na výši obratu může splnit. Co se týká argumentu zadavatele, že v zadávacím řízení na sektorovou veřejnou zakázku může využít i jiná kritéria kvalifikace, než ta, uvedená v části čtvrté zákona, navrhovatel uvádí, že dle závěrů rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. R0298/2016/VZ, pokud se zadavatel sektorové veřejné zakázky rozhodne použít kritéria kvalifikace uvedená v části čtvrté zákona, pak je povinen dostát i dalším pravidlům stanoveným v této části zákona.

K nezákonnosti požadavku na technickou kvalifikaci – požadavek na realizaci referenčních služeb v intravilánu obce

10. Navrhovatel v této části návrhu odkazuje na požadavek uvedený v bodu 5.6.1 písm. i) zadávací dokumentace na předložení seznamu významných služeb (referencí) spočívajících v geotechnickém monitoringu, které měly být realizovány v intravilánu obce. Dle navrhovatele je požadavek diskriminační, neboť na zkušenost dodavatelů nemá žádný vliv skutečnost, zda byla služba realizována v intravilánu obce, či nikoliv. Povaha poskytované služby je z hlediska užitých postupů dle navrhovatele stejná. Výslovné trvání na zkušenosti při realizaci služby v intravilánu je tak v rozporu s § 36 odst. 1 zákona. Dle navrhovatele má diskriminační charakter i pojem intravilán, neboť je nejasný a neurčitý, přičemž není zjevné, zda se jím míní zastavěné území ve formálním smyslu (typicky dle územního plánu) nebo v materiálním smyslu (pod budovami bez ohledu na plánovací dokumentaci obcí či jiné veřejnoprávní vymezení). K argumentu zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že je fakticky vyloučeno, aby existovala dopravní stavba, která je sice budována v intravilánu, ale nenachází se nad ní žádné stavby, navrhovatel upozorňuje, že blízkým příkladem je tunel Blanka, který, ač byl realizován ve formálně vymezeném zastavěném území, fakticky se nad ním nachází minimum staveb. Navrhovatel uvádí, že nastavené kritérium na referenční zakázku může v ČR splňovat pouze dodavatel INSET s. r. o. s referencí na tunel Blanka. Navrhovatel k tomu uvedl, že zadavatel se s touto námitkou nevypořádal, resp. se s námitkou vypořádal tak, že veřejná zakázka není omezena na střední Evropu.

11. Navrhovatel dále uvádí, že i stanovený finanční rozsah referencí je nepřiměřený s ohledem na skutečnou reálnou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Kromě uvedeného navrhovatel dále poukazuje na to, že u dlouhodobě poskytovaných služeb nemůže být požadavek na finanční hodnotu referenční služby stanoven bez ohledu na délku trvání referenční služby. Navrhovatel je přesvědčen, že kombinace zadavatelem vymezených požadavků na reference,

jak ohledně věcného vymezení, tak finančních hodnot, znamená nepřípustné omezení hospodářské soutěže. Navrhovatel k tomu uzavírá, že zadavatel svým postupem porušil § 73 odst. 6 a § 36 odst. 1 zákona.

K nezákonnosti požadavku na technickou kvalifikaci - požadavek na technické vybavení

12. Navrhovatel uvádí, že zadavatel požaduje, aby konvergenční měření v rámci realizace veřejné zakázky bylo prováděno geodeticky, a vysvětluje, v čem toto měření spočívá. Dle navrhovatele jsou pravidla pro provádění geotechnického monitoringu při přípravě a výstavbě pozemních komunikací závazně stanovena mj. v TP 237, přičemž zadavatel dle slov navrhovatele požaduje v rámci projektové dokumentace zajistit výrazně vyšší přesnost měření, než je v tomto předpise požadováno. Navrhovatel dále uvádí, že dle technické zprávy B, která je součástí zadávacích podmínek, zadavatel vyžaduje při plnění veřejné zakázky zajištění určité přesnosti měření, nicméně v rámci požadavku na prokázání technické kvalifikace dle bodu 5.6.4 „Seznam nástrojů nebo pomůcek k plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace zadavatel požaduje, aby dodavatelé disponovali přístroji o naprosto (řádově) odlišných parametrech (tj. přístroji s přesností měření vyšší, než je požadovaná přesnost měření dle technické zprávy B), aniž by byl tento požadavek opřen o jakékoliv faktické důvody. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s tvrzením zadavatele v rozhodnutí o námitkách, že požadavek na přesnost přístrojového vybavení musí být vždy přísnější než požadovaná přesnost měření. Dle navrhovatele zadavatel extrémně navýšil náklady na jednotlivá měření v důsledku naprosto neopodstatněného požadavku na přístrojové vybavení. Požadavek na přesnost měření diskriminuje ty dodavatele, kteří těmito nepřiměřeně nadstandardními a drahými přístroji běžně nedisponují a jejichž zajištění je pro ně finančně velmi náročné. Navrhovatel je tak přesvědčen o nepřiměřenosti a diskriminační povaze požadavku na přístrojové vybavení.

K nezákonnosti požadavku na technickou kvalifikaci - požadavek na kvalifikaci osob

13. V bodě 5.6.2 „Seznam techniků“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil k prokázání splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. c) zákona požadavek na předložení seznamu osob, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Dle navrhovatele je koncepce požadavků na kvalifikaci osob nelogická a v konečném důsledku nepřiměřená a diskriminační, neboť u jednotlivých profesí nezohledňuje náročnost a důležitost těchto jednotlivých profesí pro plnění veřejné zakázky. Např. u osoby zajišťující odbornou způsobilost v oboru statika a dynamika staveb zadávací dokumentace jako u jediné osoby nelogicky neobsahuje žádný požadavek na zkušenost této klíčové osoby, přičemž u méně významných osob je vyžadována jak zkušenost, tak extrémně vysoká finanční hodnota poskytované služby. Navrhovatel uvádí, že za problematické považuje zejména požadavky u osoby zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a oboru inženýrská geologie a hydrogeologie. Navrhovatel uvádí, že zadavatel nastavil na tyto pozice požadavek na zkušenosti s činností v týmu monitoringu (resp. na pozici vedoucího nebo zástupce vedoucího kanceláře monitoringu) s „hodnotou poskytované služby“ min. 50 mil. Kč bez DPH nejasně, neboť z požadavku není zřejmé, co se rozumí hodnotou poskytované služby. Dle navrhovatele je daný požadavek rovněž diskriminační, neboť neodpovídá hlediskům pro stanovení kvalifikačních požadavků ve vazbě na reálnou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a zejména (při zohlednění výkladu zadavatele uvedeného v rozhodnutí o námitkách, podle něhož je „hodnotou poskytované služby“ myšlena služba monitoringu) nebere v úvahu obvyklou praxi v tunelářsky rozvinutých zemích, ve kterých se standardně uzavírají s danými odborníky samostatné obchodní smlouvy

pro jednotlivé činnosti v rámci monitoringu jako celku, tj. přestože jsou následně tito odborníci činní v týmu monitoringu, neposkytují službu monitoringu jako celku a nemohou tak mít potřebné informace o celkové hodnotě všech jiných členů týmu monitoringu.

K nepřiměřenosti poddodavatelského omezení

14. Zadavatel si v bodu 5.7.3 „Poddodavatelské omezení“ zadávací dokumentace ve smyslu § 105 odst. 2 zákona vyhradil požadavek, že „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ musí být plněna přímo vybraným dodavatelem. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel postupoval v rozporu s hledisky podmiňujícími použití výhrady dle § 105 odst. 2 zákona, neboť v případě geodetických měření včetně konvergenčních měření materiálně nejde o významné činnosti při plnění veřejné zakázky. Geodetická měření včetně konvergenčního měření jsou dle navrhovatele pouze rutinní a mechanickou činností s minimálním prostorem pro zásadní ovlivnění celé stavby, která v žádném případě neodůvodňuje výše uvedenou výhradu. V reakci na rozhodnutí zadavatele o námitkách navrhovatel uvádí, že nerozporuje, že geodetická měření jsou jednou z hlavních náplní veřejné zakázky, nicméně tato skutečnost sama o sobě ještě zadavatele neopravňuje k využití výhrady podle § 105 odst. 2 zákona, neboť takovéto plnění ještě nemusí být významné ve smyslu citovaného ustanovení zákona. Právě s ohledem na to, že v případě geodetického měření se jedná o rutinní činnost, kterou zjednodušeně řečeno může vykonávat kterýkoliv poddodavatel, a právě proto, že výkon podstatně významnějších činností si zadavatel nevyhradil, navrhovatel v námitkách namítal nepřiměřené a diskriminační využití výhrady dle § 105 odst. 2 zákona.

Ke stanovení požadavku na výkon soudně znalecké činnosti

15. V bodu 5.4 písm. b) zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavky na předložení dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky [§ 77 odst. 2 písm. a) zákona], zejména dokladu prokazujícího příslušné živnostenské oprávnění, licence či jiného oprávnění, a to mj. k výkonu soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví. Navrhovatel k tomuto předně uvádí, že žádné oprávnění k podnikání dodavatele ve smyslu ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) zákona k „výkonu soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví“ neexistuje a dodavatelé tak neměli možnost takto formulovaný požadavek zadavatele splnit. Podřazení daného požadavku pod ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) zákona dále fakticky znamená, že řádně se účastnit zadávacího řízení mohli pouze dodavatelé, kteří jsou buďto sami fyzické osoby - znalci, nebo se zadávacího řízení účastní společně s těmito fyzickými osobami - znalci (ať už ve sdružení nebo poddodavatelsky), neboť jen takové osoby mohou splnit kvalifikační požadavek dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona, který se vždy vztahuje k přímo osobě dodavatele.

16. Pokud měl zadavatel v úmyslu stanovit požadavek na oprávnění k výkonu znalecké činnosti v oboru stavebnictví (jak vyplývá z rozhodnutí o námitkách), měl tak dle navrhovatele učinit korektně a transparentně v rámci požadavku dle § 77 odst. 2 písm. c) zákona a nikoliv § 77 odst. 2 písm. a) zákona, přičemž měl zároveň uvést konkrétní doklad, který požaduje pro takovouto osobu předložit.

Ke stanovení požadavku na použití snímků z družice TerraSAR-X

17. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v čl. 6.3 technické zprávy pro část A (která je součástí zadávacích podmínek) a v položce č. 86 soupisu prací geomonitoringu stanovil požadavek na využití snímků z družice TerraSAR-X při měření pomocí radarové diferenční interferometrie. Dle navrhovatele zadavatel tímto požadavkem porušil § 89 odst. 5 a 6 zákona, když odkazuje na konkrétní řešení, které není odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a neumožnil ani dodavatelům nabídnout rovnocenné řešení. Dle navrhovatele zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že systém TerraSAR-X zvolil pro jeho požadované vlastnosti, a že navrhovatelem v námitkách uváděná sesterská družice TanDEM-X je součástí systému TerraSAR-X a nejedná se tedy o jiné, rovnocenné plnění. V této souvislosti navrhovatel upozorňuje, že zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil požadavky na snímky z družice a nikoliv ze systému. Navrhovatel si je vědom, že družice TanDEM-X je sesterskou družicí družice TerraSAR-X a že se jedná se o konstrukčně i co do schopností téměř identickou (resp. modernizovanou) verzi družice TerraSAR-X, přičemž obě sdílí stejný blízký vesmírný prostor a také mohou operovat synchronně (např. pořizují stejné snímky, které se následně mohou kombinovat pro lepší výsledky). Dle navrhovatele se však nicméně jedná o dvě naprosto oddělené a samostatné družice (včetně termínu vypuštění), kdy každá z nich pořizuje snímky zcela samostatně. Nelze tedy v žádném případě souhlasit s tím, že oba tyto pojmy lze libovolně zaměňovat, resp. že družici TanDEM-X lze považovat za „součást“ zadavatelem výslovně požadovaného plnění, neboť zadavatel požadoval snímky z družice TerraSAR-X. Pokud tedy zadavatel chtěl umožnit využití obou těchto družic, měl toto specifikovat již uvedením širšího a přesného označení družice TerraSAR-X a družice TanDEM-X, nebo systému TerraSAR-X/TanDEM-X.

18. Navrhovatel dále uvádí, že není pravdou, že systém TerraSAR-X/TanDEM-X je jediným systémem, který splňuje stanovené zcela konkrétní a odchylku nepřipouštějící parametry. Identickým klonem těchto družic je dle navrhovatele totiž družice PAZ. Navrhovatel je kromě toho přesvědčen, že konkrétní odkaz zadavatele na použití snímků z družice TerraSAR-X je nepřípustný i z důvodu, že technické podmínky pro monitoring metodou dálkového průzkumu země bylo možno a nutno stanovit opisně uvedením požadavků na výsledek tak, aby dodavatelé mohli nabízet plnění, které bude odpovídat požadavkům zadavatele. Navrhovatel navíc dále zpochybňuje, že jsou to jedině snímky z družice TerraSAR-X které mohou vyhovět požadavkům zadavatele. Navrhovatel se dále zabývá otázkou odůvodněnosti technických parametrů snímků, tj. proč zadavatel požaduje právě dobu přeletu družice 11 dnů, rozporuje předepsaný počet snímků, velikost obrázku a prostorové rozlišení snímků. Navrhovatel rovněž uvádí, že zadavatel automaticky znemožnil využití alternativních družic, které splňují jiné požadované parametry, a tedy znemožnil v rámci analýzy dat kombinování snímků z více družic, což je dle navrhovatele v daném oboru zcela standardní. Zadavatelem stanovené podmínky tak dle navrhovatele zcela vylučují standardně používané přístupy, které mohou v takto komplexních analýzách kombinovat volně dostupné zdroje (např. SENTINEL) a komerční senzory s vyšším rozlišením (např. TerraSAR-X/TanDEM-X, COSMO-SkyMed, PAZ). Takto zvolené řešení může být dle navrhovatele nejen výrazně levnější, ale rovněž flexibilnější a v konečném důsledku kvalitnější.

19. Navrhovatel uvádí, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách argumentuje rozhodnutím Úřadu, kde byla potvrzena správnost přímého odkazu na navigační systém GPS či dodávku SW (Microsoft). Dle navrhovatele je však takové srovnání bezpředmětné, neboť zcela jistě neplatí, že konkrétní potřeba zadavatele spočívající v použití radarové diferenční interferometrie

může být splněna pouze za využití snímků z družice TerraSAR-X. Satelitní data jsou prakticky vždy dodávána ve standardních rastrových formátech a nekladou žádný specifický požadavek na software či hardware. Jsou nezávislá na technologii a je pouze na zpracovateli, jak s nimi naloží. Toto nelze říci o systému GPS ani Microsoft.

20. Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel nezdůvodnil konkrétní potřebu využití snímků z družice TerraSAR-X, ani potřebu pro stanovení této družici odpovídajících parametrů. Zadavatel ani neuvedl, proč nemůže ke stejnému nebo obdobnému naplnění jeho potřeby využít i jinou plně srovnatelnou či lepší družici, potažmo kombinaci více přístupů, a omezil se na zcela bezobsažné obecné srovnání parametrů jednotlivých družic, když je zcela logické, že v určitých dílčích parametrech se budou tato řešení mírně odlišovat, aniž by to ovšem mělo vliv na jejich funkcionalitu a využitelnost pro předmětné plnění. Kromě toho zadavatel v rozporu s § 89 odst. 6 zákona ani neumožnil nabídnutí rovnocenného řešení, přestože tato existují, a to dokonce řešení identická (např. družice PAZ a TanDEM-X), nebo lepší (družice COSMO-SkyMed).

K netransparentnímu uveřejnění projektové dokumentace

21. Podle navrhovatele zadavatel v bodu 3.5 „Přístup k zadávací dokumentaci“ zadávací dokumentace stanovil, že projektová dokumentace bude z důvodu ochrany důvěrných informací dodavatelům předána osobně v sídle zástupce zadavatele. Navrhovatel si v souladu s tímto projektovou dokumentaci (na nosiči CD) vyzvedl. Zadavatel poté v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 uvedl, že v důsledku jeho administrativního pochybení nebyla v rámci doposud předaných CD nosičů předána kompletní projektová dokumentace. Dále dle navrhovatele zadavatel uvedl, že dodavatelům, kterým již byla projektová dokumentace předána, zašle chybějící část prostřednictvím elektronického nástroje, a dodavatelům, kteří teprve budou projektovou dokumentaci přebírat, již bude předána projektová dokumentace standardním způsobem.

22. Navrhovatel uvádí, že zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 v rámci odpovědi na dotaz na poskytnutí pouze seznamu jednotlivých příloh v rámci neveřejné části zadávací dokumentace uvedl, že *„požadavek na předložení podrobného seznamu překračuje rámec zákonného institutu žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, zadavatel mu proto nemůže vyhovět.“.* Zadávací podmínky jsou tedy podle navrhovatele i ve spojení s výše uvedeným postupem zadavatele netransparentní, když zadavatel měl žádosti daného dodavatele vyhovět a obsah projektové dokumentace uveřejnit, zvláště za situace administrativního pochybení při předávání dokumentace. Dle názoru navrhovatele tak měl zadavatel dokonce učinit již na počátku zadávacího řízení a seznam těchto dokumentů transparentně uvést v rámci zadávací dokumentace tak, aby si každý dodavatel mohl bez zbytečného odkladu po převzetí projektové dokumentace, resp. ideálně okamžitě, sám ověřit, že předaná dokumentace je kompletní. Postup zadavatele považuje navrhovatel za netransparentní a diskriminační. K argumentaci zadavatele uvedené v rozhodnutí o námitkách navrhovatel uvádí, že rozumí strategickému významu dané stavby a také tomu, proč byla projektová dokumentace v „neveřejném“ režimu, avšak právě s ohledem na strategický význam zakázky má být dle názoru navrhovatele v zájmu zadavatele, aby dodavatelům při přípravě jejich nabídek co nejvíce usnadnil práci.

23. K tvrzení zadavatele, že o předání všech částí projektové dokumentace existuje transparentní auditní stopa v podobě předávacího protokolu a záznamu v elektronickém nástroji, navrhovatel uvádí, že i toto tvrzení je nerelevantní, neboť ona údajná „auditní stopa“ v podobě předávacího protokolu existovala i k původně předávaným CD, a přesto se na nich významná část projektové dokumentace nenacházela. Zadavatel tak transparentním způsobem neuveřejnil (a toto dokonce výslovně odmítl) seznam dokumentů, ze kterých se má projektová dokumentace skládat.

K postupu zadavatele při změně zadávacích podmínek

24. Navrhovatel napadá rovněž postup zadavatele související s vysvětlením zadávací dokumentace a se změnou zadávacích podmínek. Dle navrhovatele zadavatel dne 16. 4. 2020 uveřejnil vysvětlení zadávací dokumentace č. 6, ve kterém mimo jiné informoval dodavatele o provedené změně č. 3, která spočívá ve změně třetího odstavce čl. 5.7.3 bod iv. „Poddodavatelské omezení“ zadávací dokumentace, týkající se výhrady plnění dle § 105 odst. 2 zákona, kdy do uvedeného bodu iv. doplnil požadavek na dispozici certifikáty (ISO 45001, EN 9001 a EN ISO 14001), které byly již uvedeny v bodě 5.6.3 „Seznam opatření k zajištění kvality“ zadávací dokumentace. K tomu zadavatel podle navrhovatele ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 uvedl, že provedená změna nerozšiřuje okruh potenciálních dodavatelů, neboť se jedná pouze o drobnou formulační úpravu bez ohledu na faktickou podobu zadávacích podmínek. Dle navrhovatele se v případě této změny nejedná pouze o formulační nebo jinou formální změnu zadávací dokumentace, ale o změnu, která měla dle navrhovatele poměrně závažné dopady na omezení možnosti dodavatelů prokázat část technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatelů. Navrhovatel je názoru, že předmětná změna zadávací dokumentace vyžadovala přiměřené prodloužení lhůty pro podání nabídek alespoň tak, aby od uveřejnění vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 činila celou svou původní délku.

K neúplnosti soupisu prací

25. Navrhovatel uvádí, že v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 byl zadavatel na základě dotazu č. 2 mj. požádán o doplnění soupisu prací ve vztahu k fyzickému sledování dotčených objektů nadzemní zástavby (pokud má být realizováno). Zadavatel dle navrhovatele v reakci na tento dotaz mj. uvedl, že „v rámci soutěžených služeb je uvažováno s fyzickým sledováním vybraných objektů, přičemž tato činnost je zahrnuta v soupisu prací např. při odečtu šířky“. Výše uvedené vysvětlení považuje navrhovatel za absurdní, neboť tím zadavatel otevřeně přiznává, že položkový rozpočet není úplný a zároveň nelogicky požaduje, aby fyzické prohlídky byly účtovány v rámci jiné „služby“, tj. položky odečtu šířky trhlin, která však nemusí být reálně poskytnuta a účtována (tato služba je účtována pouze v případě, že se při fyzické prohlídce zjistí reálný problém). Dle navrhovatele zadavatel k tomuto v rozhodnutí o námitkách uvedl, že fyzické sledování zvlášť nepožadoval, a jako takové ani nemůže mít ani vlastní položku k ocenění. Zároveň zadavatel dle navrhovatele uvedl, že dodavatelé budou v rámci poskytovaných služeb sledované objekty fyzicky navštěvovat např. při odečtu trhlin. Dle navrhovatele proto bude buď dodavatel poskytovat tyto indikované fyzické prohlídky „bez zjištění trhlin“ zdarma, nebo je bude muset „rozpouštět“ do jiných položek v rámci rozpočtu (bude účtovat něco, co ve skutečnosti nebylo provedeno).

26. Navrhovatel tedy trvá na tom, že zadavatel v tomto ohledu postupoval jednak netransparentně v rámci uvedeného vysvětlení zadávací dokumentace, a jednak v rozporu s §

36 odst. 3 zákona nestanovil zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

27. 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 o přezkoumání úkonů zadavatele dne 11. 6. 2020, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen téhož dne.

28. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:

    - zadavatel,
    - navrhovatel.

29. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-17950/2020/511/JNv ze dne 15. 6. 2020.

30. Zadavatel se vyjádřil k návrhu svým přípisem ze dne 22. 6. 2020, který byl Úřadu doručen téhož dne (dále jen „vyjádření k návrhu“).

Vyjádření zadavatele k návrhu

31. Zadavatel uvádí, že jednotlivé námitky navrhovatele vypořádal již v rozhodnutí o námitkách, a proto se ve vyjádření k návrhu zaměří na vystižení podstaty tvrzených sporných bodů a přehledné a srozumitelné vysvětlení nesprávnosti argumentů zadavatele.

Ke stanovení předpokládané hodnoty

32. Zadavatel uvádí, že svůj postup při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky navrhovateli popsal v rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel uvádí, že položky soupisu prací byly zadavatelem nadhodnoceny, avšak navrhovatel neuvádí žádné konkrétní položky, o které by se mělo jednat, a tedy zadavatel nemá možnost se v této rovině k tvrzení navrhovatele vyjádřit. Zadavatel připomíná, že využil různých institutů pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tj. zejména předběžnou tržní konzultaci, údaje a informace o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění, a rovněž předpokládaná hodnota vychází z kontrolního rozpočtu vypracovaného odborníkem. Zadavatel uvádí, že není pravdou, že by neprovedl geomechanické výpočty, rizikovou analýzu, nedefinoval kritické hodnoty a varovné stavy ani jejich kritéria, což navrhovatel ani v námitkách nezmiňoval a jedná se tak o nový argument; zadavatel toto vše učinil v souladu s TP-237. Zadavatel nicméně konstatuje, že navrhovatel význam stanovení varovných stavů nadhodnocuje a přikládá jim větší význam, než ve skutečnosti mají. Zadavatel rovněž odmítá nařčení o „skryté rezervě“ které je dezinterpretací vyjádření zadavatele. Zadavatel dle svého vyjádření v rozhodnutí o námitkách pouze vysvětlil, že předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanovil naceněním kontrolního rozpočtu a tuto částku pak mírně navýšil, jak je v praxi běžné. Dle názoru zadavatele navrhovatel vůbec nevzal na zřetel argumenty zadavatele týkající se složitosti plnění veřejné zakázky.

K ekonomické kvalifikaci

33. Zadavatel uvádí, že v rozhodnutí o námitkách jednoznačně vypořádal námitku navrhovatele týkající se přepočtu hodnoty požadavku na minimální roční obrat na rok trvání veřejné

zakázky. Zadavatel uvádí, že tato argumentace odporuje textu zákona. Pokud by zákonodárce považoval za vhodné stanovit podmínku výše ročního obratu v přepočtu na rok plnění, učinil by tak. Zadavatel tvrdí, že postupoval při vymezení ekonomické kvalifikace dle § 78 odst. 2 a 73 odst. 6 zákona. Zadavatel uvádí, že ekonomickou kvalifikaci stanovil na úrovni jedné třetiny celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel je přesvědčen, že vyvrátil možnost aplikace závěrů rozhodnutí Úřadu vydané pod sp. zn. S9/2015/VZ. Dle zadavatele navrhovatel rovněž ignoruje zásadní okolnost pro stanovení ekonomické kvalifikace, což je skutečnost nelineárního plnění v čase. K nemožnosti skládání ekonomické kvalifikace zadavatel uvádí, že v rozhodnutí o námitkách vysvětlil, že požaduje k plnění veřejné zakázky strategického významu ekonomicky silný subjekt. Co se týká ustanovení § 167 odst. 1 zákona, to umožňuje zadavatelům sektorových veřejných zakázek využít i jiná kritéria kvalifikace, než která vymezuje zákon. Zadavatel uvádí, že nemá v tomto smyslu naprostou volnost, ale má možnost variace v zákoně formulovaných standardních kritériích.

K technické kvalifikaci – požadavek na realizaci referenčních služeb v intravilánu obce

34. Zadavatel uvádí, že nesouhlasí s představou navrhovatele, že služby odpovídající předmětu veřejné zakázky realizované v intravilánu obce a mimo intravilán jsou obdobné, resp. že mezi nimi není rozdíl. Tvrzení navrhovatele, že konkrétní postupy jsou při měření v obou případech, tedy v obci i mimo ni, naprosto totožné, považuje zadavatel za velmi zavádějící, a to zejména proto, že rozdíl zjevně nespočívá přímo v metodice prací, ale ve způsobu jejich zabezpečení a zabezpečení místa výkonu. Tato zkušenost je pak tím rozdílem v kvalifikaci, pro který zadavatel požaduje prokázání předmětných referenčních služeb. Případné následky spojené s nedodržením technologických postupů a dalších povinností při geotechnickém monitoringu jsou dle zadavatele v případě realizace podzemní stavby v husté zástavbě vyšší, než v případě realizace na zelené louce. Přestože dle zadavatele si navrhovatel rozdíly uvědomuje, nepovažuje je za relevantní, avšak podle zadavatele právě tyto rozdíly, rizika a následky odůvodňují požadavky zadavatele. Zadavatel tyto rozdíly, rizika a následky považuje za natolik závažné a podstatné, že se rozhodl stanovit požadavky tak, aby dodavatel předmětnou zkušenost prokázal.

35. Pojem intravilán zadavatel dle svého vyjádření objasnil již v rámci vysvětlení zadávací dokumentace a poté také v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel uvádí, že mu navrhovatel dává nevědomky zapravdu, když uvádí, že i nad tunelem Blanka, který byl realizován ve formálně vymezeném zastavěném území, se fakticky stavby nachází. Navrhovatel tak potvrzuje argumentaci zadavatele, že fakticky neexistuje podzemní dílo v intravilánu obce, které by nevedlo pod zastavěným územím.

36. Zadavatel uvádí, že novou námitku ohledně faktu, že požadavek na finanční hodnotu referenční služby musí být stanoven s ohledem na délku trvání referenční služby, navrhovatel neuplatnil ve svých námitkách, jedná se tak o nový argument a návrh tak nebyl v rovině tohoto tvrzení podán oprávněnou osobou.

37. Zadavatel uvádí, že po dodavatelích požaduje zkušenost s obdobnou službou ve výši 300 000 000,- Kč, což je 33 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky, tj. limit byl stanoven na hodnotě nepřekračující 50 % předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že veřejná zakázka byla otevřena širokému okruhu dodavatelů, bez omezení na ČR i Evropu.

Z podaných nabídek vyplývá, že nikdo neprokazoval referencí ve vztahu k realizaci tunelu Blanka, tj. očividně existuje větší množství referenčních zakázek.

K technické kvalifikaci - požadavek na technické vybavení

38. Zadavatel uvádí, že v této části návrhu navrhovatel napadá vnitřní rozpor zadávací dokumentace, když namítá, že v technické zprávě zadavatel vyžaduje plnění v určité kvalitě, nicméně dle zadávací dokumentace požaduje, aby dodavatelé disponovali přístroji o odlišných schopnostech. Zadavatel je názoru, že v podstatné části se jedná o nové námitky a návrh tak nebyl podán oprávněnou osobou, neboť navrhovatel v námitkách jednoznačně neodkazoval na TP-237 ani na normu ČSN 73 0405 a rovněž neargumentoval námitkou, že zadavatel nezpracoval statické výpočty a varovné stavy. K tomu zadavatel uvádí, že TP-237 ani technické normy nejsou právní předpisy. Rovněž tvrzení, že požadované přesnosti se neopírají o reálná data, jsou dle zadavatele novou námitkou. Zadavatel uvádí, že spolu s odborníky posoudil nároky na spolehlivost a přesnost přístrojů a vyhodnotil nutnost přesnosti měření tak, jak ji definoval v zadávacích podmínkách. Rovněž zadavatel shledává novou námitkou tvrzení, že požadavek na přesnost diskriminuje ty dodavatele, kteří těmito nadstandardními přístroji běžně nedisponují. Zadavatel uvádí, že požadavek na přístroj, jehož nutnost a přesnost byla zadavatelem odůvodněna, nemůže být diskriminační. Současně je zadavatel přesvědčen, že i pokud by dodavatelé měli požadovaný přístroj pořídit jen kvůli této veřejné zakázce, jeho hodnota „do 10 tis. Kč“ je zcela nediskriminační vzhledem k hodnotě veřejné zakázky. Zadavatel uzavírá, že požadavky na přesnost přístrojů jsou odůvodněny předmětem veřejné zakázky.

K technické kvalifikaci - požadavek na kvalifikaci osob

39. Zadavatel uvádí, že požadavky na osoby v odborném týmu stanovil na základě řádného uvážení, přičemž stanovení konkrétních požadavků je plně v kompetenci zadavatele. Dle zadavatele je obsah pojmu „hodnota poskytované služby“ zcela zřejmý a zadavatel jej taktéž vysvětlil v rozhodnutí o námitkách, což podle něj navrhovatel vůbec nebere v úvahu. Teorie navrhovatele o poskytování služeb monitoringu v tunelářsky rozvinutých zemích je dle zadavatele vykonstruovaná a navrhovatel ji ani neuplatnil v námitkách. Podle zadavatele je zcela zřejmý rozdíl v pojmu služba (což je monitoring), když tato služba má dosahovat určitého finančního limitu, a v pojmu odborník, což je osoba, která v rámci uvedené služby vykonává konkrétní práce.

K poddodavatelskému omezení

40. Zadavatel spatřuje argumenty navrhovatele v této části návrhu jako vnitřně rozporné. Navrhovatel dle zadavatele na jedné straně uznává, že geodetická měření jsou jednou z hlavních náplní veřejné zakázky, ale přesto podle něj nejsou významnou činností. Přestože jsou tedy geodetická měření zásadní a převažující činností v plnění veřejné zakázky, co do hlediska kvality/důležitosti nejsou podle navrhovatele podstatná. Zadavatel nepovažuje geodetická měření za rutinní činnost, naopak, tato měření podle něj jsou nejdůležitější činností v plnění veřejné zakázky a jsou zcela zásadní, a proto je v souladu se zákonem označil na významné činnosti. Zadavatel si uvědomuje, že v každé veřejné zakázce se nemusí objevit významné činnosti, avšak po pečlivém posouzení shledal zadavatel v této veřejné zakázce za významné činnosti právě geodetická měření.

K požadavku na oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti

41. K tvrzení navrhovatele, že oprávnění k podnikání k výkonu soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví neexistuje, zadavatel uvádí, že navrhovatel nevzal vůbec na zřetel vysvětlení v rozhodnutí o námitkách. Zadavatel výslovně požadoval předložení příslušného živnostenského oprávnění, licencí či jiného oprávnění k výkonu činností, mezi které vyjmenoval i výkon soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví. Oprávněním k podnikání znalce v oboru stavebnictví je tak dle zadavatele nutné rozumět především doklad o jmenování znalcem podle zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů, neboť se jedná o „jiné živnostenské“ oprávnění. Zadavatel uvádí, že není natolik důležité, jak dovozuje navrhovatel, zda požadavek na oprávnění k výkonu znalecké činnosti byl stanoven podle § 77 odst. 2 písm. a) nebo c) zákona. I kdyby zadavatel použil jiné písmeno, nezpůsobuje tato situace netransparentnost ani diskriminaci. Zadavatel připomíná, že dle § 167 zákona může zadavatel u sektorové veřejné zakázky stanovit i jiné kvalifikační požadavky, a tedy zadavatel byl oprávněn formulovat předmětný požadavek, který je odůvodněn předmětem plnění.

Stanovení požadavku na použití snímků z družice TerraSAR X

42. K namítanému porušení § 89 odst. 5 a 6 zákona zadavatel uvádí, že požadavek na užití systému TerraSAR-X nepředstavuje zvýhodnění určitého dodavatele nebo výrobku užitím konkrétního odkazu, neboť snímkování tímto systémem je obecně dostupné neomezenému okruhu zákazníků, tedy si jej může objednat každý dodavatel, a tedy tím není omezena hospodářská soutěž. Zadavatel uvádí, že není odborníkem na družicové názvosloví a že v zadávací dokumentaci mohl být zaměněn pojem „systém“ za „družici“, která do tohoto systému patří. Podle zadavatele je však zcela zřejmé, co zadavatel požadoval, když stanovil svůj požadavek na měření deformací objektů nadzemní zástavby. Pojem TerraSAR-X je dle zadavatele pro tyto tandemově pracující družice používán zcela běžně. Pokud navrhovatel nad rámec námitek argumentuje družicí PAZ, pak zadavatel konstatuje, že tato byla uvedena do provozu v roce 2018 a nedisponuje archivem snímků. Rovněž systémy COSMO-Sky-Med a Sentinel dle zadavatele nevyhovují z technických důvodů jeho požadavkům. Zadavatel uvádí, že postupoval racionálně, když provedl posouzení dostupných systémů v rámci zpracování podkladů pro zadávací řízení a zjistil, že existuje jediný vhodný dodavatel snímků radarové družicové interferometrie pro předmět veřejné zakázky. Požadování snímků z konkrétního zdroje je dle zadavatele obdobné, jako např. při stanovení využití srážkových dat z ČHMÚ pro vyhodnocení hydrogeologických poměrů v rámci geologického/hydrogeologického průzkumu. Tímto postupem není žádný z účastníků zvýhodněn, svoje konkurenční výhody může dle zadavatele uplatňovat v položkách obsahující zpracování a vyhodnocení dat. K znevýhodnění by podle zadavatele mohlo dojít pouze v případě, že by účastník přímo disponoval jiným družicovým systémem. Principiálně provozovatelé těchto družicových systémů poskytují účastníkům data k dalšímu zpracování ve standardizovaných formátech. Zadavatel uvádí, že zvolil systém TerraSAR-X pro jeho požadované vlastnosti, což podrobně vysvětlil v rozhodnutí o námitkách, kde rozebral jednotlivé požadavky a porovnal je s jinými systémy.

43. Navrhovatel v návrhu rovněž uvádí, že zadavatelem poptávaný počet snímků odpovídá nižší než požadované frekvenci přeletů, tedy nikoliv frekvenci přeletů 11 dní, ale frekvenci 15,2 dne. K tomu zadavatel konstatuje, že vyšší počet přeletů je žádoucí, protože v důsledku meteorologických vlivů nemusí být snímkování možné při každém přeletu. Zadavatel uvádí, že

účelem požadavku je sledování vývoje celého území v dlouhodobém horizontu. S ohledem na tento požadavek zadavatel zvolil parametr doby přeletu a počtu snímků, což odůvodňuje jeho požadavek. Zadavatel se dle svého vyjádření zajímal rovněž o obrazovou kvalitu ostatních družicových snímků a pro splnění jeho požadavků vycházely jako nejvhodnější právě snímky družic TerraSAR-X a TanDEM-X. Zadavatel je přesvědčen, že v případě odkazu na systém TerraSAR-X se jedná o obdobnou situaci, jako kdyby zadavatel použil odkaz na navigační systém GPS, nebo jako kdyby požadoval dodávku produktů Microsoft či licencí SAP. Zadavatel je názoru, že řádně odůvodnil svůj požadavek v celém rozsahu a konkrétně popsal své potřeby, ze kterých tento požadavek po řádném průzkumu vyplynul.

K uveřejnění projektové dokumentace

44. Zadavatel uvádí, že předal projektovou dokumentaci dodavatelům, kteří dodrželi podmínky pro její získání stanovené v zadávací dokumentaci. V okamžiku, kdy zadavatel zjistil chybějící dokument, napravil dle svého přesvědčení své pochybení zcela transparentně. Dodavatelům, kteří projektovou dokumentaci již obdrželi, zbývající část zpřístupnil, a dodavatelé, kteří si o projektovou dokumentaci požádali později, ji dostali již kompletní. Zadavatel uveřejnil na svém profilu vysvětlení této skutečnosti. Zadavatel je přesvědčen, že dodavatelé ucházející se o veřejnou zakázku pravidelně sledují profil zadavatele pro případné změny zadávací dokumentace. Jednání zadavatele tak podle něj bylo zcela v souladu se zásadami zadávacího řízení. Zadavatel doplňuje, že se nejednalo o „významnou část projektové dokumentace“, která nebyla prvním dodavatelům předána, ale o marginální část. Zadavatel také své pochybení rychle a transparentně napravil. Zadavatel uvádí, že po prvotním pochybení velmi obezřetně zjišťoval, aby měli všichni dodavatelé kompletní projektovou dokumentaci. Jakýkoliv seznam dokumentů, který zmiňuje navrhovatel, by na tom nic nezměnil.

Ke změně zadávacích podmínek

45. Zadavatel uvádí, že navrhovatel při tvorbě návrhu nevzal v úvahu ani vysvětlení zadavatele v rozhodnutí o námitkách, ani vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020, a vůbec neuvážil obsahový význam zadávacích podmínek. Po přezkoumání zadávací dokumentace je zcela zřejmé, že se v případě vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020 jednalo pouze o informativní změnu, která nekonstituovala žádnou novou zadávací podmínku, neboť již od samého počátku bylo ze zadávacích podmínek zřejmé, že konkrétní certifikace nemohou být prokázány poddodavatelsky. Již od první verze zadávací dokumentace tak dle zadavatele byly řádně stanoveny veškeré požadavky pro poddodavatelské omezení. K tvrzenému neprodloužení lhůty pro podání nabídek zadavatel již v rozhodnutí o námitkách zcela zřetelně interpretoval § 99 odst. 2 zákona, podle kterého nevznikla zadavateli povinnost prodloužit lhůtu pro podání žádostí s ohledem na deklaratorní, upřesňující povahu předmětné změny.

K soupisu prací

46. Zadavatel uvádí, že v související části námitek navrhovatel brojil proti položkovému rozpočtu, který podle něj nebyl úplný a připouštěl, aby fyzické prohlídky byly účtovány v rámci jiné služby, tj. v rámci položky odečtu šířky trhlin. Zadavatel stejně jako v rozhodnutí o námitkách zdůrazňuje, že fyzické sledování jako samostatný úkon není zvlášť požadováno, proto ani logicky nemůže mít vlastní položku k ocenění. Zadavatel je přesvědčen, že pro vyúčtování fyzického sledování v souvislosti s odečtem trhlin není nezbytně nutné, aby se trhlina reálně

vyskytovala, protože i negativní výsledek je výsledkem odečtu trhlin. Zadavatel tedy pouze tvrdí, že takové fyzické sledování není ani kalkulováno, ani požadováno, ani finančně oceněno a nejedná se o samostatnou činnost a samostatnou položku.

47. Zadavatel závěrem uvádí, že považuje svůj postup za zákonný, nespatřuje v něm žádné porušení zákona a žádá Úřad, aby návrh navrhovatele zamítl.

Další průběh správního řízení

48. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-20106/2020/511/JNv ze dne 1. 7. 2020 stanovil zadavateli lhůtu k podání informace o úkonech, které provede v zadávacím řízení, a k zaslání příslušné dokumentace.

49. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-20201/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 stanovil zadavateli lhůtu ke sdělení:

- postupu při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky a doložení této skutečnosti příslušnými podklady,
- konkrétních důvodů, na základě kterých uvádí v dokumentu Technická zpráva pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6.3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ předpoklad využití radarových snímků družice TerraSAR-X s parametry umožňujícími pořízení radarových dat s prostorovým rozlišením až 1m, minimální velikostí záběru 5x10km, rozlišení podle velikosti záběru 1, 3 nebo 16m, periodou opakování přeletu 11 dní a dostupností archivních snímků přibližně od roku 2010,
- z jakých konkrétních důvodů nebyla stanovena v dokumentu Technická zpráva pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6.3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ specifikace radarových snímků tak, aby bylo možné využít radarové snímky jiných družic nežli TerraSAR-X, resp. z jakých důvodů by nedošlo k naplnění potřeb v případě radarových snímků z jiných družic nežli TerraSAR-X.

Odpověď zadavatele byla Úřadu doručena dne 10. 7. 2020 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

50. Žádostí č. j. ÚOHS-20160/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 požádal Úřad Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR o zodpovězení otázky, jaké oprávnění k podnikání existuje v oboru činnosti „soudně znalecká činnost v oboru stavebnictví“ a jakým dokladem lze toto oprávnění prokázat. Odpověď Ministerstva průmyslu a obchodu ČR Úřad obdržel dne 9. 7. 2020 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

51. Žádostí č. j. ÚOHS-20165/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 požádal Úřad Ministerstvo dopravy ČR o zodpovězení následujících otázek:

- Co se rozumí družicí, družicovým systémem a jaký je mezi uvedenými pojmy rozdíl?
- Co se rozumí pojmem radarový snímek a jak vzniká?
- Jsou družice TerraSAR-X a TanDEM-X součástí jednoho družicového systému, nebo se jedná o dva samostatné družicové systémy, případně lze za družicový systém TerraSAR-X považovat i družici TanDEM-X?

- Jaký je rozdíl mezi snímkem z družicového systému TerraSAR-X a snímkem z družice TerraSAR-X?
- Je Vám na základě Vaší úřední činnosti známo, jaké družice (příp. družicové systémy) umožňují pořízení radarových snímků o následujících parametrech: radarová data s prostorovým rozlišením až 1m, minimální velikostí záběru 5x10km, rozlišení podle velikosti záběru 1, 3 nebo 16m, perioda opakování přeletu 11 dnů, přičemž archivní snímky jsou k dispozici přibližně od r. 2010?

52. Žádostmi ze dne 3. 7. 2020 Úřad požádal 3 dodavatele, kteří podali nabídku, o sdělení, zda tito dodavatelé považují lhůtu 31 dnů za dostatečnou k tomu, aby na změnu zadávacích podmínek ve vztahu k vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020 týkající se změny čl. 5.7.3. bodu iv. zadávací dokumentace mohli zareagovat a zohlednit ji při přípravě nabídky na plnění předmětu veřejné zakázky. Současně měli tito dodavatelé konkrétně uvést, jak výše uvedená změna ovlivnila konečnou podobu jejich nabídky. Odpovědi dodavatelů Úřad obdržel ve dnech 8. 7. 2020, 9. 7. 2020, 13. 7. 2020.

53. Žádostmi ze dne 7. 7. 2020 Úřad požádal celkem 12 dodavatelů působících na relevantním trhu o sdělení, zda považují lhůtu 31 dnů, která ode dne vysvětlení zadávací dokumentace zbývala do konce lhůty pro podání nabídek, za dostatečnou k tomu, aby mohli zareagovat na změnu zadávacích podmínek ve vztahu k vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020 týkající se změny čl. 5.7.3. bodu iv. zadávací dokumentace a zohlednit ji při přípravě nabídky na plnění předmětu veřejné zakázky. Současně Úřad požádal o sdělení, zda může výše uvedená změna nějak ovlivnit konečnou podobu nabídky a kterými certifikáty požadovanými zadavatelem dle bodu 5.6.3 zadávací dokumentace tito disponují. Odpovědi dodavatelů Úřad obdržel ve dnech 10. 7. 2020, 13. 7. 2020, 14. 7. 2020, 15. 7. 2020.

54. Žádostí č. j. ÚOHS-21409/2020/511/JNv ze dne 15. 7. 2020 požádal Úřad Ministerstvo spravedlnosti ČR o zodpovězení otázky, jaké oprávnění k podnikání existuje v oboru činnosti „soudně znalecká činnost v oboru stavebnictví“ a jakým dokladem lze toto oprávnění prokázat. Odpověď Ministerstva spravedlnosti ČR Úřad obdržel dne 17. 7. 2020 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

55. Usnesením č. j. ÚOHS-22714/2020/511/JNv ze dne 24. 7. 2020 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

56. Dne 30. 7. 2020 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-23306/2020/511/JNv z téhož dne o předběžném opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.

Vyjádření navrhovatele ze dne 3. 8. 2020 k podkladům rozhodnutí č. j. ÚOHS-32057/2020/500/JBě ze dne 13. 10. 2020

57. Dne 3. 8. 2020 doručil navrhovatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel úvodem svého vyjádření ve vztahu k tvrzení zadavatele ve vyjádření k návrhu, že navrhovatel oproti námitkám v návrhu přednesl novou argumentaci, konstatuje, že jsou mu známy limity koncentrace řízení a že argumentace v návrhu není nová, ale reaguje na skutečnosti uvedené v rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel rovněž uvádí, že obsah správního spisu podporuje podezření navrhovatele o dohodách dodavatelů, když z vyjádření společnosti GeoTec-GS, a. s. ze dne 13. 7. 2020 vyplývá, že z 5 oslovených dodavatelů v rámci předběžných

tržních konzultací se 4 dodavatelé spojili v rámci podání společné nabídky a hospodářská soutěž tak byla eliminována. Dle názoru navrhovatele nebylo žádné jeho tvrzení v návrhu zadavatelem v průběhu správního řízení vyvráceno.

58. Navrhovatel se dále postupně vyjadřuje k jednotlivým zadávacím podmínkám, které v návrhu napadá, přičemž ve svém vyjádření polemizuje s argumenty zadavatele ve vyjádření k návrhu. Ke stanovení požadavku na použití snímku z družice TerraSAR-X navrhovatel uvádí, že stanovisko Ministerstva dopravy ČR potvrzuje argumentaci navrhovatele. Navrhovatel dále zpochybňuje závěry multikritériální analýzy předložené zadavatelem, na jejímž základě zadavatel odůvodňuje postup, který vedl ke stanovení požadavku na snímkování z družice TerraSAR-X. Konkrétně pak zpochybňuje závěry této analýzy týkající se stanovení frekvence přeletu v délce 11 dní a výhod využití družice TerraSAR-X ve formě použití archivních snímků družice TerraSAR-X v módu StripMap.

Vyjádření zadavatele ze dne 3. 8. 2020 k podkladům rozhodnutí č. j. ÚOHS-32057/2020/500/JBě ze dne 13. 10. 2020

59. Dne 3. 8. 2020 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k podkladům rozhodnutí. Zadavatel k šetření Úřadu týkajícímu se změny zadávacích podmínek na základě vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 uvádí, že návrh nebyl v této části podán oprávněnou osobou, neboť mu nepředcházely řádně a včas podané námitky. Dle zadavatele měl být napadený postup, tj. neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na změnu zadávací dokumentace, napaden samostatnými námitkami do 15 dnů od jeho uveřejnění podle § 242 odst. 2 zákona, což se nestalo. K samotné povaze šetřené změny zadávací dokumentace zadavatel uvádí, že se jednalo o drobnou formulační úpravu nevyžadující prodloužení lhůty pro podání nabídek, což dle názoru zadavatele vyplývá i z šetření provedeného Úřadem. Současně k tomu zadavatel uvádí, že stanovil činnosti, které nemohou být prokazovány poddodavatelsky. Pakliže tyto činnosti vyžadují určité certifikáty, je zřejmé již od počátku, že ani tyto certifikáty nemohou být dodány poddodavatelsky. Zadavatel dále zpochybňuje šetření Úřadu, který oslovil 15 dodavatelů s otázkami týkajícími se přiměřenosti lhůty a vlivu změny na tvorbu nabídky. Podle zadavatele o změnách a případném přiměřeném prodloužení lhůty pro podání nabídek rozhoduje zadavatel. Na druhou stranu má zadavatel za to, že oslovení dodavatelé potvrdili přiměřenost dané lhůty.

60. K požadavku na družici TerraSAR-X zadavatel odkazuje na důvody uvedené ve svém vyjádření ze dne 10. 7. 2020. Zadavatel uvádí, že použití radarové interferometrie je v ČR pro sledování provádění ražeb novou záležitostí, a proto stanovil projektant požadované parametry radarové interferometrie. Z multikriteriální analýzy (dále jen „MKA“) pak dle zadavatele vyplynulo, že nejvhodnější systém pro sledování zájmového území bude systém TerraSAR-X. Ostatní systémy mají dle zadavatele horší interpretační výstupy, nebo je nebude možné použít vůbec. Vzhledem k typu odborné terminologie je podle zadavatele zcela nepodstatné, zda zadavatel použil pojem družice nebo družicový systém.

61. Zadavatel uvádí, že v případě radarové interferometrie neexistuje rovnocennost, každý systém je specifický. Dále pak uvádí, že pokud by byla v zadávací dokumentaci uvedena specifikace požadovaných radarových snímků, požadované parametry by zjevně splnil pouze systém TerraSAR-X, a proto byl projektantem tento systém rovnou předepsán. Dle zadavatele poskytovatel dat pro tento systém nabízí snímky za ceníkové ceny ve standardizovaných

formátech a všichni účastníci tak měli rovnost v možnosti podání nabídkových cen. Zadavatel uvádí, že účastníci mohli svoje konkurenční výhody uplatňovat v položkách obsahující zpracování a vyhodnocení dat radarové interferometrie. Dle zadavatele pořízení snímků celkem tvoří v kontrolním rozpočtu sumu 10 680 000 Kč, což znamená cca 1,2 % z celkové předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel uvádí, že tato část veřejné zakázky je přitom podstatná a nelze se vystavit riziku, že levnější řešení by nedosahovalo požadované kvality.

62. K požadavku na soudně znaleckou činnost zadavatel uvádí, že svůj požadavek řádně odůvodnil v rozhodnutí o námitkách. Rovněž dle názoru zadavatele z odpovědí Ministerstva průmyslu a obchodu ČR a Ministerstva spravedlnosti ČR, které Úřad získal v rámci provedeného šetření, vyplývá, že potvrzují argumentaci zadavatele. I kdyby zadavatel podřadil daný požadavek pod jiné písmeno v ustanovení § 77 odst. 2 zákona, nezpůsobuje tato situace dle zadavatele netransparentnost ani diskriminaci. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl a správní řízení zastavil.

Rozhodnutí Úřadu ze dne 13. 10. 2020

63. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-29085/2021/500/AIv ze dne 13. 10. 2020 (dále jen „rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020“) ve výroku I. konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s ustanovením § 89 odst. 5 a 6 zákona, když zvýhodnil určité výrobky tím, že v „Projektové dokumentaci“, která tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace, stanovil technické podmínky prostřednictvím přímých odkazů na konkrétní výrobek - radarový snímek z družice TerraSAR-X, a to takto:

- v dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6.3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ uvedl: „Předpokládá se využití radarových snímků TerraSAR-X“,
- v dokumentu „Soupis prací“ pro monitoring v pol. č. 86 uvedl: „Dle kapitoly 6.3 Technické zprávy části A. Monitoring stávajících objektů Obsahuje náklady na pořízení aktuálních radarových snímků TerraSAR-X v průběhu stavby.“,

aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a aniž by stanovení technických podmínek podle § 89 odst. 1 zákona nemohlo být jinak dostatečně přesné nebo srozumitelné. Výrokem II. Úřad zrušil zadávací řízení na šetřenou veřejnou zakázku. Výrokem III. uložil zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení dle § 263 odst. 8 zákona. Výrokem IV. uložil zadavateli uhradit náklady řízení.

Rozklad zadavatele

64. Proti shora citovanému rozhodnutí podal zadavatel rozklad ze dne 27. 10. 2020, který byl Úřadu doručen téhož dne.

65. Úřad dle zadavatele zcela nesprávně zjistil skutkový stav věci, když vycházel zejména z vyjádření Ministerstva dopravy ČR, které však odpovídalo na nevhodně položené otázky Úřadu, a tedy jeho vyjádření byla neúplná, resp. zavádějící. Úřad navíc pochybil, když tato vyjádření nesprávně interpretoval a nesprávně aplikoval na posuzovaný případ, v důsledku

čehož Úřad rozhodoval na základě nesprávně zjištěného skutkového stavu a na základě jeho nesprávného právního hodnocení.

66. Úřad měl zejména nesprávně posoudit fungování družicového systému TerraSAR-X, který dle zadavatele nevylučuje snímky TanDEM-X, neboť se v případě těchto družic jedná o družicový systém, který je označován pouze jako TerraSAR-X a je provozován jediným subjektem (EADS Airbus). Obě družice pořizují radarové snímky závisle na sobě a spotřebitelům jsou nabízeny pouze společné snímky z obou družic.

67. Zadavatel dále uvedl, že odkaz na konkrétní družicový systém TerraSAR-X byl použit zcela v souladu s § 89 odst. 5 a 6 zákona, protože bez tohoto přímého odkazu by stanovení technických podmínek nemohlo být dostatečně přesné nebo srozumitelné.

68. Zadavatel taktéž konstatoval, že odkaz na TerraSAR-X nepředstavuje odkaz na dodavatele ani na výrobek, ale na družicový systém a na jím poskytovanou službu. Použití označení „TerraSAR-X“ je tak srovnatelné s označením GPS, neboť nemíří na konkrétní výrobek nebo na konkrétního dodavatele předmětu plnění veřejné zakázky, tedy na dodavatele geomonitoringu.

Rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 10. 2. 2021

69. Po projednání rozkladu předseda Úřadu rozhodnutím č. j. ÚOHS-41788/2020/322/HSc ze dne 10. 2. 2021 (dále jen „druhostupňové rozhodnutí“), ve výroku I. zrušil rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020 a věc vrátil Úřadu k novému projednání, a dále výrokem II. nařídil podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření spočívající v uložení zákazu zadavateli uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

Druhostupňové rozhodnutí R0197/2020/VZ

K nedostatkům zjištění skutkového stavu

70. Dle předsedy Úřadu se Úřad nijak konkrétněji nevypořádal s protichůdnou argumentací zadavatele spočívající v tvrzení, že družice TanDEM-X je sesterskou družicí TerraSAR-X, a nelze tedy na ni pohlížet jako na jiné, rovnocenné plnění, ale má se jednat o součást zadavatelem požadovaného plnění. Ačkoliv Ministerstvo dopravy ČR ve svém vyjádření uvádí, že TerraSAR-X a TanDEM-X jsou dvě samostatné družice, které mohou sloužit jako družicový systém, není dle předsedy Úřadu správný závěr Úřadu, že z uvedeného bez dalšího vyplývá, že se jedná o dvě samostatné družice, kterou mohou, ale nemusí tvořit společně družicový systém. Závěr, který ze sdělení Ministerstva dopravy ČR Úřad učinil, tak dle předsedy Úřadu působí zejména ve světle tvrzení zadavatele, který soustavně zdůrazňuje spolupráci obou družic, formalisticky a lze ho přisoudit spíše vzájemnému nepochopení mezi Úřadem a Ministerstvem dopravy ČR ohledně účelu položených dotazů a odpovědí na ně. Úřad si dle předsedy Úřadu vystačil se závěrem, že teoreticky může nastat situace, že družice jako systém pracovat nebudou, a nezabýval se již reálným stavem věci, tedy otázkou, zda družice obvykle fungují jako systém, a přichází-li v praxi vůbec v úvahu, aby dodavatelé vnímali snímky těchto dvou družic jako navzájem konkurující si výrobky. Přitom pokud by družice běžně poskytovaly jen jeden společný výstup, který mohou dodavatelé poptat, lze si jen těžko představit, že by zadavatel nastavením zadávacích podmínek znevýhodnil produkt jedné z takto spolupracujících družic. Navíc se Úřadu nedostalo konkrétní odpovědi na část otázky, v níž se dotazoval, zda lze případně za družicový systém TerraSAR-X považovat i družici TanDEM-X, tedy zda pod pojmem

družicový systém TerraSAR-X lze automaticky spatřovat výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X.

71. Dle předsedy Úřadu Úřad posuzoval odbornou otázku týkající se družic TerraSAR-X a TanDEM-X výhradně na základě odpovědí Ministerstva dopravy ČR na jeho dotazy. Přitom však nelze pominout, že již samotný navrhovatel předložil jako přílohu svého návrhu kopii obsahu internetových stránek https://www.intelligence-airbusds.com/en/8694- terrasar-x-tandem-x, která pojednává o fungování předmětných družic ještě v konstelaci s novou družicí PAZ a kde jsou tyto družice uvedeny společně jako TerraSAR-X/TanDEM-X. Uvedené dokazuje dle předsedy Úřadu i posloupnost odkazů v menu webové stránky www.intelligence-airbusds.com a část odpovědí Ministerstva dopravy ČR. Dle předsedy Úřadu zadavatel také předložil ke svému vyjádření ze dne 10. 7. 2020 multikriteriální analýzu radarové interferometrie, v níž je specifikováno celkem pět dostupných družicových systémů SAR, z nichž právě jeden je popsán zkratkou TSX a má zahrnovat konstelaci TerraSAR-X/ TanDEM-X/PAZ. Dle předsedy Úřadu se tak jedná o faktografické informace rozporné se zjištěními, která učinil Úřad na základě interpretace odpovědí Ministerstva dopravy ČR.

72. Dále předseda Úřadu uvádí, že rozpor mezi zjištěními učiněnými Úřadem na základě interpretace odpovědí Ministerstva dopravy ČR a mezi tvrzením zadavatele o fungování družic TerraSAR-X a TanDEM-X je velmi zásadní, zejména s ohledem na závěr Úřadu učiněný v bodě 109 rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020, kde Úřad uzavřel, že zadavatel použil v zadávacích podmínkách odkaz na konkrétní výrobek – radarový snímek z družice TerraSAR-X – v rozporu s § 89 odst. 5 zákona, neboť použití tohoto odkazu nebylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky a v jeho důsledku došlo ke zvýhodnění snímků z družice TerraSAR-X oproti snímkům z družice TanDEM-X. Navíc se tímto rozporem Úřad nijak konkrétně nezabýval, pouze konstatoval, že údaje uvedené Ministerstvem dopravy ČR jsou bez dalšího správné a zadavatel je nevyvrátil (srov. bod 108. odůvodnění rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020). Úřad se dle předsedy Úřadu dostatečně nezabýval stěžejní otázkou celé věci, a to zda si uvedené snímky družice TerraSAR-X a družice TanDEM-X skutečně konkurují. Nebyl pak podán ani žádný důkaz o možnosti získat samostatně snímky družice TanDEM-X, což je logicky nutný předpoklad pro správnost závěru Úřadu o tom, že snímky z družice TanDEM-X byly znevýhodněny.

73. K výše uvedenému předseda Úřadu uzavřel, že Úřad v daném případě nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, proto je jeho rozhodnutí v rozporu se zákonem. Dále předseda Úřadu uvedl, že v dalším řízení se Úřad musí opětovně zabývat skutkovými zjištěními ohledně fungování družic TerraSAR-X a TanDEM-X a v případě, že setrvá na stávajících skutkových zjištěních, je povinen řádně a přesvědčivě odůvodnit rozpor tohoto závěru s tvrzením zadavatele, že družice TerraSAR-X a TanDEM-X jsou sesterské družice, které tvoří družicový systém s jednotným výstupem a že nelze získat snímky pouze z jedné či druhé z uvedených družic, a proto si tyto družice ve svých výstupech nemohou konkurovat. K námitce navrhovatele spočívající v koncentraci řízení u argumentace zadavatele týkající se fungování družic TerraSARX a TanDEM-X pak předseda Úřadu uvedl, že pro odmítnutí těchto námitek navrhovatele obsažených v rozkladu není důvod, a tento svůj závěr vysvětlil.

K použití pojmu „družice“ namísto pojmu „družicový systém“

74. Vedle námitky nesprávných skutkových zjištění týkajících se fungování družic TerraSAR-X a TanDEM-X namítal zadavatel v rozkladu, že jím uplatněný požadavek na „využití radarových

snímků z družice TerraSAR-X při měření deformací objektů nadzemní zástavby“ byl zamýšlen tak, že se mělo jednat o snímky družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, který dle jeho tvrzení poskytuje jednotný výstup a je běžně označován pouze názvem původní družice TerraSAR-X. Zadavatel rovněž uvádí, že takto byl jeho požadavek interpretován i všemi dodavateli.

75. S ohledem na závěry týkající se nedostatečných skutkových zjištění ohledně fungování družic TerraSAR-X a TanDEM-X je dle předsedy Úřadu nutno vypořádání této námitky přenechat novému rozhodnutí Úřadu, neboť tato námitka v plném rozsahu souvisí s tvrzením zadavatele, že družice TerraSAR-X a TanDEM-X fungují pouze jako systém s jediným společným výstupem.

K postupu dle § 89 odst. 5 zákona

76. Dále předseda Úřadu zmiňuje i další východiska pro aplikaci § 89 odst. 5 zákona. Nejprve předseda Úřadu rekapituluje rozhodovací praxi Úřadu, když konkrétně odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0153/2018/VZ32251/2018/323/PBl ze dne 6. 11. 2018 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0022/2019/VZ-09006/2019/322/JSu ze dne 29. 3. 2019.

77. Předseda Úřadu dále zmínil, že Úřad se v bodě 103. odůvodnění rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020 vyjadřuje bez dalšího v tom smyslu, že použití odkazu na konkrétní řešení neodůvodňuje zvláštnost či specifikum veřejné zakázky. Tento závěr opírá o rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0153/2018/VZ-32251/2018/323/PBl ze dne 6. 11. 2018, Dle předsedy Úřadu však odkaz na toto rozhodnutí není přiléhavý a požadavky na možný postup v souladu s § 89 odst. 5 zákona lépe specifikuje rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R0022/2019/VZ-09006/2019/322/JSu. Dle předsedy Úřadu se nelze přidržet pouze výkladu, kdy postup dle § 89 odst. 5 zákona bude přirovnán k postupu v jednacím řízení bez uveřejnění, ale je nutno zvažovat i jiné situace, kdy zadavatelem požadované řešení bude odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Při zvážení skutečnosti, zda použití odkazu na určité dodavatele nebo výrobky je zadavatelem dostatečně odůvodněno ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, je pak nutno přihlížet i k podílu konkrétního řešení na celkovém předmětu veřejné zakázky, jeho dostupnosti apod. Úřad dle předsedy Úřadu navíc nijak konkrétně nespecifikoval, proč předmět veřejné zakázky neodůvodňuje realizaci pouze za pomoci snímků z konkrétního družicového systému, k čemuž předseda dodal, že samotnou možnost realizace nelze spatřovat v možnosti realizace veřejné zakázky v jakékoliv kvalitě, ale v takové kvalitě, kterou oprávněně požaduje zadavatel.

78. Podle předsedy Úřadu je zjevné, že pokud by Úřad v novém řízení řádně zjistil, že ke snímkování systémem TerraSAR-X existuje stejně kvalitní alternativa, nebylo by možno postup zadavatele dle § 89 odst. 5 zákona aprobovat právě s odkazem na shora citované rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 29. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R0022/2019/VZ09006/2019/322/JSu a nebylo by již podstatné, zda zadavatel skutečně potřebuje snímkování v takové kvalitě, kterou poskytuje jím požadovaný systém TerraSAR-X. Pokud by však Úřad po řádném zjištění stavu věci dospěl k závěru, že snímky družicového systému TerraSAR-X (pokud tedy za tento systém lze považovat snímkování dvojicí družic TerraSAR-X/TanDEM-X) nemají adekvátní alternativu, byl by povinen zvažovat další aspekty zadavatelem tvrzeného postupu dle § 89 odst. 5 zákona, tedy zda předmět veřejné zakázky odůvodňuje odkaz na konkrétní snímkování družicovým systémem TerraSAR-X.

79. Předseda v této souvislosti poukázal na specifičnost a jedinečnost předmětu plnění veřejné zakázky a na jeho zadavatelem tvrzenou komplikovanost plynoucí z toho, že stavba nové linky metra bude procházet hustě zastavěným územím. Předseda Úřadu též zmínil tvrzení zadavatele, podle něhož požadované snímkování systémem TerraSAR-X jako jediné nabízí dostatečné rozlišení, periodicitu snímkování a historii archivních snímků. Uvedená tvrzení, pokud by byla dostatečně prokázána, mohou dle předsedy Úřadu nasvědčovat skutečnosti, že postup zadavatele by mohl být souladný s § 89 odst. 5 zákona ve smyslu jeho výkladu provedeného rozhodnutím předsedy Úřadu ze dne 29. 3. 2019, č. j. ÚOHS-R0022/2019/VZ09006/2019/322/JSu.

K postupu dle § 89 odst. 6 zákona

80. K této části rozkladu předseda Úřadu konstatoval, že zadavatel neuvedl u svého požadavku na snímkování družicí TerraSAR-X možnost nabídnout rovnocenné řešení, a proto soulad jeho požadavku s § 89 odst. 6 zákona je nemožný.

Závěr rozhodnutí o rozkladu

81. Dle předsedy Úřadu Úřad při novém posouzení věci zjistí skutkový stav týkající se fungování družic TerraSAR-X/TanDEM-X do takové míry, že o něm nebudou důvodné pochybnosti, přičemž pokud i nadále dospěje k závěru, že existuje pluralita rovnocenných řešení v dodávce snímkování povrchu, případně, že předmět veřejné zakázky konkrétní plnění neodůvodňuje, je namístě setrvat na rozporu postupu zadavatele s § 89 odst. 5 zákona.

Další průběh správního řízení

82. Přípisem č. j. ÚOHS-06500/2021/511/LHl ze dne 19. 2. 2021 oznámil Úřad zadavateli a navrhovateli pokračování správního řízení.

83. Usnesením č. j. ÚOHS-06549/2021/511/LHl ze dne 19. 2. 2021 Úřad správní řízení sp. zn. S0235/2020/VZ podle § 64 odst. 1 písm. e) správního řádu, ve spojení s § 261 odst. 2 zákona přerušil s cílem získat odborná stanoviska, k otázce fungování a parametrů družic TerraSAR-X a TanDEM-X, resp. družicového systému TerraSARX/TanDEM-X, a jejich výstupů.

84. Žádostí č. j. ÚOHS-06677/2021/511/LHl ze dne 22. 2. 2021 požádal Úřad Ministerstvo dopravy ČR o zodpovězení následujících otázek:

- Fungují družice TerraSAR-X a TanDEM-X obvykle samostatně, nebo jako jeden systém?
- Je vám známo, zda je možné na trhu běžně získat samostatné snímky z družice TanDEM-X či samostatné snímky z družice TerraSAR-X, nebo družicový systém TerraSAR-X/TanDEM-X poskytuje pouze jeden společný výstup?
- Lze pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ automaticky rozumět výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, tedy snímky pořizované synchronně oběma družicemi, nebo tento pojem může znamenat i snímky pořízené samostatně družicí TerraSAR-X?

Odpověď Ministerstva dopravy obdržel Úřad dne 8. 3. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

85. Žádostmi ze dne 22. 2. 2021 Úřad požádal celkem 14 dodavatelů působících na relevantním trhu o zodpovězení následujících otázek:

   - Je vám známo, zda je možné na trhu běžně získat samostatné snímky z družice TanDEM-X či samostatné snímky z družice TerraSAR-X, nebo družicový systém TerraSAR-X/TanDEM-X poskytuje pouze jeden společný výstup?
   - Lze pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ automaticky rozumět výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, tedy snímky pořizované synchronně oběma družicemi, nebo tento pojem může znamenat i snímky pořízené samostatně družicí TerraSAR-X?
   - Přichází v praxi v úvahu, aby dodavatelé, kteří snímky z družic využívají při své činnosti, vnímali snímky z družice TerraSAR-X a snímky z družice TanDEM-X jako navzájem si konkurující výrobky?

   Odpovědi dodavatelů Úřad obdržel ve dnech 25. 2. 2021, 1. 3. 2021, 2. 3. 2021, 3. 3. 2021, 4. 3. 2021, 8. 3. 2021, 9. 3. 2021, 12. 3. 2021, 14. 3. 2021.

86. Přípisem č. j. ÚOHS-08960/2021/511/LHl ze dne 12. 3. 2021 oznámil Úřad účastníkům pokračování ve správním řízení.

87. Usnesením č. j. ÚOHS-09148/2021/511/LHl ze dne 12. 3. 2021 Úřad určil zadavateli lhůtu 5 dnů ode dne doručení citovaného usnesení k provedení úkonu:

   - prokázání tvrzení zadavatele uvedených v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádření k návrhu, podle nichž přístroje, které zadavatel požaduje k prokázání technické kvalifikace podle bodu 5.6.4 zadávací dokumentace, jsou na trhu běžně dostupné a hodnota 1 ks takového přístroje je „do 10 tis. Kč“,
   - sdělení konkrétních důvodů, pro něž zadavatel považuje geodetická měření, která v zadávací dokumentaci označil za významné činnosti ve smyslu § 105 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, za nejdůležitější činnost v plnění veřejné zakázky.

88. Usnesením č. j. ÚOHS-09636/2021/511/LHl ze dne 17. 3. 2021 Úřad na základě žádosti zadavatele ze dne 16. 3. 2021 prodloužil zadavateli lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-09148/2021/511/LHl ze dne 12. 3. 2021 do 22. 3. 2021.

   Odpověď zadavatele byla Úřadu doručena dne 22. 3. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

89. Usnesením č. j. ÚOHS-10560/2021/511/LHl ze dne 25. 3. 2021 Úřad správní řízení sp. zn. S0235/2020/VZ podle § 64 odst. 1 písm. e) správního řádu, ve spojení s § 261 odst. 2 zákona přerušil s cílem získat odborné stanovisko,

   - k otázce týkající se specifik a případných rozdílů v postupu při provádění geotechnického monitoringu (sběru informací o chování horninového masivu) při realizaci podzemních dopravních staveb v intravilánu obce oproti postupu při provádění geotechnického monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb mimo intravilán obce,

- k otázce týkající se minimální přesnosti měřicího přístroje (totální optické automatické stanice), která je potřebná k zajištění určité stanovené přesnosti měření.

90. Žádostí č. j. ÚOHS-10899/2021/511/LHl ze dne 29. 3. 2021 požádal Úřad Českou geologickou službu, IČO 00025798, se sídlem Klárov 131/3, 11800 Praha - Malá Strana (dále jen „Česká geologická služba“) o zodpovězení následujících otázek:

- Sdělte, zda existují rozdíly v postupech uplatňovaných při provádění geotechnického monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb (dále jen „geotechnický monitoring“) v intravilánu obce oproti postupům uplatňovaným při provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce?
- Pakliže rozdíl či rozdíly mezi postupy uvedenými v bodě 1. existují, specifikujte, v čem konkrétně spočívají.
- Sdělte, zda k provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce jsou z hlediska dodavatele provádějícího tuto činnost potřeba určité specifické znalosti, schopnosti či dovednosti, které nejsou potřeba k provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce, tj. zda lze z hlediska nezbytných znalostí, schopností a dovedností dodavatele považovat za náročnější provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce oproti provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce. Současně sdělte, zda existují nějaké další skutečnosti, které zvyšují náročnost provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce proti provádění monitoringu v extravilánu obce.
- Sdělte, zda pro dosažení zadavatelem požadované přesnosti měření uvedené v bodě 6. 1. Technické zprávy část díla B, tj. minimálně 0,3 mgon a 1 mm + 1,5 ppm v měření délky, kde přesnost metody je určena směrodatnou odchylkou mxy = 2 mm, mz = 2 mm, je nutné použít měřicí přístroje (totální optické automatické stanice) s minimální přesností odečtu úhlu 0,15 mgon pro měření směrů a 1 mm + 1 ppm pro měření vzdáleností, přesnost výsledků měření v poloze do 2 mm a ve výšce více než 1 mm, či zda k dosažení dané přesnosti měření postačí totální optické automatické stanice s nižší přesností.
- Pakliže pro zajištění požadované přesnosti měření nejsou potřeba totální optické automatické stanice s přesností o parametrech specifikovaných v otázce č. 4 (tj. s minimální přesností odečtu úhlu 0,15 mgon pro měření směrů a 1 mm + 1 ppm pro měření vzdáleností, přesnost výsledků měření v poloze do 2 mm a ve výšce více než 1 mm), ale postačí přístroje s přesností nižší, sdělte, zda použití měřicích přístrojů s parametry přesnosti specifikovanými v otázce č. 4 může přinést zadavateli ve vztahu k výsledku měření nějaké výhody (např. zda může použití takových přesnějších přístrojů eliminovat faktory, jež jsou obecně schopny negativně ovlivnit přesnost měření - např. lidská chyba při provádění měření, povětrnostní vlivy apod.).

Odpověď České geologické služby obdržel Úřad dne 8. 4. 2021. Z této odpovědi vyplývá, že otázky označené v žádosti Úřadem jako č. 4 a 5 se svým zaměřením vymykají odborným znalostem České geologické služby, a proto Česká geologická služba doporučuje o jejich zodpovězení požádat organizace, v portfoliu jejichž aktivit figuruje inženýrská geodézie (ČVUT v Praze, Fakulta stavební, Katedra speciální geodézie; VUT v Brně, Fakulta stavební, Ústav

geodézie) nebo důlní měřictví (VŠB - Technická univerzita Ostrava, Hornicko-geologická fakulta, Katedra geodézie a důlního měřictví). Odpovědi České geologické služby na další položené otázky budou popsány níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí.

91. Žádostí č. j. ÚOHS-10900/2021/511/LHl ze dne 29. 3. 2021 požádal Úřad Český báňský úřad, IČO 00025844, se sídlem Kozí 748/4, 11000 Praha - Staré Město (dále jen „Český báňský úřad“) o zodpovězení otázek, které jsou uvedeny v bodě 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Odpověď Českého báňského úřadu obdržel Úřad dne 9. 4. 2021. V odpovědi Český báňský úřad uvedl, že není příslušný předmětné otázky posuzovat.

92. Žádostí č. j. ÚOHS-10901/2021/511/LHl ze dne 29. 3. 2021 požádal Úřad Český úřad zeměměřický a katastrální, IČO 00025712, se sídlem Pod sídlištěm 1800/9, 18200 Praha – Kobylisy (dále jen „Český úřad zeměměřický a katastrální“) o zodpovězení otázek, které jsou uvedeny v bodě 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Odpověď Českého úřadu zeměměřického a katastrálního obdržel Úřad dne 30. 3. 2021. Český úřad zeměměřický a katastrální uvedl, že oblast geotechnického monitoringu není v jeho působnosti, a doporučil Úřadu obrátit se např. na Vysoké učení technické v Brně nebo České vysoké učení technické v Praze.

93. Žádostí č. j. ÚOHS-12349/2021/511/LHl ze dne 12. 4. 2021 požádal Úřad České vysoké učení technické v Praze, IČO 68407700, se sídlem Jugoslávských partyzánů 1580/3, 160 00 Praha 6 (dále jen „ČVUT“) o zodpovězení otázek týkajících se parametrů měřicích přístrojů potřebných k realizaci veřejné zakázky, které jsou uvedeny v bodě 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí (jedná se o poslední dvě otázky uvedené v tomto bodě). Odpověď ČVUT obdržel Úřad dne 16. 4. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

94. Žádostí č. j. ÚOHS-12350/2021/511/LHl ze dne 12. 4. 2021 požádal Úřad Vysoké učení technické v Brně, IČO 00216305, se sídlem Antonínská 548/1, 60200 Brno (dále jen „VUT“) o zodpovězení otázek týkajících se parametrů měřicích přístrojů potřebných k realizaci veřejné zakázky, které jsou uvedeny v bodě 9093. odůvodnění tohoto rozhodnutí (jedná se o poslední dvě otázky uvedené v tomto bodě). Odpověď VUT obdržel Úřad dne 19. 4. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

95. Přípisem č. j. ÚOHS-13119/2021/511/LHl ze dne 19. 4. 2021 oznámil Úřad účastníkům pokračování ve správním řízení.

96. Usnesením č. j. ÚOHS-13479/2021/511/LHl ze dne 21. 4. 2021 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

97. Usnesením č. j. ÚOHS-13791/2021/511/LHl ze dne 23. 4. 2021 Úřad účastníkům řízení prodloužil na základě žádosti navrhovatele ze dne 22. 4. 2021 lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-13479/2021/511/LHl ze dne 21. 4. 2021.

Vyjádření zadavatele ze dne 3. 5. 2021 k podkladům rozhodnutí

98. Dne 3. 5. 2021 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k podkladům rozhodnutí. Zadavatel úvodem svého vyjádření uvádí, že prodlužováním řízení před Úřadem se zvyšuje finanční škoda zadavatele, neboť zpoždění výstavby navyšuje cenu zakázky. Dále zadavatel zdůrazňuje, že v zadávacím řízení podalo nabídky několik sdružení, která jsou tvořena dohromady více než 10 různými společnostmi. Dle zadavatele tak není možné dojít k závěru, že by zadávací podmínky byly připraveny „na míru“ jedinému dodavateli. Zadavatel současně konstatuje, že provedl i předběžné tržní konzultace, což mu nejen umožnilo nastavit zadávací

podmínky přiměřeně předmětu plnění, ale rovněž to umožnilo všem relevantním dodavatelům, aby se na toto zadávací řízení předem připravili a podali své připomínky k těm částem, které považovali za potenciálně diskriminační. Zadavatel je dále přesvědčen, že se stal součástí konkurenčního boje mezi potenciálními dodavateli.

K radarovým snímkům z jiných družic nežli TerraSAR-X

99. Zadavatel předně uvádí, že opakovaně v rámci tohoto správního řízení zdůrazňoval, že u TerraSAR-X a TanDEM-X se jedná o dvě družice a jediný družicový systém, a tedy požadavek zadavatele směřoval k oběma družicím, tj. TerraSAR-X a TanDEM-X (resp. k tomuto jedinému družicovému systému) současně, proto v družici TanDEM-X nelze spatřovat alternativní řešení, které by bylo znevýhodněno ve smyslu § 89 odst. 5 zákona. Družice TerraSAR-X/TanDEM-X jsou dle zadavatele společně provozovány jedním subjektem (EADS Airbus), mají společný pozemní segment (řídící a kontrolní středisko, datový sklad, kalibrace a vědecká exploatace) a uživatelský segment, reprezentovaný katalogem pro objednání dat a cenovou politiku. Pořízení snímků z obou družic pro komerční účely je tedy reálně možné objednat (pouze) z jednoho přístupového bodu a je provedeno a kontrolováno jedním subjektem (dodavatelem), z jednoho řídícího místa v rámci jednoho systému. Nelze tak pořídit pouze snímky z družice TerraSAR-X. Tím, že zadavatel požadoval TerraSAR-X, nevyloučil a nemohl vyloučit TanDEM-X, neboť se jedná o jediný systém. Obě družice pořizují radarové snímky v kooperaci. Uvedený závěr přitom dle zadavatele potvrzuje již první vyjádření Ministerstva dopravy ze dne 9. 7. 2020.

100. Zadavatel dále uvádí, že sám dodavatel systému TerraSAR-X využívá jen tento název, přestože je tím myšlen také TanDEM-X. Rovněž „Metodika výběru dat a metod InSAR pro vytvoření mapy rizika sledováním subsidence a nežádoucích deformací dopravní infrastruktury“ certifikovaná Ministerstvem Dopravy ČR dle zadavatele uvádí data pořízená z družice TerraSAR-X a z družice TanDEM-X jako jednu položku se shodnou cenou, tedy jako shodný produkt.

101. Dále zadavatel uvádí, že společnost Airbus na svých webových stránkách nerozlišuje jednotlivé družice družicové konstelace (TerraSAR-X, TanDEM-X a PAZ), ze které konkrétní snímek pochází, konstelace představuje jednotný produkt, jehož výsledkem jsou jednotné snímky od všech zapojených družic dohromady. Dále zadavatel odkazuje na online katalog GeoStore, který nabízí filtrování produktu označeného jako „TerraSAR-X archive“, který obsahuje datové sady pořízené nejen z družice TerraSAR-X, ale i TanDEM-X. Z povahy věci tedy dle zadavatele není ani prakticky možné dovodit, že je možné požadovat TerraSAR-X, a přitom vyloučit TanDEM-X; pokud by vybraný dodavatel ve fázi realizace předkládal zadavateli snímky z „TanDEM-X“, zadavatel by neměl žádnou možnost tyto snímky neuznat, jelikož jde o jednotný výstup.

102. Zadavatel k vyjádření Ministerstva dopravy ČR ze dne 9. 7. 2020 v odpovědi č. 3, že každá z družice je samostatnou družicí, uvádí, že tato informace nic nevypovídá o tom, zda je jedna družice ke druhé samostatnou, oddělitelnou a nezávislou alternativou v rámci požadavku na radarové snímkování. Ministerstvo dopravy ČR dle zadavatele dále v odpovědi č. 3 potvrdilo argumentaci zadavatele, že obě družice pracují synchronně, snímky pořizují spolu, přičemž jejich společné snímky se staly pro svou unikátnost základem pro nejpřesnější systém snímkování povrchu planety. K vyjádření Ministerstva Dopravy ČR ze dne 3. 3. 2021 zadavatel

konstatuje, že obě družice jsou prakticky identické a zejména neoddělitelné. Současně dle zadavatele Ministerstvo dopravy ČR potvrdilo, že výstupy obou družic jsou poskytovány v jednom data setu, přestože nevyloučilo samostatné využití snímků v komerční oblasti. Za stěžejní zadavatel taktéž považuje odpověď Ministerstva dopravy ČR, že TanDEM-X je zkratkou názvu „TerraSAR-Xadd-on-Digital-Elevation-Model“. Tudíž výstupy z TanDEM-X mohou být uvedeny i pod názvem TerraSAR-X.

103. Dále se zadavatel zabývá provedeným šetřením Úřadu mezi dodavateli pohybujícími se na relevantním trhu, ze kterého dle zadavatele vyplývá, že tito dodavatelé fakticky potvrdili všechna výše uvedená tvrzení zadavatele. Podle zadavatele je přitom v tomto směru zásadní, jakým způsobem uvedenou podmínku interpretovali relevantní dodavatelé, kteří jsou odborníky na trhu. Dále pak zadavatel odkazuje přímo na odpovědi společnosti INSET s.r.o. a SG Geotechnika a. s. Podle zadavatele se většina oslovených dodavatelů shodla na tom, že družice TerraSAR a TanDEM-X nejsou konkurující si produkty, jedinou výjimkou v tomto ohledu je dle zadavatele vyjádření společnosti SAFETY PRO s.r.o., která však dle zadavatele uvádí, že považuje všechny zadávací podmínky „za absurdně nastavené“, a z tohoto důvodu se rozhodla nezúčastnit.

104. Zadavatel konstatuje, že odborným pojmům by měl být připisován význam, který je jim v daném oboru obvykle připisován, přičemž s ohledem na uvedené je nutné dospět k závěru, že „snímky TerraSAR-X“ jsou všeobecně chápány jako snímky z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, tzn. jsou chápány jako jeden produkt, nikoliv jako konkurující si produkty. Současně zadavatel zdůrazňuje, že žádné jiné družice či družicové systémy neodpovídají parametrům požadovaným zadavatelem, což ostatně vyplývá i z prvního vyjádření Ministerstva dopravy ČR ze dne 9. 7. 2020. V daném případě je tak dle zadavatele odkaz na konkrétní družicový systém jednoznačně odůvodněn legitimními potřebami na straně zadavatele a je tak zcela v souladu s § 89 odst. 5 zákona.

105. Zadavatel uvádí, že pokud by přistoupil k vymezení svých požadavků formou výčtu konkrétních specifik, čelil by značnému riziku, že dodavatelé by se pokoušeli tyto požadavky naplnit „složením“ několika vzájemně nekompatibilních systémů radarové interferometrie či snímkování, což by byl značně pochybný a krajně rizikový přístup. Navíc by takové vymezení požadavku zadavatele nebylo jednoznačné. Ze stejného důvodu pak zadavatel dle svých slov nemohl ani připustit rovnocenné řešení, neboť reálně došlo k situaci, že snímky TerraSAR-X žádné rovnocenné řešení nemají. Umožnit volnost výběru systému jednotlivým účastníkům by představovalo nejednoznačné zadání a tím pádem rozpor s § 36 odst. 3 zákona.

K požadavku technické kvalifikace na realizaci stavby v intravilánu obce

106. Zadavatel uvádí, že požadavek na prokázání zkušenosti s pozemní stavbou v intravilánu obce je zcela přiměřený vzhledem k předmětu veřejné zakázky. Dle zadavatele existuje podstatný rozdíl, zda je podzemní stavba realizována v zastavěném území či nikoli; v tomto ohledu zadavatel odkazuje na závěry vyjádření České geologické služby ze dne 8. 4. 2021. Dále zadavatel uvádí, že celkově z vyjádření České geologické služby ze dne 8. 4. 2021 vyplývá to, že veškerá tvrzení zadavatele byla správná a objektivní a je zcela zřejmé, že požadavek na zkušenost dodavatele s pozemní stavbou v intravilánu obce je jednoznačně odůvodněn předmětem veřejné zakázky. Tvrzení navrhovatele, že významné zakázky realizované v intravilánu obce a mimo intravilán jsou obdobné, resp. že mezi nimi není rozdíl, tak bylo dle

zadavatele zcela vyvráceno. Zadavatel dodává, že Česká geologická služba ve svém vyjádření zdůraznila rovněž nutnost důkladného a správně provedeného geotechnického monitoringu pro zajištění řádné a kvalitní výstavby metra. Zadavatel tak má za to, že by měl Úřad přihlédnout k vyjádření České geologické služby nejen ve vztahu k této konkrétní zadávací podmínce, ale ve vztahu k celému předmětu správního řízení obecně. Zadavatel již ve svých předchozích podáních zdůrazňoval složitost předmětu veřejné zakázky a jeho významnost pro řádnou realizaci stavby.

K požadavku na optické automatické stanice

107. Zadavatel nejprve odkazuje na svá předchozí vyjádření. Odůvodněnost a oprávněnost zadávací podmínky týkající se optické automatické stanice byla dle zadavatele potvrzena i vyjádřením ČVUT a vyjádřením VUT. Zadavatel opakuje, že jeho požadavek je odůvodněn předmětem plnění veřejné zakázky, kdy tento přístroj je pro řádné plnění předmětu veřejné zakázky nezbytně nutný, jelikož bez něj není možné předmět veřejné zakázky řádně realizovat. Současně dle zadavatele není možné, aby byla daná podmínka jakkoliv diskriminační, když se jedná o přístroj běžně na trhu dostupný.

Závěr

108. Zadavatel v závěru shrnuje, že považuje svůj postup v zadávacím řízení a při vymezení zadávacích podmínek za zákonný, a proto žádá, aby Úřad návrh zamítl a zahájené správní řízení zastavil, neboť neshledal důvod pro uložení opatření k nápravě.

Vyjádření navrhovatele ze dne 3. 5. 2021 k podkladům rozhodnutí

109. Navrhovatel nejprve uvádí, že v rámci svého vyjádření s ohledem na hospodárnost a procesní ekonomii řízení klade důraz na otázku zákonnosti požadavku na použití „snímků TerraSAR-X“, neboť dle jeho názoru Úřad dostatečně nezabýval řešením s tím souvisejících otázek a získáním dalších podkladů. K dalším otázkám se navrhovatel dle svých slov vyjadřuje pouze okrajově.

110. K požadavku na použití „snímků TerraSAR-X“ navrhovatel v prvé řadě upozorňuje, že vyjádření subjektů, které se účastnily předběžných tržních konzultací a ze kterých je pravděpodobně tvořen vybraný dodavatel, je nutno považovat za nevěrohodná, když dle slov navrhovatele *„tyto subjekty z logiky věci mají zájem na zrušení zadávacího řízení, které by pro ně pravděpodobně znamenalo získání Veřejné zakázky“*. Zkreslující povaha uvedených informací je přitom dle navrhovatele přímo zjevná, neboť jejich předmětem je jednak naprosto nesmyslná a nezastíraná glorifikace „snímků TerraSAR-X“ postavená na zavádějících informacích, a jednak všechna do jednoho velice připomínají vyjádření zadavatele.

111. Dle navrhovatele však ze šetření mezi dodavateli působícími na relevantním trhu vyplývá, že byl potvrzen závěr navrhovatele, tedy že družice TanDEM-X i TerraSAR-X pořizují své vlastní snímky, přičemž tyto snímky je možné z pohledu dodavatelů pořídit/objednat samostatně, nikoliv jen společně se snímky z druhé družice. Navrhovatel dále podotýká, že z odpovědí dotázaných nezaujatých subjektů (které navrhovatel ve svém vyjádření vyjmenovává) neplyne jednoznačný závěr, že by pod „snímky TerraSAR-X“ bylo možné vždy podřadit, vedle snímků pouze z družice TerraSAR-X, také snímky pouze z družice TanDEM-X.

112. Navrhovatel je pak přesvědčen, že pod pojem „snímky z družice“ nelze ani v kontextu odborných znalostí a vědomostí z jazykového pohledu podřadit nic jiného, než snímky z této

konkrétní družice. Že to takto určitá část z oslovených subjektů nevnímá, pak ještě dle navrhovatele neznamená, že určitá část dodavatelů toto vnímá opačně, a to obzvláště za situace, kdy objednání snímků pořízených pouze jednou z družic nepředstavuje „neproveditelné pravidlo chování“ (jak argumentoval zadavatel), nýbrž je v praxi jednoznačně možné.

113. Navrhovatel taktéž konstatuje, že přestože jsou obě družice provozovány jediným subjektem, tak s ohledem na možnost pořízení snímků zvlášť mohou být snímky z jedné družice konkurenční vůči snímkům z druhé družice nebo vůči snímkům pořízeným oběma družicemi zároveň, když z pohledu hospodářské soutěže jako celku, která je předmětem ochrany podle § 89 odst. 5 a 6 zákona, není podstatné, kde a na jaké úrovni určité (konkurenční) zvýhodnění vzniká (vedle samotných dodavatelů veřejné zakázky, kteří pořízení snímků budou poptávat, je dle navrhovatele nutno vzít v potaz i třetí subjekty – např. zprostředkovatele snímků, kteří mohou mít nasmlouvány vlastní podmínky).

114. Dále navrhovatel uvádí, že závěr zadavatele, že jeho potřebu naplní pouze a jen družice TerraSAR-X, potažmo TanDEM-X, a že k tomuto neexistuje jiná alternativa, je naprosto nesmyslný, když toto dle navrhovatele nevyplývá ani z reálného stavu věcí, ani z „multikriteriální analýzy“, kterou zadavatel Úřadu sám předložil. Navrhovatel má za to, že družice TerraSAR-X a TanDEM-X nejen mají na poli družic pro komerční využití naprosto identickou alternativu v podobě družice PAZ, ale na trhu existuje i v mnoha ohledech lepší řešení v podobě družic COSMO-SkyMed první a druhé generace.

115. K požadavku na co nejpřesnější snímkování povrchu navrhovatel konstatuje, že tyto požadavky naprosto identicky plní družice PAZ, a v mnoha ohledech lépe i družice COSMO-SkyMed. Navrhovatel dále uvádí, že sám kontaktoval společnost HISDESAT SERVICIOS ESTRATÉGICOS, S.A (dále jen „Hisdesat“), jakožto provozovatele družice PAZ, a dále společnost e-GEOS, která nabízí snímky z družic COSMO-SkyMed (a dále mj. i snímky z družic TerraSAR-X a TanDEM-X). Z komunikace se společností Hisdestat dle navrhovatele vyplynulo, že zadavatelem stanovené technické požadavky splňuje družice PAZ bez výhrad, přičemž snímky z této družice je s ohledem na identickou technologii možné kombinovat se snímky pořízenými TerraSAR-X a TanDEM-X (a to i v rámci konstelace). Zároveň je dle navrhovatele zcela zjevné, že společnost Hisdesat je společně s družicí PAZ zcela nezávislá na provozovateli družic TerraSAR-X a TanDEM-X a je možné skrze tuto společnost objednat vše potřebné. Současně navrhovatel uvádí, že případná polemika zadavatele, zda se „snímky TerraSAR-X“ nemyslí náhodou i snímky PAZ, a stejně tak polemika o konkurenci družic PAZ a TerraSAR-X a TanDEM-X musí být zcela vyloučena. Dále navrhovatel konstatuje, že z komunikace se společností e-GEOS a z ceníku, který tato společnost navrhovateli předložila, vyplynulo, že družice COSMO-SkyMed první generace, družice COSMO-SkyMed druhé generace i družice TerraSAR-X a TanDEM-X splňují zadavatelem stanovené parametry. Zároveň z přímého dotazu na kvalitu snímků vyplynulo, že data s rozlišením 1 m získaná z družic COSMO-SkyMed první generace jsou téměř identická s daty pořízenými družicemi TerraSAR-X a TanDEM-X a snímky s vyšším rozlišením i lepší. Data z COSMO-SkyMed druhé generace jsou dle navrhovatele přitom, s ohledem na lepší a pokročilejší technologie, ve všech ohledech kvalitnější, než data z COSMO-SkyMed první generace a TerraSAR-X a TanDEM-X. K tomu navrhovatel dodává, že družice COSMO-SkyMed druhé generace byla vypuštěna teprve nedávno, avšak stanovením požadavku na „snímky z družice TerraSAR-X“ bez připuštění rovnocenných řešení se zadavatel sám připravil o možnost

získat ve všech ohledech pokročilejší řešení a zároveň tím vytvořil neodůvodněnou překážku hospodářské soutěže. V této souvislosti navrhovatel rovněž zmiňuje další alternativní, byť dle slov navrhovatele až v blízké budoucnosti plně využitelné, řešení v podobě družice ICEYE, jejíhož provozovatele navrhovatel rovněž kontaktoval s obdobnými dotazy.

116. K požadavku na dostatečnou historii archivních snímků navrhovatel upozorňuje, že tento parametr nemá jakýkoliv vliv na volbu poskytovatele snímků pro následné snímkování (které je předmětem veřejné zakázky). Předně totiž dle jeho názoru platí, že archivní snímky si má pořizovat sám zadavatel, což však v šetřeném případě doposud neučinil. Hlavně ovšem z multikriteriální analýzy vyplývá, že veškeré dostupné archivní snímky (včetně snímků pořízených družicemi TerraSAR-X a TanDEM-X) byly pořízeny v nižší kvalitě (mód StripMap), a tudíž nebudou kompatibilní se snímky v kvalitě vyšší, tj. v kvalitě jakou požaduje Zadavatel (SpotLight), bez ohledu na to, z jaké družice budou získány.

117. Dle navrhovatele z multikriteriální analýzy vyplývá, že kompatibilita historických dat je pouze zdánlivá a zadavatelem účelově prezentovaná, neboť ani snímky z družic TerraSAR-X a TanDEM-X v zadavatelem požadované kvalitě (SpotLight), ani snímky z jakékoliv jiné družice ve stejné kvalitě, nebude možné navázat na data historická. Kromě toho se i v samotné multikriteriální analýze dle navrhovatele uvádí, že od podzimu 2019 jsou snímky z družice TerraSAR-X (StripMap) *„pořizovány sporadicky a v časové řadě se vyskytují mezery“*, tudíž je dle jeho názoru otázkou, zda by zadavatel nakonec nepořizoval archivní snímky z družic COSMO-SkyMed první a druhé generace, nebo je nekombinoval i s jinými snímky, což je dle navrhovatele běžná praxe.

118. Navrhovatel uvádí, že s ohledem na výše uvedené je argumentace zadavatele týkající se dostatečné historie archivních snímků zcela nepatřičná a požadavky na kompatibilitu s archivními snímky splní jakákoliv družice (resp. nesplní jej žádná). Dále navrhovatel uvádí, že pokud by Úřad z jakéhokoliv důvodu dospěl k závěru, že požadavek na dostatečnou historii archivních snímků a potažmo na (neuskutečnitelnou) kompatibilitu dodavateli pořizovaných snímků je oprávněný, pak navrhovatel tvrdí, že tuto nepodloženou kompatibilitu bezvýhradně splňuje i konkurenční družice PAZ. Na základě výše uvedeného tedy navrhovatel uzavírá, že zadavatelem stanovený požadavek na pořízení snímků z družice TerraSAR-X musí být Úřadem (opětovně) posouzen jako nezákonný.

119. K požadavku na realizaci referenčních zakázek v „intravilánu obce“ navrhovatel uvádí, že z vyjádření České geologické služby ze dne 8. 4. 2021 sice vyplývá, že realizace v intravilánu obce se odlišuje od realizace v extravilánu, nicméně vše je dle navrhovatele v rovině vyšších nároků na četnost měření a dalších parametrů, které vyplývají z aplikovatelných právních či technických norem. Je samozřejmě i logické, že odpovědnost dodavatele služeb (resp. možné důsledky vyplývající z nedodržení stanovených technických postupů) bude při realizaci pod zástavbou vyšší, nicméně stále dle navrhovatele platí, že všechny technologické postupy a z toho vyplývající nabyté zkušenosti dodavatelů jsou totožné. V takovém případě by měly být aplikovány závěry uvedené např. v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHSR462/2014/VZ-32305/2015/322/EDy, (resp. v další rozhodovací praxi Úřadu), ze kterého vyplývá, že pokud je „většina technologických postupů totožná“, měly by být umožněny i reference získané mimo intravilán obce. V uvedeném vyjádření České geologické služby je dle navrhovatele i několikrát zmíněn aspekt měření, resp. jeho trivialita, s čímž souvisí zadavatelem stanovené

poddodavatelské omezení, přičemž tyto závěry se shodují i s námitkami navrhovatele, které uvádí v návrhu.

120. K požadavku na přesnost měření navrhovatel uvádí, že vyjádření ČVUT a ani VUT navrhovatel nepovažuje ve vztahu k položeným otázkám za jakkoliv konkluzivní, neboť jsou učiněna s výhradami dalších výpočtů, popř. je zde vycházeno z neověřeného předpokladu, že měřeny budou kratší délky.

121. Usnesením č. j. ÚOHS-15159/2021/511/LHl ze dne 6. 5. 2021 určil Úřad zadavateli lhůtu ke sdělení stanoviska ke skutečnostem uvedeným navrhovatelem v čl. II. vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 3. 5. 2021, týkajícím se požadavku na použití „snímků TerraSAR-X“.

122. Usnesením č. j. ÚOHS-15505/2021/511/LHl ze dne 10. 5. 2021 Úřad zadavateli na základě jeho žádosti prodloužil lhůtu stanovenou usnesením č. j. ÚOHS-15159/2021/511/LHl ze dne 6. 5. 2021.

Vyjádření zadavatele ze dne 18. 5. 2021

123. Zadavatel uvádí, že ať již jsou snímky z družice PAZ technicky a kvalitativně srovnatelné se snímky TerraSAR-X/Tandem, tato skutečnost je irelevantní, protože k datu přípravy zadávací dokumentace ani k datu podání nabídky, snímky z družice PAZ nebyly komerčně dostupné, zadavatel je proto nemohl zohlednit v rámci přípravy zadávacích podmínek. V tomto ohledu zadavatel odkazuje webovou stránku (https://earth.esa.int/eogateway/news/paz-data-now-available-to-usersworldwide), ze které má vyplývat, že data družice PAZ byla zpřístupněna celosvětově pro komerční účely až od data 24. 6. 2020. Dále zadavatel odkazuje na další webovou stránku (https://www.thalesgroup.com/en/worldwide/space/news/second-generation-maximizescosmo-skymed-system-capabilities), ze které má dle zadavatele vyplývat, že ani snímky z družice COSMO-SkyMed druhé generace nebyly do konce lhůty pro podání nabídek přístupné pro komerční účely. Podle zadavatele k datu podání nabídek družicové snímky ze systému PAZ, ani družicové snímky ze systému COSMO-SkyMed druhé generace nebyly komerčně dostupné zákazníkům. Datum komerční dostupnosti předmětných snímků nebylo k datu zpracování zadávací dokumentace, zahájení zadávacího řízení ani k datu podání nabídek dle zadavatele známo.

124. Dále zadavatel uvádí, že neformuloval výslovný požadavek na provádění měření pouze prostřednictvím družice TerraSAR-X/Tandem-X, ale zadavatel ji pouze označil za (s nejvyšší mírou pravděpodobnosti) předpokládanou technologii, která bude využita. Pro zadavatele je dle jeho slov klíčové naplnění účelu monitoringu zájmového území pomocí družicové radarové interferometrie, tedy použití takového družicového systému, jehož parametry umožní spolehlivě detekovat poklesy a deformace povrchu v předpokládaném prostorovém a vertikálním rozsahu v území, které se vyznačuje specifickými charakteristikami (typy ploch a objektů, jejich umístění, výška a orientace). Největší průnik mezi požadavky a parametry vykazovaly dle zadavatele družicové snímky z družicového systému TerraSARX/TanDEM-X pořizované v módu StripMap. Dále pak v tomto ohledu zadavatel odkazuje na multikriteriální analýzu (dále též jen „MA“).

125. Nad rámec výše uvedeného zadavatel uvádí, že MA nezohlednila další doplňkový aspekt, který výrazně vylučuje systémy PAZ nebo COSMO-SkyMed v porovnání se systémem TerraSARX/TanDEM-X, a to skutečnost, že prvně jmenované systémy jsou provozovány i pro

(národní) obranné využití, které vychází ze spoluvlastnictví družic španělským, resp. italským ministerstvem obrany. Dle zadavatele požadavky na obranné snímání mají vždy vyšší prioritu před nasmlouvanými komerčními kontrakty, a tedy u těchto systémů by s vyšší mírou pravděpodobnosti mohlo dojít k nepořízení objednaných snímků v rámci etapy návazného monitoringu. Výpadek jednoho nebo více snímků může mít dle zadavatele zásadní dopad na kompletnost časové řady měření v etapě návazného monitoringu, kdy se předpokládané rozsahy pohybů přibližují technickým limitům družicových systémů i při využití maximální pořizovací frekvence měření.

126. K navrhovatelem tvrzené nezávislosti systému PAZ zadavatel uvádí, že není zcela jednoznačná, neboť z pohledu podmínek pro monitoring v návazné etapě PAZ musí daný systém navazovat na předešlou časovou řadu z družicového systému TerraSAR-X/Tandem-X. Družicové snímky ze systému PAZ a systému TerraSAR-X/Tandem-X si dle zadavatele opravdu konkurují, byť jsou z hlediska technických parametrů naprosto shodné, pro účely interferometrické analýzy deformací povrchu kompatibilní a snímky z PAZ umožňují v kombinaci se snímky z TerraSAR-X/Tandem-X zkrátit časový interval nad rámec potřebného 11 denního intervalu přeletu.

127. K družicím COSMO-SkyMed první a druhé generace zadavatel konstatuje, že dle vyhodnocení v rámci MA vychází, že systém COSMO-SkyMed je navzdory velmi podobným nominálním parametrům méně vhodnou možností ve srovnání s TerraSARX/TanDEM-X. Konkrétně, data z družice COSMO-SkyMed v módu StripMap, která byla dostupná v archivu k datu vyhlášení soutěže, nabízí v porovnání s TerraSARX/TanDEM-X horší časové pokrytí; méně optimální incidenční úhel a azimut, což způsobuje vyšší podíl ploch v zájmovém území zakrytých radarovým stínem; delší prostorové (kolmé) základny mezi polohami družic při pořizování snímků vedou k vyššímu šumu a nižší přesnosti určení výšky odražeče. Zadavatel dle svých slov pro stanovení předpokládaných snímků pro užití v šetřeném případě vycházel z jejich vhodnosti pro účel a dané území, nikoliv pouze z teoretických nominálních parametrů dat.

128. K vyjádření navrhovatele, že snímky COSMO-SkyMed druhé generace jsou „lepší a pokročilejší technologie“, zadavatel konstatuje, že se jedná o vyjádření založené na stanovisku výrobce, resp. provozovatele, tedy se jedná o subjektivní a zkreslené konstatování. Tvrzení dle zadavatele nelze prakticky ověřit, nelze dělat závěry na základě odborné zkušenosti se zpracováním snímků metodami radarové interferometrie, protože snímky z COSMO-SkyMed druhé generace jsou na trhu velmi krátkou dobu. Nicméně navzdory lepším teoretickým nominálním parametrům pro snímky z COSMO-SkyMed druhé generace dle zadavatele platí stejný hendikep jako pro SpotLight z COSMO-SkyMed první generace, a to deficientní časové pokrytí zájmového území, tj. 0 snímků pro retrospektivní mapování, na které by šlo navázat v interferometrické časové řadě. V neposlední řadě jsou pak tyto snímky dle zadavatele i výrazně dražší.

129. Parametr návaznosti na archivní snímky má dle zadavatele zásadní vliv na spolehlivé určení deformací pomocí nepřerušené a navazující časové řady snímků pomocí radarové interferometrie. Zadavatel v rámci technických podmínek neomezil předpokládané družicové snímky na konkrétní mód v souvislosti s prostorovým rozlišením (tedy např. pouze na mód SpotLight), tedy není pravdivé tvrzení navrhovatele, že zadavatel požaduje tuto kvalitu. Navrhovatel dle zadavatele chybně vychází z předpokladu, že pojem „kvalita“ snímků se v radarové interferometrii automaticky váže na prostorové rozlišení, tedy že snímky ve vyšším

rozlišení jsou kvalitnější. S tím zadavatel zásadně nesouhlasí, protože kvalita odhadu trendu deformace a jeho změn z dlouhé časové řady měření (snímků z družice) pomocí radarové interferometrie závisí i na kontinuitě a návaznosti měření bez mezer nebo přerušení v časovém pokrytí. Dále zadavatel ke kompatibilitě archivních snímků zadavatel odkazuje na MA, přičemž dodává, že tuto komptabilitu naplňuje i systém PAZ.

130. Závěrem zadavatel uvádí, že stále platí, že družicové snímky z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X jsou aktuálně technicky nejvhodnějším a v módu StripMap i ekonomickým řešením pro účel mapování deformací povrchu v zájmovém území prostředky dálkového průzkumu Země. Zadavatel shrnuje, že s ohledem na vše výše uvedené i nadále považuje svůj postup za zákonný a nespatřuje v něm žádné porušení zákona.

Další průběh správního řízení

131. Žádostí č. j. ÚOHS-17022/2021/511/LHl ze dne 21. 5. 2021 Úřad požádal provozovatele družicového systému PAZ - společnost Hisdesat o sdělení informace, od jakého data bylo možné pořídit pro komerční účely data z družice PAZ. Odpověď společnosti Hisdesat obdržel Úřad dne 24. 6. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

132. Usnesením č. j. ÚOHS-21850/2021/511/LHl ze dne 29. 6. 2021 určil Úřad zadavateli lhůtu ke sdělení stanoviska ke skutečnostem uvedeným společností Hisdesat ve vyjádření ze dne 24. 6. 2021, týkajícím se data zpřístupnění komerčního využití snímků z družice PAZ.

Vyjádření zadavatele ze dne 7. 7. 2021

133. Zadavatel nejprve opakuje, že snímky z družicového systému TerraSAR-X jsou myšleny snímky konstelace TerraSAR-X/TanDEM-X (neboli „TSX“). Dále uvádí, že oproti systému TerraSAR-X samostatná družice PAZ nemá dostatečný archiv snímků (dle zadavatele jediná archivní PAZ data byla pro požadované území pořízena 2. 3. 2021). V době zadávacího řízení fungovala družice PAZ dle zadavatele pouze 1,5 roku (od 6. 9. 2018).

134. Podle zadavatele samotná družice PAZ je klon vyrobený ve společnosti Airbus Spain, dle vzoru TerraSAR-X/TanDEM-X. PAZ byl od počátku designován, aby byl z hlediska interferometrických měření plně kompatibilní a byl provozován koordinovaně v konstelaci s TerraSAR-X/TanDEM-X, přičemž v tomto smyslu se jedná o třetí komponentu tohoto systému, a tedy lze v tomto smyslu hovořit o jediném systému. Propojení do jediného systému nastalo dle zadavatele 24. 6. 2020 (tedy po skončení lhůty pro podání nabídek), kdy byla družice PAZ plně začleněna do družicového systému TerraSAR-X. Současně zadavatel dodává, že není možné samostatně koupit sadu snímků pouze z jediné družice, družice tak nejsou v tomto smyslu v konkurenčním vztahu. Zadavatel má za to, že družice PAZ je zapojena do systému TerraSAR-X, a jak dle zadavatele potvrzuje dopis společnosti Hisdesat, data jsou poskytována tak, že uživatel ani nerozezná, které snímky jsou pořízené družicí TerraSAR-X, TanDEM-X a které PAZ. Zadavatel dále upozorňuje na to, že družice PAZ má přednostně vojenské využití a komerční objednávky na její využití mohou být stornovány.

135. Zadavatel shrnuje, že dle jeho názoru nadále nedošlo k porušení § 6 zákona ani obecně k porušení hospodářské soutěže, protože družice PAZ sama o sobě nepředstavuje plnohodnotnou alternativu k systému TerraSAR-X, když archivní snímky samostatné družice PAZ nejsou dostatečné pro splnění účelu díla. Současně platí, že družice PAZ je fakticky součástí systému TerraSAR-X, a tedy pokud zadavatel požadoval snímkování a archiv snímků z

tohoto systému, fakticky požadoval i snímky z družice PAZ, a nemohlo tak dojít k její jakékoli diskriminaci. Stanovisko zadavatele pak dle jeho názoru potvrzuje i dopis společnosti Hisdesat, který dle zadavatele rovněž jednoznačně prezentuje družici PAZ, a zejména její komerční aktivity, jako integrální součást systému TerraSAR-X a služeb tímto systémem poskytovaných. Zadavatel je tak přesvědčen, že otázka možného zapojení družice PAZ neměla vliv ani na finální podobu nabídek, nabídkových cen a obecně na zachování soutěžního prostředí. Zadavatel taktéž připomíná, že stěžovatel původně ve svých námitkách družicí PAZ vůbec neargumentoval, tuto argumentaci doplnil až následně, a tedy zjevně ani sám stěžovatel nepociťoval ani nenamítal újmu v tom smyslu, že by mu snad zadávací podmínky zakazovaly užít data z družice PAZ.

136. Zadavatel v druhé části svého vyjádření ze dne 7. 7. 2021 popisuje důležitost využití radarové interferometrie v šetřeném případě, přičemž dále uvádí příklady použití této metody v České republice a ve světě.

Další průběh správního řízení

137. Usnesením č. j. ÚOHS-23724/2021/511/LHl ze dne 14. 7. 2021 Úřad správní řízení podle § 64 odst. 1 písm. e) správního řádu, ve spojení s § 261 odst. 2 zákona přerušil s cílem získat odborné stanovisko,

- k otázce týkající se využití kombinace archivních snímků z družicového systému TerraSAR-X a aktuálních snímků z družice PAZ při radarové diferenční interferometrii; a případných rozdílů v přesnosti výsledků oproti případu, kdy jak v retrospektivní analýze, tak v navazujícím monitoringu jsou použity snímky pouze z družicového systému TerraSAR-X,
- k otázce týkající se toho, zda lze považovat družicové snímky PAZ za rovnocenné řešení vůči snímkům z družicového systému TerraSAR-X.

138. Žádostí č. j. ÚOHS-23978/2021/511/LHl ze dne 16. 7. 2021 Úřad požádal ČVUT o zodpovězení následujících otázek:

- Lze družicové snímky pořízené samostatně družicí PAZ považovat za rovnocenné řešení vůči snímkům z družicového systému TerraSAR-X, resp. představuje družice PAZ sama o sobě plnohodnotnou alternativu k systému TerraSAR-X? Pokud ne, vysvětlete, proč.
- Lze v rámci využití radarové diferenční interferometrie postupovat tak, že při retrospektivní analýze historického vývoje sedání zájmového území (dále jen „retrospektivní analýza“) se použijí archivní snímky z družicového systému TerraSAR-X a při následném monitoringu stavby se použijí aktuální snímky z družice PAZ, resp. lze při využití kombinace archivních snímků z družicového systému TerraSAR-X a aktuálních snímků z družice PAZ získat dostatečně přesné výsledky radarové diferenční interferometrie?
- Existují rozdíly v přesnosti výsledků v případě, kdy jsou v rámci radarové diferenční interferometrie použity pro retrospektivní analýzu archivní snímky z družicového systému TerraSAR-X a pro následný monitoring jsou použity aktuální snímky z družice PAZ, oproti případu, kdy jak v retrospektivní analýze, tak v navazujícím monitoringu jsou použity snímky pouze z družicového systému TerraSAR-X? Pokud rozdíly v

přesnosti výsledků existují vysvětlete, v čem spočívají a nakolik jsou z hlediska celkových výsledků radarové diferenční interferometrie významné.

Odpověď ČVUT obdržel Úřad dne 6. 8. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

139. Žádostí č. j. ÚOHS-23979/2021/511/LHl ze dne 16. 7. 2021 Úřad požádal Úřad Vysokou školu báňskou - Technická univerzita Ostrava, IČO 61989100, se sídlem 17. listopadu 2172/15, 708 00 Ostrava (dále jen „VŠB“) o zodpovězení otázek, které jsou uvedeny v bodě 138. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Odpověď VŠB obdržel Úřad dne 27. 7. 2021. Z této odpovědi vyplývá, že VŠB na otázky Úřadu nebyla v dané době schopna kvalifikovaně odpovědět, přičemž doporučila o jejich zodpovězení požádat odborníky Ing. Milana Lazeckého, Ph.D. a Ing. Ivanu Hlaváčovou, Ph.D., případně kontaktovat ČVUT katedru geomatiky.

140. Žádostí č. j. ÚOHS-25236/2021/511/LHl ze dne 27. 7. 2021 Úřad požádal Ing. Ivanu Hlaváčovou, Ph.D., o zodpovězení otázek, které jsou uvedeny v bodě 138. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Odpověď Ing. Ivany Hlaváčové, Ph.D., obdržel Úřad dne 1. 8. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

141. Žádostí č. j. ÚOHS-25237/2021/511/LHl ze dne 27. 7. 2021 Úřad požádal Ing. Milana Lazeckého, Ph. D., o zodpovězení otázek, které jsou uvedeny v bodě 138. odůvodnění tohoto rozhodnutí. Odpověď Ing. Milana Lazeckého, Ph.D., obdržel Úřad dne 2. 8. 2021 (obsah odpovědi bude popsán níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí).

142. Přípisem č. j. ÚOHS-27153/2021/511/LHl ze dne 10. 8. 2021 oznámil Úřad účastníkům pokračování ve správním řízení.

143. Usnesením č. j. ÚOHS-27186/2021/511/LHl ze dne 10. 8. 2021 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 24. 8. 2021 k podkladům rozhodnutí

144. Dne 24. 8. 2021 doručil zadavatel Úřadu své vyjádření z téhož dne k podkladům rozhodnutí. Zadavatel předně konstatuje, že odpovědi odborníků, které si Úřad vyžádal, plně potvrzují dosavadní stanoviska zadavatele, že ani družici PAZ (ani jinou družici) nelze považovat za plnohodnotnou alternativu k systému TerraSAR-X. Z odpovědí poskytnutých oslovenými odborníky rovněž dle zadavatele vyplývá, že o družici PAZ odborníci nemají mnoho informací. S družicí PAZ jako novinkou tak nejsou žádné praktické zkušenosti a je dle zadavatele zřejmé, že ani odborníci tento systém neznají. Dle zadavatele nelze očekávat, že s tímto systémem běžně pracuje laická veřejnost, tedy konkrétní dodavatelé. Rozhodně tak dle zadavatele družice PAZ není v konkurenčním vztahu se systémem TerraSAR-X a je nezbytné na ni vztáhnout veškeré závěry předsedy Úřadu z rozhodnutí č. j. ÚOHS-41788/2020/322/HSc ze dne 10. 2. 2021.

145. Zadavatel shrnuje, že nadále považuje svůj postup za zákonný a nespatřuje v něm žádné porušení zákona. Proto zadavatel opakovaně žádá, aby Úřad návrh zamítl a zahájené správní řízení zastavil s tím, že neshledal důvod pro uložení opatření k nápravě.

Vyjádření navrhovatele ze dne 24. 8. 2021 k podkladům rozhodnutí

146. Navrhovatel znovu zdůrazňuje, že dle jeho přesvědčení byly zadávací podmínky veřejné zakázky nepřiměřeně a diskriminačně nastaveny tím způsobem, že na úkor férové

hospodářské soutěže směřovaly k tomu, aby v rámci ČR i střední Evropy byl některé (i díky uměle nadhodnocené předpokládané hodnotě veřejné zakázky) kvalifikační požadavky schopen splnit jeden jediný konkrétní subjekt.

147. Navrhovatel si dovoluje konstatovat, že z odborných stanovisek a vyjádření získaných Úřadem nevyplývá nic, co by vyvracelo argumenty zopakované navrhovatelem ve vyjádření navrhovatele ze dne 3. 5. 2021, resp. naopak lze z těchto vyjádření dovodit přímou podporu veškerých tvrzení navrhovatele (nejjednoznačněji a nejpřesvědčivěji z vyjádření podaného Ing. Lazeckým) o nezákonnosti postupu zadavatele.

148. Z podkladů pro rozhodnutí dle navrhovatele vyplývá, že tak, jak Úřad postupně blíže zjišťoval a ověřoval rozhodující skutečnosti k řešení předmětné dílčí otázky (týkající se použití družice PAZ), zadavatelova argumentace prošla několika veletoči (přičemž některá postupná tvrzení zadavatele si přímo odporují).

149. K ostatním řešeným aspektům veřejné zakázky pak navrhovatel plně odkazuje na obsah vyjádření navrhovatele ze dne 3. 5. 2021, jakož i na svá vyjádření dřívější.

ZÁVĚRY ÚŘADU

150. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření předložených účastníky řízení, a na základě vlastního zjištění rozhodl tak, že se návrh navrhovatele zamítá, a současně rozhodl o zastavení správního řízení ve vztahu k jedné části návrhu. Ke svému rozhodnutí uvádí Úřad následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

151. Podle § 99 odst. 2 zákona pokud to povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.

152. 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.

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

154. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

155. Vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 6“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele téhož dne. V tomto vysvětlení zadavatel provedl celkem 14 změn. U změny č. 3 je uvedeno následující:

»*Zadavatel přistoupil ke změně třetího odstavce čl. 5.7.3, bod iv. zadávací dokumentace tak, že jeho nové znění je následující: „iv. požadavky na technickou kvalifikaci – systémy certifikace:*

- certifikát systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci OHSAS 18001, případně ISO 45001,

- certifikát systému managementu kvality EN 9001 pro oblast předmětu zakázky,

- certifikát systému enviromentálního managementu EN ISO 14001 pro oblast předmětu zakázky.“«.

156. V závěru vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 je uvedeno následující: *„Zadavatel konstatuje, že žádná provedená změna nerozšiřuje okruh potenciálních dodavatelů, neboť se jedná pouze drobné formulační úpravy bez vlivu na faktickou podobu zadávacích podmínek. Zadavatel proto nepřistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídek.“.*

157. Dne 16. 5. 2021 navrhovatel doručil zadavateli námitky ze dne 15. 5. 2021. K postupu zadavatele v souvislosti se změnou č. 3 zadávacích podmínek učiněnou v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 navrhovatel v uvedených námitkách uvedl, že změna spočívající ve změně třetího odstavce čl. 5.7.3 bodu iv. zadávací dokumentace vyžadovala přiměřené prodloužení lhůty, a to alespoň tak, aby od uveřejnění vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 činila celou svou původní délku, neboť dle navrhovatele se v případě této změny nejedná pouze o formulační nebo jinou formální změnu zadávací dokumentace, nýbrž o změnu, která měla poměrně závažné dopady na omezení možnosti dodavatelů prokázat část technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatelů.

Právní posouzení

158. V podaném návrhu navrhovatel mj. brojí proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 6, kdy má za to, že zadavatel postupoval v rozporu s § 99 odst. 2 zákona. Navrhovatel konkrétně namítá, že změna čl. 5.7.3. bodu iv. zadávací dokumentace“, která byla ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 obsažena jako změna č. 3, s ohledem na svůj charakter vyžadovala přiměřené prodloužení lhůty pro podání nabídek, zadavatel k němu však nepřistoupil.

159. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že jednou z podmínek pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele je předcházející podání námitek zadavateli. Platí, že návrh je až druhotným nástrojem procesní obrany dodavatele, neboť prvotním nástrojem jsou námitky, jež jsou podávány přímo zadavateli, který tím dostává možnost na námitky dodavatele reagovat. Zákon tak vyžaduje, aby byly veškeré námitky nejprve uplatněny u zadavatele, a to řádně a včas. V situaci, kdy stěžovatel nevyužije možnosti podání námitek, resp. takto neučiní včas a řádně, tedy s veškerými zákonnými náležitostmi, pak není oprávněn domáhat se ochrany svých práv před Úřadem.

160. V šetřeném případě se tedy Úřad zabýval tím, zda byla naplněna základní podmínka pro to, aby se mohl návrhem v celém jeho rozsahu věcně zabývat, spočívající ve splnění povinnosti navrhovatele před podáním návrhu podat zadavateli řádně a včas námitky. Úřad zde opětovně

podotýká, že řádnost a včasnost podaných námitek je přitom nutné posuzovat zejména s ohledem na jejich obsah a dodržení lhůty pro jejich podání.

161. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona (pozn. Úřadu: ustanovení § 254 zákona upravuje postup v situaci podání návrhu na uložení zákazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku). Z citovaného ustanovení zákona tak jednoznačně plyne, že podání řádných a včasných námitek je podmínkou pro meritorní projednání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.

162. Ustanovení § 242 odst. 2 zákona konstruuje zvláštní lhůtu pro podání námitek, jež jsou mířeny proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, resp. jedná se o ustanovení speciální vůči obecné lhůtě pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 1 zákona. Jak vyplývá z ustanovení § 242 odst. 2 zákona, námitky proti úkonům oznamovaným v uveřejněných či odeslaných dokumentech musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

163. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení, námitky navrhovatele ze dne 15. 5. 2020, které byly zadavateli doručeny téhož dne, směřovaly mj. proti postupu zadavatele spočívajícímu v neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na změnu čl. 5.7.3. bodu iv. zadávací dokumentace.

164. Pro úplnost Úřad uvádí, že z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá (a navrhovatel to ani netvrdí), že by v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku před podáním návrhu k Úřadu doručil navrhovatel zadavateli jiné podání, jehož obsahem by byly námitky ve smyslu § 241 a násl. zákona, než námitky ze dne 15. 5. 2020, které směřují mj. proti postupu zadavatele spočívajícímu v neprodloužení lhůty pro podání nabídek. Z uvedeného důvodu Úřad vycházel dále při posouzení splnění předmětné povinnosti navrhovatele (podmínky vedení správního řízení) toliko z obsahu námitek ze dne 15. 5. 2020, jakožto jediných námitek navrhovatele, které předcházely podání návrhu u Úřadu.

165. Úřad konstatuje, že v posuzovaném případě navrhovatel rozporoval postup zadavatele spočívající v neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na poskytnutí vysvětlení zadávací dokumentace, jež zahrnovalo změnu zadávací dokumentace. Podle navrhovatele měl zadavatel postupovat v rozporu s ustanovením § 99 odst. 2 zákona, které stanoví, že pokud to povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.

166. K uvedenému Úřad uvádí, že ustanovení § 99 odst. 2 zákona zadavateli jednoznačným způsobem ukládá, jakým způsobem má postupovat v případě, že povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Pokud povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, zadavatel tuto lhůtu přiměřeně prodlouží. Z citovaného ustanovení zákona v dalším vyplývá, jakým způsobem má zadavatel postupovat, pokud změna nebo doplnění zadávací dokumentace může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, tzn. jaký úkon má učinit, pokud

povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, nebo pokud změna nebo doplnění zadávací dokumentace může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Z uvedeného lze dovodit, že v případě postupu zadavatele, k němuž dochází na základě ustanovení § 99 odst. 2 zákona, se jedná o úkony zadavatele. Tuto skutečnost je pak nutné reflektovat při aplikaci § 242 zákona.

167. Úřad opětovně odkazuje na ustanovení § 242 odst. 2 zákona, podle kterého musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.

168. Pokud měl tedy navrhovatel za to, že se zadavatel v souvislosti s vysvětlením zadávací dokumentace č. 6 dopustil porušení zákona tím, že v rámci něj provedl změnu zadávacích podmínek, aniž by lhůtu pro podání námitek prodloužil dostatečným způsobem, přestože se mělo jednat o změnu, jejíž povaha dle navrhovatele prodloužení lhůty vyžadovala, měl proti tomuto postupu zadavatele (tj. proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek) brojit námitkami ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy bylo vysvětlení zadávací dokumentace obsahující předmětnou změnu zadávacích podmínek uveřejněno na profilu zadavatele, tj. ve lhůtě 15 dnů následujících po dni 16. 4. 2020, tj. do 4. 5. 2020, což však neučinil.

169. Navrhovatel námitky směřující vůči údajnému porušení zákona zadavatelem v souvislosti se změnou zadávací dokumentace obsaženou ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 učinil až součástí námitek proti zadávacím podmínkám, jež zadavateli doručil až dne 15. 5. 2020. Z právě řečeného je tudíž zřejmé, že námitky navrhovatele týkající se údajného porušení zákona zadavatelem v souvislosti s uvedeným vysvětlením zadávací dokumentace č. 6, nebyly uplatněny včas, tj. jedná se o námitky opožděné, tzn. námitky podané po lhůtě stanovené v § 242 odst. 2 zákona, pročež navrhovatel nesplnil jednu ze základních podmínek pro podání návrhu, kterou je právě podání námitek řádně a včas. Otázku zákonnosti postupu zadavatele v souvislosti s neprodloužením lhůty pro podání nabídek nelze podle Úřadu podřadit pod zadávací podmínky (a tedy přijmout výklad, že lhůta pro podání námitek se řídí dle § 242 odst. 4 zákona), neboť se nejedná o podmínku, kterou stanoví zadavatel. Naopak, prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 99 odst. 2 zákona je ze zákona vyplývající povinností zadavatele, tj. § 99 odst. 2 stanoví, jakým způsobem musí zadavatel postupovat a jaký úkon má zadavatel učinit, pokud dojde ke změně nebo doplnění zadávací dokumentace, tedy že musí přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek (případně i tak, aby od odeslání nebo změny zadávací dokumentace činila nejméně celou sovu původní délku). Tento výklad Úřad zastává i s ohledem na ochranu (a právní jistotu) zadavatelů i dodavatelů při zadávání veřejných zakázek. Dodavatelé by totiž měli brojit proti nezákonnému postupu zadavatele spočívajícímu v nezákonném neprodloužení lhůty pro podání nabídek rychle a neprodleně, tedy v okamžiku, kdy byl zadavatel podle zákona povinen lhůtu pro podání nabídek prodloužit, tedy ve lhůtě stanovené zákonem pro podání námitek proti úkonu zadavatele, neboť zadavatel daný úkon neprovedl v souladu se zákonem, a tedy v době, kdy lze ještě reálně případný nezákonný postup napravit; stejně tak v době, kdy ještě dodavatelé mohou na tuto skutečnost reagovat při přípravě svých nabídek. Uvedené závěry vyplývají i z dosavadní rozhodovací praxe Úřadu, odkázat lze mj. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. 12706/2021/162/HSc,HBa ze dne 28. 6. 2021.

170. Úřad na tomto místě konstatuje, že situace by byla odlišná v případě, pokud by zadavatel vysvětlením zadávací dokumentace vytvořil rozpor mezi daným vysvětlením zadávací dokumentace a samotnou zadávací dokumentací, nebo by poskytnutým vysvětlením vznikla nejasnost zadávací dokumentace a navrhovatel by tak zpochybňoval znění zadávacích podmínek ve znění pozdějšího vysvětlení zadávací dokumentace. Případné námitky by pak směřovaly proti zadávací dokumentaci, přičemž by je v souladu s § 242 odst. 4 zákona bylo možné podat až do skončení lhůty pro podání nabídek, tj. do 18. 5. 2020. Z obsahu námitek, stejně tak z podaného návrhu je však zřejmé, že navrhovatel nerozporuje informace uvedené ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 jako takové (tzn. znění zadávacích podmínek), nýbrž výhradně napadá postup zadavatele v souvislosti s neprodloužením lhůty pro podání nabídek v návaznosti na učiněnou změnu zadávací dokumentace (kdy zadavatel přistoupil ke změně třetího odstavce čl. 5.7.3, bod iv. zadávací dokumentace). V takovém případě Úřad podané námitky identifikuje jako námitky směřující proti postupu zadavatele, které měly být podány ve lhůtě 15 dnů dle § 241 odst. 2 zákona, což, jak vyplývá z výše uvedeného, navrhovatel neučinil. Pro úplnost Úřad doplňuje, že skutečnost, že se v daném případě jedná o námitky proti postupu zadavatele, nikoliv o námitky proti zadávacím podmínkám, lze dovodit z rozhodovací praxe Úřadu (k tomuto viz např. rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S0092/2020/VZ, ÚOHS-S0255/2018/VZ nebo ÚOHS-S0217/2018/VZ, potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0147/2018/VZ).

171. Vzhledem k tomu, že navrhovatel ve vztahu k výše vymezené části návrhu, tj. části týkající se zákonnosti postupu zadavatele spočívajícího v neprodloužení lhůty k podání nabídek v návaznosti na změnu zadávací dokumentace obsaženou ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 nevyužil v zákonné lhůtě primární způsob ochrany před tvrzeným nezákonným postupem zadavatele, tedy nepodal včasné námitky, je Úřad povinen dle § 257 písm. h) zákona správní řízení v této části bez dalšího zastavit, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

172. Z důvodu procesní ekonomie Úřad rozhodl o zastavení řízení o části návrhu (výrok I.) rozhodnutím a nikoli usnesením, jak předpokládá § 257 zákona, a to rovněž s přihlédnutím k závěrům předsedy Úřadu, ke kterým dospěl v rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0204/2018/VZ-04701/2019/321/ZSř ze dne 15. 2. 2019: *„Za třetí lze zmínit situaci, kdy navrhovatel uvede v návrhu rozsáhlou argumentaci týkající se výhrad, které v námitkách neuplatnil, pak o této části návrhu Úřad rozhodne podle § 257 písm. h) zákona samostatným výrokem. V této situaci zákon sice předpokládá formu usnesení, ale tato forma není nezbytně nutná, pakliže Úřad o zbytku návrhu rozhoduje rozhodnutím. Tudíž Úřad může podle § 257 písm. h) zákona přímo rozhodnout v samostatném výroku rozhodnutí, v jehož dalších výrocích pojedná zároveň i o dalších částech návrhu. Rozhodnutí je totiž vyšší forma než usnesení, tudíž v rámci něj může Úřad pojednat o všech skutečnostech, i o těch, u kterých, pokud by se rozhodovalo pouze o nich, by postačovala forma usnesení. Takový závěr potvrzuje např. usnesení Nejvyššího soudu sp. zn. 30 Cdo 1662/2004 ze dne 2. 5. 2005, z něhož vyplývá: »O zrušení rozsudku soudu prvního stupně a o vrácení věci k dalšímu řízení odvolací soud rozhoduje - jak vyplývá z ustanovení § 223 o.s.ř. - formou usnesení. Povahu usnesení neztrácí toto rozhodnutí ani v případě, je-li přičleněno k jinému rozhodnutí odvolacího soudu, pro něž je ustanovením § 223 o.s.ř. stanovena forma rozsudku.«“*. Z toho důvodu Úřad rozhodoval o zastavení řízení o části návrhu rozhodnutím.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

Ke stanovení předpokládané hodnoty

Relevantní ustanovení zákona

173. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

174. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

175. Podle § 16 odst. 1 zákona před zahájením zadávacího řízení nebo před zadáním veřejné zakázky na základě výjimky podle § 30 stanoví zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Předpokládanou hodnotou veřejné zakázky je zadavatelem předpokládaná výše úplaty za plnění veřejné zakázky vyjádřená v penězích. Do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se nezahrnuje daň z přidané hodnoty.

176. Podle § 16 odst. 2 zákona do předpokládané hodnoty veřejné zakázky se zahrne hodnota všech plnění, která mohou vyplývat ze smlouvy na veřejnou zakázku, není-li dále stanoveno jinak.

177. Podle § 16 odst. 6 zákona předpokládaná hodnota veřejné zakázky se stanoví na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje nebo informace, vychází z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

178. Z bodu II.2.6) s názvem „Předpokládaná hodnota“ formuláře „F05 – Oznámení o zahájení zadávacího řízení – veřejné služby“ vyplývá, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na 890 000 000 Kč bez DPH.

Další zjištění provedená Úřadem

179. Na základě usnesení č. j. ÚOHS-20201/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 obdržel Úřad od zadavatele dne 10. 7. 2020 vyjádření z téhož dne, kde se zadavatel vyjadřuje ke stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

180. Zadavatel ve vyjádření uvádí, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena na základě položkových soupisů prací, které byly oceněny orientačními cenami projektanta. V citovaném vyjádření zadavatel uvádí následující: *»Předpokládaná hodnota Monitoringu byla stanovena na 839.960.547,00 Kč bez DPH, předpokládaná hodnota Pasportizace byla stanovena na 49.685.555,32 Kč bez DPH. Celkem po zaokrouhlení tak byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena na 890 mil. Kč bez DPH. Položky a jejich výměry v soupisech prací byly stanoveny na základě projektových dokumentací Monitoringu a Pasportizace, které byly součástí zadávací dokumentace veřejné zakázky. Ocenění bylo provedeno na základě orientačních cen projektanta. Výše jednotkových orientačních cen je závislá na znalostech projektanta a na zkušenostech z jiných projektů. Jelikož pro tento druh prací neexistují směrné ceny, byly použity ceny z nabídek na jiné, obdobné typy veřejných zakázek, případně se ceny*

kalkulovaly (týká se zejména položek s časovou měrnou jednotkou – měsíc). Informace se zejména čerpaly z nabídkových cen vybraných dodavatelů na veřejné zakázky s názvy „Komplexní geotechnický monitoring pro geologický průzkum stavby: Výstavba trasy I. D metra“ a „Pasportizace stavby „Výstavba trasy I.D metra“. Informace se dále čerpaly i z nabídkových cen vybraných dodavatelů na veřejné zakázky „Bezbariérové zpřístupnění stanice metra I. P. Pavlova“ nebo „Bezbariérové zpřístupnění stanice Karlovo náměstí". Nabídkové ceny za jednotlivé práce se ale v těchto nabídkách značně lišily. Například položky 2.2, 2.3, 2.4 představují konvergenční měření raženého díla. Položky představují dohromady 133349 kusů měření bodů. Položky mají měrnou jednotku měsíc, ale v zadávací dokumentaci je jasně uvedeno, že v součtu představují uvedený počet bodů. Cena za měření jednoho bodu se u výše uvedených zakázek bezbariérového zpřístupnění metra pohybuje v intervalu 320 – 380 Kč/bod. V geologickém průzkumu se již ceny pohybují v intervalu 980 – 1440 Kč/bod. Z geologického průzkumu jsou nabídkové ceny aktuálnější, ceny ve stavebnictví v posledním roce výrazně rostou. Pro ocenění uvedených položek tak byla zvolena hodnota 1015 Kč/bod.«.

181. Zadavatel dále ve vyjádření ze dne 10. 7. 2020 uvádí následující tabulku, která dle zadavatele *„ukazuje celkové ceny z orientačních rozpočtů projektanta a nabídek vybraných dodavatelů na srovnatelné zakázky“.* Dle zadavatele »*z porovnání vyplývá, že předpokládaná hodnota za Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ se neliší od ostatních srovnatelných zakázek:«*.

Název projektu	Doba	Předpokládaná cena			Nabídková cena		
		Mon.+ pasport.	Stavba	Poměr ke stavbě	Mon.+ pasport.	Stavba	Poměr ke stavbě
		mil. Kč	mil. Kč	%	mil. Kč	mil. Kč	%
Bezbariérové zpřístupnění stanice metra Můstek trasy A i B	2014	11,8	168	7,0%	14,7	86	17,1%
Bezbariérové zpřístupnění stanice metra Anděl	2014	7,4	145	5,1%	4,6	86	5,3%
Bezbariérové zpřístupnění stanice metra I. P. Pavlova	2014	3,8	70	5,4%	3,6	48	7,5%
Bezbariérové zpřístupnění stanice Karlovo náměstí	2018	8,2	159	5,2%	8,5	211	4,0%
Doplňkový geologický průzkum úseku ID1a (pouze fáze průzkumu, bez následné 2 leté údržby) – jedná se o veřejné zakázky „Komplexní geotechnický monitoring pro geologický průzkum stavby: Výstavba trasy I. D metra“ a „Pasportizace stavby „Výstavba trasy I.D metra“	2019	162,0	801	20,2%	156,4	1 278	12,2%
Celkem průměr		193,2	1 342,5	14,4%	187,8	1 709,2	11,0%
Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část	2019	890,0	10 829	8,2%			

182. Nad výše uvedené zadavatel taktéž uvedl, že provedl porovnání předpokládané hodnoty dle představ navrhovatele, dle kterého by se předpokládaná hodnota měla pohybovat do 100 mil. Kč bez DPH. Dle zadavatele *„je možné provést srovnání s předpokládanou cenou dle ceníku SFDI pro železniční stavby v úrovni DUR (Sborník pro oceňování železničních staveb ve stupni dokumentace pro územní rozhodnutí), kde jsou uvedeny předpokládané ceny za monitoring na metry běžné železničních tunelů. Cena se zde pohybuje v úrovni cca 77 tis. Kč za metr běžného dvoukolejného tunelu (jedná se o profil výrubu cca 140 m^2, zatímco jednolodní stanice Pankrác*

D představuje profil výrubu cca 365 m^2; profily dvoukolejných tunelů metra se liší – od 86m^2 do 122 m^2). Ražení se na železniční stavbě předpokládá zpravidla v extravilánu. Doba ražení železničních tunelů trvá cca 1-2 roky. Celková délka ražených objektů v I.D1a činí cca 3478 m. Celkem by tedy dle ukazatele SFDI měla cena za monitoring v extravilánu činit 268,5 mil. Kč. Již tato suma značně překračuje navrhovatelův předpoklad. K této ceně se pak přičítá náklad na sledování velkého množství stávajících nadzemních i podzemních objektů v husté zástavbě, a rovněž sledování provozované linky metra C, která má být v době ražeb v provozu. Velký profil ražené stanice Pankrác D také způsobuje velké zvýšení potřebných měření.“.

Právní posouzení

183. Navrhovatel v návrhu brojí proti stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, přičemž konkrétně uvádí, že v důsledku neodůvodněného a uměle navýšeného předpokládaného rozsahu poskytovaných služeb došlo k nadhodnocení předpokládané hodnoty veřejné zakázky (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Navrhovatel je přesvědčen, že zadavatel oproti svému tvrzení uvedenému v rozhodnutí o námitkách nevycházel při stanovení předpokládané hodnoty z údajů a informací o zakázkách se stejným či obdobným předmětem plnění a že ke stanovení předpokládané hodnoty neměl všechny potřebné podklady.

184. Úřad předně uvádí, že dle § 16 odst. 1 zákona je předpokládanou hodnotou veřejné zakázky zadavatelem předpokládaná výše úplaty za plnění veřejné zakázky vyjádřená v penězích. Od stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky je odvislý i další postup zadavatele v zadávacím řízení, neboť tato hodnota má dopad jak na zvolený druh zadávacího řízení, tak i na to, v jak přísném „režimu“ stanoveném zákonem (a zda vůbec) bude zadavatel povinen postupovat, tj. zda se bude jednat o veřejnou zakázku malého rozsahu, podlimitní veřejnou zakázku či veřejnou zakázku nadlimitní.

185. Předpokládanou hodnotu musí zadavatel stanovit před zahájením zadávacího řízení u každé veřejné zakázky. Tuto předpokládanou hodnotu je zadavatel povinen stanovit v souladu s § 16 zákona. Již ze samotného pojmu „předpokládaná hodnota“ je zřejmé, že se jedná o určitou míru předpokladu zadavatele, která nemusí být učiněna s absolutní přesností, tj. s přesností „na korunu“, nicméně měla by, resp. musí být učiněna kvalifikovaně a v souladu se zákonem.

186. Postup pro stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky konkrétně upravuje § 16 odst. 6 zákona. Podle citovaného ustanovení zákona platí, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky se stanoví na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného předmětu plnění; nemá-li zadavatel k dispozici takové údaje nebo informace, vychází z informací získaných průzkumem trhu, předběžnými tržními konzultacemi nebo jiným vhodným způsobem.

187. Úřad opakuje, že zákon při stanovení předpokládané hodnoty nevyžaduje absolutní přesnost, nicméně tato musí vycházet z reálného a kvalifikovaného předpokladu (predikce) zadavatele, do kterého se promítají údaje a informace o veřejných zakázkách stejného či obdobného předmětu plnění získané jak z vlastních zkušeností zadavatele, tak ze zkušeností a informací opatřených od jiných osob, popř. zjištěných průzkumem trhu s požadovaným plněním, potažmo jiným vhodným způsobem. Zadavatel je povinen přistupovat ke stanovení předpokládané hodnoty s náležitou mírou pečlivosti, tzn. nemůže ji stanovit toliko „od boku“.

188. Úřad v rámci přezkoumání předmětné části návrhu usnesením vyzval zadavatele k vysvětlení jeho postupu při stanovení výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Zadavatel v následném vyjádření uvedl, že předpokládaná hodnota byla stanovena na základě položkových soupisů prací, které byly oceněny orientačními cenami projektanta. Dále zadavatel uvedl, že pro tento druh prací neexistují směrné ceny, a tedy byly použity ceny z nabídek na jiné obdobné typy veřejných zakázek, případně se ceny kalkulovaly. Zadavatel dle svého vyjádření vycházel z nabídkových cen jiných, obdobných veřejných zakázek, které zadavatel ve vyjádření vyjmenoval. Dle zadavatele se nabídkové ceny za jednotlivé práce v nabídkách podaných v jím odkazovaných veřejných zakázkách značně lišily, přičemž zadavatel dle svého vyjádření spíše z aktuálnějších cen výše uvedených veřejných zakázek na „geologické průzkumy“, neboť dle jeho slov ceny ve stavebnictví v posledním roce výrazně rostly. Ke srovnání šetřené veřejné zakázky s obdobnými veřejnými zakázkami předložil zadavatel tabulku obsahující předpokládané hodnoty obdobných veřejných zakázek a nabídkové ceny v těchto zakázek podané a jejich poměr k předpokládané hodnotě, resp. k celkové ceně veřejných zakázek na realizaci staveb, s nimiž tyto obdobné zakázky souvisely (viz body 179. a 181. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

189. Zadavatel ve svém vyjádření dále uvedl, že i kdyby nepostupoval výše popsaným způsobem (tj. že potřebné údaje k výpočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky především získal z nabídek na obdobné veřejné zakázky), navrhovatelův odhad předpokládané hodnoty ve výši 100 mil. Kč nemůže být správný, neboť je možné provést srovnání s předpokládanou cenou dle ceníku SFDI pro železniční stavby v úrovni DUR. S ohledem na tyto ceníkové ceny by dle zadavatele celkem cena za monitoring činila 268,5 mil. Kč (mimo intravilán obce). Dle zadavatele již tato cena značně přesahuje odhad navrhovatele, přičemž k této ceně je dle zadavatele nutno připočíst náklady na sledování velkého množství stávajících nadzemních i podzemních objektů v husté zástavbě, sledování provozované linky metra C, která má být v době ražeb v provozu, a současně velký profil ražené stanice Pankrác D také způsobuje velké zvýšení potřebných měření (viz bod 182. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

190. K uvedenému Úřad sděluje, že zadavatel ve svém vyjádření podrobně popsal, z jakých podkladů při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel, když explicitně uvedl, že předpokládaná hodnota byla stanovena především na základě údajů a informací získaných z nabídkových cen u obdobných veřejných zakázek. Jak již Úřad popsal výše, ze zákona mj. vyplývá, že předpokládanou hodnotu je zadavatel povinen určit primárně na základě údajů a informací o zakázkách stejného či podobného charakteru, přičemž, jak vyplývá z vyjádření zadavatele, přesně tímto způsobem zadavatel postupoval v šetřeném případě. Zadavatel v tomto ohledu předložil Úřadu jmenovitý výčet obdobných veřejných zakázek, ze kterých vycházel. K tomu zadavatel dále nastínil, jak postupoval např. při určení ceny za měření jednoho bodu u konvergenčního měření, přičemž uvedl, v jakém cenovém rozpětí se pohybovala tato položka v nabídkách vybraných dodavatelů u obdobných veřejných zakázek (viz bod 180. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Současně zadavatel doložil tabulku, ve které uvedl u každé obdobné veřejné zakázky její předpokládanou hodnotu a současně u každé uvedl i celkovou nabídkovou cenu nabídky vybraného dodavatele, přičemž tyto hodnoty poměřil s celkovou předpokládanou hodnotou, resp. cenou stavby, s níž konkrétní veřejná zakázka souvisela. Výsledné poměry následně srovnal s předpokládanou hodnotou šetřené veřejné zakázky a s jejím poměrem k předpokládané hodnotě stavby, s níž souvisí (viz bod 181. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného srovnání přitom dle Úřadu nevyplývá zásadní

odchylka výsledného poměru u šetřené veřejné zakázky od poměrů v jiných obdobných případech (průměrný poměr předpokládané hodnoty monitoringu a pasportizace vůči předpokládané hodnotě stavby u zadavatelem předložených obdobných projektů činil 14,4 % a průměrný poměr nabídkových cen monitoringu a pasportizace vůči nabídkové ceně stavby činil 11 %, v případě šetřené veřejné zakázky činí poměr její předpokládané hodnoty vůči předpokládané hodnotě související stavby 8,2 % - viz bod 181. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle Úřadu je přitom logické, že hodnota služeb geotechnického monitoringu a pasportizace je úměrná hodnotě stavby, s níž tyto služby souvisí, tj. čím rozsáhlejší stavba, tím větší rozsah (a hodnota) souvisejících služeb. Úřad je toho názoru, že pokud se poměr předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky k předpokládané hodnotě související stavby úseku pražského metra významně neodchyluje od průměrné hodnoty takového poměru u podobných veřejných zakázek, nelze dojít k závěru, že by předpokládaná hodnota šetřené veřejné zakázky, resp. předpokládaný rozsah poskytovaných služeb, byly uměle nadhodnoceny. Úřad tudíž nesdílí názor navrhovatele, že zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 890 mil. Kč stanovil nesprávně.

191. Závěrem Úřad podotýká, že primárním účelem řádného stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky v souladu se zákonem je správné určení režimu, ve kterém se daná veřejná zakázka bude zadávat, tedy má sloužit k tomu, aby veřejná zakázka nebyla zadávána v mírnějším režimu, než jakému odpovídá její skutečná hodnota. V tomto ohledu Úřad konstatuje, že k takové situaci v tomto případě nedochází, neboť šetřená veřejná zakázka bude s ohledem na zadavatelem stanovenou předpokládanou hodnotu zadávána v tom nejpřísnějším možném, tj. nadlimitním režimu.

192. K argumentaci navrhovatele týkající se toho, že zadavatel neprovedl geomechanické výpočty, rizikovou analýzu, nedefinoval kritické hodnoty a varovné stavy ani jejich kritéria, Úřad nejprve uvádí, že se nejedná o opožděnou námitku, jak namítá zadavatel ve svém vyjádření k návrhu. Podstatou navrhovatelovy námitky je nezákonné stanovení předpokládané hodnoty, což je skutečnost, kterou navrhovatel namítal i ve svých námitkách podaných proti zadávacím podmínkám. Argumentace týkající se neprovedení potřebných výpočtů a analýz je pouze podrobnějším rozvedením, resp. zdůvodněním uvedené námitky, podstatou je však stále nesouhlas se stanovenou výší předpokládané hodnoty. K věcnému obsahu této argumentace Úřad odkazuje na své závěry uvedené výše v bodech 184. až 191. odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde konstatoval, že zadavatel při stanovení předpokládané hodnoty postupoval tak, jak mu zákon ukládá, když vycházel z údajů a informací o zakázkách stejného či obdobného předmětu plnění.

193. Úřad tak k této části návrhu uzavírá, že v postupu zadavatele při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky neshledal rozpor se zákonem.

K nezákonnosti požadavku na ekonomickou kvalifikaci

Relevantní ustanovení zákona

194. Podle § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit, a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a b) minimální úroveň pro jejich splnění.

195. Podle § 78 odst. 1 zákona zadavatel může požadovat, aby minimální roční obrat dodavatele nebo obrat dosažený dodavatelem s ohledem na předmět veřejné zakázky dosahoval zadavatelem určené minimální úrovně, a to nejdéle za 3 bezprostředně předcházející účetní období; jestliže dodavatel vznikl později, postačí, předloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku.

196. Podle § 78 odst. 2 zákona podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky. V případě zadávacího řízení, v němž má být uzavřena rámcová dohoda s obnovením soutěže, nesmí tato podmínka přesáhnout dvojnásobek průměrné předpokládané hodnoty veřejných zakázek, které budou prováděny na základě rámcové dohody současně, nebo není-li známa, dvojnásobek předpokládané hodnoty rámcové dohody. V případě zadávacího řízení, v němž má být zaveden dynamický nákupní systém, nesmí tato podmínka přesahovat dvojnásobek maximální předpokládané hodnoty jednotlivých veřejných zakázek, které mají být v dynamickém nákupním systému zadány.

197. Podle § 78 odst. 3 zákona odstavec 2 se nepoužije v zadavatelem odůvodněných případech, kterými jsou zejména zvláštní rizika vyplývající z povahy dodávek, služeb nebo stavebních prací.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

198. V bodě 3.2. zadávací dokumentace je uvedeno, že *»Předmětem plnění veřejné zakázky jsou práce a činnosti spojené s provedením geotechnického monitoringu raženého díla při realizaci stavby: „Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova – stavební část“ (dále jen „Stavba“) a dále pak pasportizace stavu budov, sítí a objektů se Stavbou souvisejících.«*.

199. V bodě 3.1.1 s názvem „Předmět geotechnického monitoringu“ zadávací dokumentace je uvedeno, že *„Je to soubor měření, pozorování a hodnocení zaměřený na sledování a kontrolu reakce horninového prostředí a dočasné výstroje na stavbu (ražbu) štol a na sledování všech indukovaných účinků v oblasti dotčené stavbou. Vnější obálka těchto oblastí se nazývá zónou sledování. V této zóně je pak realizován geotechnický monitoring. Základními součástmi geotechnického monitoringu jsou jednak měření různého typu účelně vybraná v přiměřené četnosti vzhledem k významu a podmínkám stavby a jednak výkon stálého odborného dozoru ražby. Geotechnická měření plní mimo jiné rovněž funkci kontroly správnosti výpočtových postupů a modelů, na jejichž základě bude dimenzováno ostění nebo jsou stanoveny mezní hodnoty namáhání i velikost povolených deformací.“*.

200. V bodě 3.1.2 s názvem „Předmět pasportizace“ zadávací dokumentace je uvedeno, že *„Úkolem pasportizace je před zahájením realizace Stavby popis a hodnocení stávajícího stavebně-technického stavu budov nadzemní zástavby, stávajících tunelů metra a inženýrských sítí před jejich ovlivněním od realizace Stavby. Pasportizací bude zjištěn a zdokumentován aktuální stavebně-technický stav konstrukcí budov, stávajících tunelů, inženýrských sítí, resp. povrchů (objektů), stavební změny, stav oprav, rozsah a závažnost případných poruch stavebních konstrukcí, aktuální seismická odolnost objektů a aktuální deformační odolnost budov stávající zástavby nacházejících se v zóně možného ovlivnění ze strany realizace Stavby. Podrobná soudněznalecká pasportizace a repasportizace technického stavu všech objektů v zóně ohrožení se pořídí bezprostředně před Stavbou, případně se ověří opětně těsně před*

zahájením Stavby, zda nedošlo k změnám. Pasportizace zejména obsahuje úplný podrobný soupis všech poškození, nedostatků a závad na exteriéru i interiéru Stavby, aktuální seismickou odolnost objektů a aktuální deformační odolnost objektů. V rámci pasportizace bude proveden návrh na osazení měřících bodů a monitorovacích prvků dotčených objektů a inženýrských sítí. V případě potřeby bude prováděna průběžná soudněznalecká pasportizace vybraných objektů během realizace Stavby. Po dokončení stavebních prací bude provedena závěrečná soudněznalecká repasportizace včetně vyhotovení soudně znaleckých posudků.“.

201. V bodě 5.5. s názvem „Ekonomická kvalifikace“ zadávací dokumentace je uvedeno následující:

„Splnění kritérií ekonomické kvalifikace prokáže dodavatel předložením údajů o celkovém ročním obratu dodavatele, zjištěném podle zvláštních právních předpisů, za poslední tři uzavřená, bezprostředně předcházející účetní období. Jestliže dodavatel vznikl později, postačí, doloží-li údaje o svém obratu v požadované výši za všechna účetní období od svého vzniku.

Celkový roční obrat dodavatele, zjištěný podle zvláštních právních předpisů, nesmí činit v žádném z bezprostředně předcházejících tří uzavřených účetních období méně než 300.000.000,- Kč bez DPH.

Zadavatel pro vyloučení pochybností v souladu s § 84 ZZVZ výslovně uvádí, že požadovaného obratu musí dosáhnout dodavatel sám, případně jej může prokázat jako celek samostatně jeden z členů společnosti, nebo jiná osoba; sčítání obratů několika dodavatelů/jiných osob za účelem dosažení požadované minimální hodnoty není připuštěno.“.

Právní posouzení

202. Navrhovatel v této části návrhu brojí proti požadavku na celkový roční obrat dodavatele uvedenému v bodě 5.5. zadávací dokumentace, jehož minimální výši zadavatel stanovil na 300.000.000,- Kč bez DPH (viz bod 201. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle navrhovatele je tento požadavek výrazně ovlivněn nadhodnocenou předpokládanou hodnotou veřejné zakázky a současně tento požadavek nezohledňuje ani dlouhodobost plnění veřejné zakázky, neboť dle navrhovatele u déletrvajících služeb je nutno pro účely výpočtu přiměřené hodnoty požadavku na minimální roční obrat přepočíst na rok trvání zakázky. Vzhledem k celkové délce plnění veřejné zakázky (9,5 roku) by po přepočtení maximálně přípustný limit pro stanovení podmínky ročního obratu činil cca 187 mil. Kč.

203. Úřad nejprve k účelu ekonomické kvalifikace obecně uvádí, že ekonomická stabilita dodavatelů je jedním z faktorů, které zadavatel v rámci zadávacího procesu může zohledňovat. Obzvláště u náročnějších projektů je žádoucí, aby vybraný dodavatel disponoval dostatečným ekonomickým a finančním zázemím, díky čemuž lze předpokládat, že bude schopen zakázku řádně splnit. Účelem ekonomické kvalifikace je tedy výběr ekonomicky stabilního partnera.

204. Podle § 78 zákona je kritériem k prokázání ekonomické kvalifikace určitý minimální roční obrat dodavatele za nejdéle 3 předcházející účetní období; podle § 78 odst. 2 zákona přitom minimální hodnota ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

205. V šetřeném případě byla předpokládaná hodnota veřejné zakázky zadavatelem stanovena ve výši 890.000.000,- Kč bez DPH, k prokázání ekonomické kvalifikace zadavatel stanovil požadavek na roční obrat ve výši nejméně 300.000.000,- Kč bez DPH. Z uvedeného vyplývá, že zadavatelem stanovená hodnota ročního obratu odpovídá cca jedné třetině předpokládané

hodnoty veřejné zakázky a je tedy v souladu s limitem stanoveným v § 78 odst. 2 zákona. Dle navrhovatele je však požadovaná minimální hodnota ročního obratu v rozporu se zákonem.

206. Úřad k tomu uvádí, že argumentace navrhovatele ohledně nezákonnosti požadavku na roční obrat dodavatele navazuje ve své podstatě na to, že dle navrhovatele zadavatel stanovil příliš vysokou předpokládanou hodnotou veřejné zakázky, z níž je pak odvozena hranice pro stanovení výše požadovaného obratu dodavatele. K tomu Úřad konstatuje, že otázku stanovení předpokládané hodnoty vyřešil již v předchozí části odůvodnění tohoto rozhodnutí, kde konstatoval, že zadavatel při jejím stanovení postupoval v souladu se zákonem. Je tedy v pořádku, když zadavatel při určování minimální požadované výše ročního obratu z předpokládané hodnoty veřejné zakázky vycházel.

207. Další rovinou argumentace navrhovatele je to, že dle jeho názoru mělo být při stanovení kritéria ekonomické kvalifikace vzato v potaz přepočtení požadavku na 1 rok plnění veřejné zakázky, k čemuž navrhovatel odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-S9/2015/VZ-12496/2015/532/KS ze dne 26. 5. 2015. K tomu Úřad uvádí, že z odkazovaného rozhodnutí sice plyne, že v tehdy řešeném případě mělo být při stanovení kritéria ekonomické kvalifikace vzato v potaz přepočtení požadavku na 1 rok plnění veřejné zakázky, nicméně v nynějším případě se tento postup neuplatní; na rozdíl od tehdy řešeného případu totiž Úřad v nyní šetřené věci dospěl k závěru, že jsou naplněny důvody postupu dle § 78 odst. 3 zákona. K tomu Úřad uvádí následující.

208. K uplatnění výjimky dle § 78 odst. 3 zákona spočívající v možnosti stanovit požadavek na roční obrat v hodnotě vyšší než dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky (nezávisle na tom, zda by byl uplatněn přepočet na 1 rok plnění veřejné zakázky) Úřad uvádí, že tato výjimka se uplatní v situacích, kdy existuje hrozba značných škod hrozících v případě nesplnění veřejné zakázky. V šetřeném případě jsou předmětem plnění veřejné zakázky práce a činnosti spojené s provedením geotechnického monitoringu raženého díla při realizaci stavby úseku metra a dále pak pasportizace stavu budov, sítí a objektů s touto stavbou souvisejících (viz body 198. až 200. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného vyplývá, že se jedná o činnosti, které jsou zapotřebí při výstavbě úseku metra (samotná stavba je předmětem veřejné zakázky s názvem „Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova“ ev. číslo veřejné zakázky: Z2020-000626), přičemž je evidentní (a navrhovatel to nijak ani nezpochybňuje), že bez řádného provedení monitoringu a pasportizace nemohou probíhat samotné stavební práce. Složitost realizace této konkrétní stavby potvrdila i Česká geologická služba ve své odpovědi na žádost o odborné stanovisko, když uvedla, že tato stavba *„probíhá v extrémně složitých inženýrskogeologických poměrech a navíc v silně urbanizovaném prostředí intravilánu městské části Praha 4 s celou řadou výjimečných stavebních objektů v dosahu potenciálních vlivů této stavby. Pakliže je cílem investora snižovat rizika této stavby na minimum, je zcela na místě provádět důkladný a detailní geotechnický monitoring celé stavby a jejího okolí.“* (viz bod 221. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

209. Úřad dále uvádí, že výstavba metra je vysoce nákladnou záležitostí (s cenou v řádech miliard Kč) a současně se jedná o vysoce rizikovou stavbu, co se týče možných chyb a z nich plynoucích případných škod na zdraví a majetku (zadavatel ve svém vyjádření upozorňuje mj. i na to, že výstavba nového úseku metra bude probíhat v daném území za nepřerušeného provozu linky metra C, viz bod 182. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Pakliže geotechnický monitoring a pasportizace mají za úkol zajistit řádný průběh samotné stavby, resp. zabránit

vzniku případných škod při stavbě metra, je dle Úřadu nepochybné, že v případě nesplnění šetřené veřejné zakázky riziko vzniku značných škod existuje. Nadto Úřad dodává, že jelikož geotechnický monitoring a pasportizace je nutným předpokladem pro realizaci samotné stavby, lze důvodně předpokládat, že by v případě nesplnění předmětu šetřené veřejné zakázky mohly vzniknout i další škody plynoucí z nemožnosti realizovat samotnou stavbu metra. Úřad tak uzavírá, že v šetřeném případě se s ohledem na specifičnost a významnost předmětu veřejné zakázky a na její přímou souvislost se stavbou metra v rámci ekonomické kvalifikace, kdy nesplnění předmětu veřejné zakázky může způsobit nemožnost řádné realizace této stavby, uplatní výjimka pro stanovení požadované výše obratu dodavatele dle § 78 odst. 3 zákona.

210. S tvrzením navrhovatele, že v případě předmětu šetřené veřejné zakázky (oproti třeba zakázkám na stavební práce) nehrozí komplikace, které by mohly vést k úpadku dodavatele, se Úřad neztotožňuje. Dle názoru Úřadu u dodavatele vykonávajícího činnosti, které tvoří předmět veřejné zakázky, existují obdobná rizika jako u stavebních zakázek, neboť tyto činnosti se stavebními zakázkami často bezprostředně funkčně souvisí. Pakliže situace na stavebním trhu by způsobila pokles počtu nových stavebních projektů (a to zvláště upuštění od velkých stavebních projektů jako je stavba metra, dálnice apod.), může to mít zcela jistě vliv i na dodavatele geotechnického monitoringu. Zvláště v současné době, kdy ekonomická situace v různých odvětvích (včetně stavebnictví) je ovlivňována situací související s pandemií způsobenou onemocněním covid-19, dle názoru Úřadu platí, že úpadky dodavatelů mohou přijít z nejrůznějších důvodů, které nemusí být dodavateli ani předpokládány. Současně Úřad podotýká, že rizika pro dodavatele nemusí vycházet pouze ze vztahů vyplývajících z nákupu materiálu či vztahů se subdodavateli, jak naznačuje navrhovatel, ale např. i ze vztahů souvisejících se zaměstnanci či z běžné provozní agendy dodavatelů. Přitom obecně platí, že společnosti s vyšším obratem mají vyšší pravděpodobnost finanční stability (ať již se jedná o její likviditu či solventnost, neboť je zde vyšší předpoklad volných hotovostních prostředků tzv. free cash flow a současně snadnějšího přístupu k úvěrování společnosti) a též lepší výchozí pozici v případě možných problémů a na rozdíl od společností s nižším obratem nejsou tolik závislé na určité konkrétní zakázce.

211. Spekulace navrhovatele o tom, že v době předběžné tržní konzultace požadavek na roční obrat formálně nesplňoval žádný z oslovených dodavatelů, z čehož navrhovatel usuzuje, že zadavatel si musel být vědom, že eliminuje veškeré odborné firmy na trhu, Úřad uvádí, že tento argument navrhovatele vyvrací počet nabídek, které zadavatel v zadávacím řízení obdržel (celkově byly podány tři nabídky).

212. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že je bezpředmětné se dále zabývat argumentací navrhovatele, podle níž mělo při stanovení výše ekonomické kvalifikace být vzato v potaz přepočtení požadavku na 1 rok plnění veřejné zakázky, neboť, jak Úřad výše vysvětlil, v daném případě jsou naplněny podmínky pro aplikaci výjimky dle § 78 odst. 3 zákona a zadavatel tedy není omezen limitem dle § 78 odst. 2 zákona, a to ani v případě navrhovatelem uváděného přepočtu předpokládané hodnoty na 1 rok plnění veřejné zakázky.

Ke kritériím technické kvalifikace – požadavek na realizaci referenčních zakázek v „intravilánu obce“ a na jejich minimální hodnotu

Relevantní ustanovení zákona

213. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

214. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

215. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

216. Podle § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit,

a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a

Relevantní ustanovení jiných právních předpisů

217. Podle § 2 odst. 1 písm. d) zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“) se v tomto zákoně rozumí zastavěným územím území vymezené územním plánem nebo postupem podle tohoto zákona; nemá-li obec takto vymezené zastavěné území, je zastavěným územím zastavěná část obce vymezená k 1. září 1966 a vyznačená v mapách evidence nemovitostí (dále jen „intravilán“).

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

218. V bodě 5.6.1 s názvem „Seznam významných služeb“ zadávací dokumentace je uvedeno, že zadavatel požaduje předložit seznam významných služeb, ze kterého musí vyplývat, že dodavatel v posledních 10 letech realizoval:

„alespoň dvě (2) významné služby spočívající v geotechnickém monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb v intravilánu obce, přičemž

- *finanční rozsah nejméně jedné (1) z nich činil alespoň 300.000.000,- Kč bez DPH a*
- *finanční rozsah nejméně jedné (1) z nich činil nejméně 20.000.000,- Kč bez DPH a obsahem byl geotechnický monitoring přímo při ražbách.“*.

219. Zadavatel v zadávacím řízení obdržel dotaz dodavatele ve znění *»Dodavatel tímto žádá zadavatele o vysvětlení pojmu „intravilán“ v ustanovení „významné služby spočívající v geotechnickém monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb v intravilánu obce“ uvedeném v čl. 5.6.1. ZD, případě o úpravu tohoto požadavku tak, aby v souladu s principy ZZVZ nebyly významné služby omezeny pouze na ty, které se vztahují k dopravním podzemním stavbám v intravilánu obce.«,* přičemž k dotazu je navíc tazatelem mj. dále uvedeno, že *„Jedná se o naprosto diskriminační a zavádějící požadavek na realizaci podzemní stavby v intravilánu obce. Pojem intravilán obce není v platných právních předpisech ČR nikde definován. Jedná se o podzemní stavbu na území (v katastru) některé městské/obecní části? Nehledě na to je zcela bezpředmětné, zda byla referenční služba realizována v takovémto intravilánu nebo ne, na zkušenost dodavatelů toto nemá naprosto žádný vliv. Pouze je takto znemožněna účast široké škále dodavatelů. Dále upozorňujeme na skutečnost, že některé obce nemají v rámci územně plánovací dokumentace ani vymezené zastavěné území.“*

220. Zadavatel na dotaz dodavatele popsaný v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí uvedl ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 následující odpověď:

»Zadavatel k dotazu uvádí, že pojem „intravilán“ je zcela jasný a srozumitelný, a to jak pro laickou veřejnost, tak zejména pro profesionály v oboru stavebnictví. Uvedené ostatně potvrzuje i dotaz žadatele, který sice na jednu stranu formálně žádá vysvětlení pojmu „intravilán“, ale na druhé straně s tímto pojem věcně pracuje, zjevně bez jakýchkoli problémů mu porozumět, když tento požadavek označuje za věcně neodůvodněný. Tedy i tazateli je zjevně zcela zřejmé, že pojem „intravilán“ označuje zastavěné území obce. Zadavatel tedy tomuto pojmu pro účely zadávacího řízení zachovává jeho nejširší, obecně přijímaný výklad, aby tak umožnil co nejširší hospodářskou soutěž.

K žádosti dodavatele na faktickou změnu požadavku tak, aby nově nebyl omezen zastavěným územím, zadavatel uvádí, že tuto žádost je nutno odmítnout, jelikož dle názoru zadavatele je podstatné, zda je podzemní stavba realizována v zastavěném území či nikoli. Sběr informací o chování horninového masivu při jeho zasažení inženýrským dílem nebo probíhajícími přírodními procesy má v zastavěném území nepoměrně vyšší důležitost než v nezastavěném území. Z uvedeného důvodu je tak předmětný požadavek na zkušenost s podzemním dopravním dílem realizovaným v „intravilánu“, tedy v zastavěném území obce, zcela přiměřený a zákonný, neboť jen takovou významnou zakázku je možno považovat za obdobnou předmětu plnění veřejné zakázky.«

Relevantní zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení

221. Na základě dotazu č. j. ÚOHS-10899/2021/511/LHl ze dne 29. 3. 2021 týkajícího se výkonu geomonitoringu v intravilánu a mimo intravilán obce (viz bod 90. odůvodnění tohoto rozhodnutí) obdržel Úřad od České geologické služby dne 8. 4. 2021 vyjádření z téhož dne, ve kterém Česká geologická služba uvádí odpovědi na dotazy Úřadu. Česká geologická služba nejprve úvodem konstatuje následující:

„Stavba I.D pražského metra v úseku Pankrác – Olbrachtova probíhá v extrémně složitých inženýrskogeologických poměrech a navíc v silně urbanizovaném prostředí intravilánu městské části Praha 4 s celou řadou výjimečných stavebních objektů v dosahu potenciálních vlivů této stavby. Pakliže je cílem investora snižovat rizika této stavby na minimum, je zcela na místě provádět důkladný a detailní geotechnický monitoring celé stavby a jejího okolí. A to nejen před samotnou výstavbou, ale také v jejím průběhu a samozřejmě po uvedení stavby I.D pražského metra v úseku Pankrác – Olbrachtova do provozu. Pouze důkladný inženýrskogeologický průzkum a správně nastavený koncepční inženýrskogeologický model s kvalitním geotechnickým monitoringem může spolu s dalšími návaznými negeologickými faktory (např. technologie ražby) zajistit efektivní výstavbu takto náročného stavebního díla v daných složitých inženýrskogeologických poměrech. Cíle inženýrskogeologických průzkumných a geotechnických monitorovacích prací tedy ve vzájemném souladu směřují k minimalizaci geotechnického rizika.

Postupy geotechnického monitoringu pozemních komunikací jsou podrobně zpracovány v TP-237 (Rozsypal 2011). Tyto technické podmínky (TP) vydalo Ministerstvo dopravy a stanovují závazná pravidla provádění geotechnického monitoringu při přípravě a výstavbě silničních, dálničních a městských tunelů pozemních komunikací.“.

Následně Česká geologická služba odpovídá na otázky Úřadu, přičemž na otázku *„Sdělte, zda existují rozdíly v postupech uplatňovaných při provádění geotechnického monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb (dále jen „geotechnický monitoring) v intravilánu obce oproti postupům uplatňovaným při provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce?“* Česká geologická služba odpověděla následovně:

„Tak, jak byla tato otázka položena, na ní ČGS dává odpověď ANO – existují rozdíly v postupech uplatňovaných při provádění geotechnického monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb v intravilánu a extravilánu.

Je skutečností, že základní měřené veličiny, resp. instrumentace v tunelech, jsou obecné parametry geotechnického monitoringu, které by měly mít technické postupy na všech stavbách víceméně shodné. Ať už se jedná o měření deformací (např. výrubu, horninového masivu v okolí výrubu či deformací na povrchu), měření napětí v ostění tunelu (např. tlaku na kontaktu hornina – primární ostění tunelu), měření sil v kotvách, měření seizmických, dynamických a akustických účinků, teploty nebo o velmi důležité sledování vodního režimu, tak všechny tyto postupy jsou v dnešní době standardizované bez ohledu na to, zda se aplikují v intravilánu nebo extravilánu.

Obecně tedy platí, že existuje soubor měřených veličin, které se získávají stejnými postupy, ať už jsou aplikovány v intravilánu nebo extravilánu. Ovšem jejich nastavení, především pak komplexnost, vzájemné propojení, četnost měření, rozsah měřících bodů, umístění ve vztahu stavba – okolí a hlavně způsob hodnocení výsledků měření, ale musí být vždy přizpůsobeno povaze konkrétně řešeného problému.

Geotechnický monitoring tedy nespočívá v pouhém, v jistém slova smyslu „triviálním“ měření, tj. odečítání primárních hodnot z měřících aparatur, ale především v jeho správném komplexním nastavení, vyhodnocování a souběžném uplatňování jeho výsledků při výstavbě. Jedná se o tzv. princip observačních metod, tj. tvorby observačních inženýrskogeologických modelů („observational model“ ve smyslu Parry et al. 2014). Pro intravilány lze obecně konstatovat, že inženýrskogeologické podmínky a z nich plynoucí geotechnická rizika budou mnohem komplexnější a složitější, z čehož logicky plyne, že postupy uplatňované při provádění geotechnického monitoringu u podzemních dopravních staveb v intravilánu budou náročnější oproti postupům uplatňovaným při provádění geotechnického monitoringu v extravilánu“.

Na otázku *„Pakliže rozdíl či rozdíly mezi postupy uvedenými v bodě 1. existují, specifikujte, v čem konkrétně spočívají.“* Česká geologická služba odpověděla následovně:

„Část řešeného problému byla již vysvětlena v odpovědi na předchozí otázku. Rozdíly mezi postupy geotechnického monitoringu v intravilánu a extravilánu lze v podstatě chápat ve dvou rovinách:

A) V intravilánu bývá obvykle geotechnický monitoring komplexnější a rozsáhlejší. To znamená, že je využíváno více jednotlivých metod monitoringu, je potřeba získat (změřit) větší množství dat, jež jsou pak také obvykle náročnější na zpracování, jejich hodnocení a uložení (archivaci). Mezi tunelem a infrastrukturou intravilánu existuje velmi úzká vazba, což v extravilánu – až na výjimky – neplatí. Geotechnický monitoring tak musí v intravilánu obsáhnout podstatně významněji širší škálu potenciálních geotechnických aspektů, nežli tomu je v extravilánu.

B) V intravilánu musí být zahrnuty do geotechnického monitoringu zpravidla rovněž objekty (infrastruktura) nad poklesovou kotlinou, která je vyvolaná ražbou tunelu. Resp. musí být měřeny všechny objekty v předpokládaném dosahu případných účinků vyvolaných ražbou. V praxi to znamená, že měření a jejich vyhodnocení jsou prováděna s ohledem na statiku potenciálně stavbou ovlivněných objektů, jejich charakter a schopnost absorbovat deformace bez trvalého poškození. K provádění takové činnosti je třeba mít určité znalosti, zkušenosti a také např. specifické technické vybavení. Jinými slovy, geotechnický monitoring v intravilánech musí být zaměřen nejen na sledování vlastního tunelu z hlediska bezpečnosti a ekonomiky ražby, ale i na snížení rizika porušení nadzemní zástavby nad tunelem (např. pro jednotlivé stavební objekty, povrchové i podzemní inženýrské sítě a další městské podzemní objekty jako kolektory, kanalizační štoly, vodovodní, plynová a telekomunikační vedení, popř. jiné stavby městské podzemní i povrchové infrastruktury). Obecně platí, že ražba tunelu v intravilánu obnáší násobně větší rizika, než je tomu při ražbě tunelu v extravilánu. Výše popsaná činnost mimo intravilány prakticky odpadá nebo je výrazně minimalizována.".

Na otázku *„Sdělte, zda k provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce jsou z hlediska dodavatele provádějícího tuto činnost potřeba určité specifické znalosti, schopnosti či dovednosti, které nejsou potřeba k provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce, tj. zda lze z hlediska nezbytných znalostí, schopností a dovedností dodavatele považovat za náročnější provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce oproti provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce. Současně sdělte, zda existují nějaké další skutečnosti, které zvyšují náročnost provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce proti provádění monitoringu v extravilánu obce."* Česká geologická služba odpověděla následovně:

„Odpověď ČGS na tuto otázku zní ANO – specifické znalosti zhotovitele geotechnického monitoringu jsou v intravilánu zcela nezbytné. Je nepochybné, že geotechnický monitoring tunelové stavby v intravilánu lze považovat za komplexní a rozsáhlou inženýrskou činnost. Velmi důležitá je dlouhodobá a specifická zkušenost zhotovitele nejen s vlastním měřením, které – jak již bylo objasněno v odpovědi na otázku č. 1 – může být rutinní a takřka univerzální, ale především s hodnocením, sběrem a archivací naměřených dat a jejich zpřístupněním konečnému uživateli. Právě při geotechnickém monitoringu v intravilánu jsou důležité dlouhodobé a specifické znalosti a zkušenosti zhotovitele s deformačním chováním objektů nad tunely a s posuzováním kritických mezí, kdy je interakce tunelového díla s horninovým masivem pro stavby v jeho okolí (domy, inženýrské sítě, komunikace) ještě únosná. Vzhledem ke značné primární heterogenitě horninového prostředí v oblasti stavby I.D pražského metra v úseku Pankrác – Olbrachtova a jeho předpokládaným deformačním reakcím budou aplikována případně přijímaná předběžná opatření, reagující na výsledky geotechnického monitoringu, až s určitým časovým zpožděním. Proto je třeba mít s prováděním a hodnocením monitoringu v intravilánu značné zkušenosti a zázemí, které s předstihem zabrání případným kolapsům tunelové stavby. Jak již vyplývá z předchozího textu, monitoring zdaleka neznamená jen vlastní měření, ale především hodnocení změřených dat a jejich přípravu pro rozhodovací procesy. V praxi tak jde především o průběžné přizpůsobování stavby (v tomto případě ražby tunelu trasy I.D pražského metra v úseku Pankrác – Olbrachtova) skutečně zastiženým geologickým poměrům. Tento proces je v podstatě nejdůležitější, protože řeší vlastní interakci okolních hornin s ražbou dotčených objektů tak, aby nedošlo ke škodám a zároveň aby byl postup ražby co nerychlejší a současně samotná ražba ekonomická. Proto musí být v intravilánu vyžadován

specifický přístup, který při adekvátně nastavených smluvních podmínkách mezi zhotovitelem a investorem stavby operativně zajistí případnou úpravu postupu výstavby právě na základě naměřených výsledků geotechnického monitoringu.“.

Právní posouzení

222. Navrhovatel v návrhu brojí proti požadavku na technickou kvalifikaci spočívajícímu v realizaci referenčních služeb v intravilánu obce uvedenému v bodě 5.6.1 zadávací dokumentace, který je dle navrhovatele diskriminační, neboť dle jeho názoru není rozdíl mezi realizací takové služby (tj. činností tvořících předmět veřejné zakázky) v intravilánu a mimo intravilán. Dle navrhovatele má diskriminační charakter i pojem intravilán, neboť je nejasný a neurčitý, přičemž není zjevné, zda se jím míní zastavěné území ve formálním smyslu (typicky dle územního plánu) nebo v materiálním smyslu (pod budovami bez ohledu na plánovací dokumentaci obcí či jiné veřejnoprávní vymezení). Současně zadavatel napadá i požadavek na minimální hodnotu těchto referenčních zakázek, přičemž dle navrhovatele finanční rozsah u obou referenčních zakázek je stanoven v nepřiměřené výši s ohledem na reálnou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. S ohledem na výše uvedené má navrhovatel za to, že nastavením požadavku na seznam referenčních služeb zadavatel porušil jednak § 73 odst. 6 a § 36 odst. 1 zákona, a jednak zásadu přiměřenosti a zásadu zákazu diskriminace (viz body 10. a 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

223. S ohledem na výše uvedené se Úřad bude nejprve zabývat tím, zda u výkladu pojmu „intravilán“ existuje nějaká nejasnost, resp. zda tento pojem je jasný a určitý. K tomu Úřad uvádí, že pojem „intravilán“ je pojmem stavebního práva, který je definován v základním předpise tohoto právního odvětví, tj. ve stavebním zákoně. Konkrétně je tento pojem legislativně definován v § 2 odst. 1 písm. d) stavebního zákona, kde je uvedeno, že zastavěným územím se rozumí území vymezené územním plánem nebo postupem podle stavebního zákona; nemá-li obec takto vymezené zastavěné území, je zastavěným územím zastavěná část obce vymezená k 1. září 1966 a vyznačená v mapách evidence nemovitostí. Ze zákonné definice ve stavebním zákoně vyplývá i to, že souhrnně se takto vymezené zastavěné území označuje jako intravilán. To, že pojmem intravilán se rozumí zastavěné území, zadavatel vysvětlil i v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 4, kde k dotazu č. 3 uvedl, že *pojem „intravilán“ označuje zastavěné území obce. Zadavatel tedy tomuto pojmu pro účely zadávacího řízení zachovává jeho nejširší, obecně přijímaný výklad, aby tak umožnil co nejširší hospodářskou soutěž.“.* Z uvedeného vyplývá, že pakliže měl navrhovatel v tomto pojmu nějakou nejasnost, muselo mu být nejpozději po výše uvedeném vysvětlení zřejmé, že zadavatel chápe intravilán jako zastavěné území obce, tedy shodně, jako je uvedeno ve stavebním zákoně.

224. Závěrem tedy Úřad konstatuje, že pojem intravilán je zcela jasně legislativně vymezen. Současně se dle Úřadu jedná o pojem běžně používaný a obecně známý i většině laické veřejnosti, tím spíše musí být jeho význam jednoznačně zřejmý dodavatelům působícím v oboru stavebnictví či v oborech se stavebnictvím souvisejících. V šetřeném případě tedy dle Úřadu nemůže nastat žádná pochybnost o jeho významu. Úřad dodává, že polemika navrhovatele týkající se rozsahu zastavěného území (tj. zda pojem intravilán je vymezen v materiálním smyslu či formálním smyslu), je pro šetřený případ irelevantní, neboť, jak bylo uvedeno výše, pojem „zastavěné území“ (resp. „intravilán“) má zcela jasně definovaný rozsah území, které je v tomto pojmu zahrnuto. Pokud by zadavatel chápal pojem intravilán jinak, než

jak ho chápou platné a účinné právní předpisy, lze dle Úřadu předpokládat, že by svůj výklad tohoto pojmu v zadávací dokumentaci, resp. v jejím vysvětlení, vymezil.

225. K tomu, že dle navrhovatele mohou existovat formálně „zastavěná území“, která však materiálně nemají na svém území žádnou stavbu, nebo naopak mohou existovat stavby, které se nenacházejí na formálně vymezeném zastavěném území, Úřad uvádí, že navrhovatelem popisované možnosti jsou nepochybně možné, nicméně se dle Úřadu bude jednat o minoritní situace, které nemají vliv na srozumitelnost této zadávací podmínky s ohledem na její účel (tj. rozlišit monitoring při realizaci podzemní stavby v rámci území obce, kde je předpoklad velkého výskytu lidí a majetku, a monitoringu při realizaci podzemních staveb mimo „civilizaci“, tj. např. ražbu silničních a železničních tunelů). Navrhovatel ke své argumentaci uvádí jako příklad pouze tunel Blanka, jehož část se podle navrhovatele nenachází pod zástavbou; k tomu Úřad uvádí, že z logiky věci tedy vyplývá, že další části tunelu se naopak pod zástavbou nacházejí. Je tedy zřejmé, že i tento navrhovatelem uváděný případ je příkladem stavby v intravilánu, nad kterou se nachází zástavba. Úřad dodává, že u takto rozsáhlých staveb stavěných v rámci území obce, jako je např. tunel Blanka, se v naprosté většině případů zasáhne do oblasti, kde existuje zástavba (ať již se jedná o nadzemní zástavbu ve formě obytných a užitných budov, nebo i kanalizační síť apod.). Úřad tak uzavírá, že pro splnění účelu zadavatelem stanovené zadávací podmínky je zcela namístě užít rozlišení pomocí jasně definovaného pojmu užívaného běžně v rámci stavebního práva a stavební praxe.

226. Dále se Úřad bude zabývat tím, že požadavek na realizaci referenčních služeb v intravilánu obce uvedený v bodě 5.6.1 zadávací dokumentace je dle navrhovatele diskriminační, neboť dle jeho názoru není rozdíl mezi realizací takové služby (tj. činností tvořících předmět veřejné zakázky) v intravilánu a mimo intravilán. Zadavatel ve svém vyjádření k této části návrhu uvedl, že podstatnou roli v rozdílnosti monitoringu podzemní stavby v intravilánu a mimo intravilán hrají možné následky spojené s nedodržením technologických postupů a dalších povinností pře geotechnickém monitoringu, přičemž v případě realizace podzemní stavby v hustě zastavěném území jsou tyto následky závažnější než při stavbě na „zelené louce“.

227. S ohledem na protichůdná tvrzení navrhovatele a zadavatele požádal Úřad o odborná stanoviska relevantní odborné instituce - Český úřad báňský, Český úřad zeměměřický a katastrální a Českou geologickou službu (viz body 90. až 92. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž věcně na položené dotazy dokázala odpovědět pouze Česká geologická služba (viz bod 221. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z doručené odpovědi České geologické služby pak vyplývá, že stavba úseku pražského metra, s níž předmět šetřené veřejné zakázky bezprostředně souvisí, probíhá v extrémně složitých inženýrskogeologických poměrech a navíc v silně urbanizovaném prostředí intravilánu městské části Praha 4 s celou řadou výjimečných stavebních objektů v dosahu potenciálních vlivů této stavby. Na otázku Úřadu, zda existují rozdíly v postupech uplatňovaných při provádění geotechnického monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb v intravilánu obce oproti postupům uplatňovaným při provádění geotechnického monitoringu při realizaci podzemních dopravních staveb mimo intravilán obce, Česká geologická služba uvedla, že tyto rozdíly existují. Obecně přitom dle České geologické služby platí, že existuje soubor měřených veličin, které se získávají stejnými postupy, ať už jsou aplikovány v intravilánu nebo mimo intravilán. Ovšem jejich nastavení, především pak komplexnost, vzájemné propojení, četnost měření, rozsah měřících bodů, umístění ve vztahu stavba – okolí a hlavně způsob hodnocení výsledků měření, ale dle České

geologické služby musí být vždy přizpůsobeno povaze konkrétně řešeného problému. Geotechnický monitoring tedy dle České geologické služby nespočívá v pouhém měření, tj. odečítání primárních hodnot z měřících aparatur, ale především v jeho správném komplexním nastavení, vyhodnocování a souběžném uplatňování jeho výsledků při výstavbě. Závěrem pak k tomu Česká geologická služba uzavírá, že pro intravilány lze obecně konstatovat, že inženýrskogeologické podmínky a z nich plynoucí geotechnická rizika budou mnohem komplexnější a složitější, z čehož logicky plyne, že postupy uplatňované při provádění geotechnického monitoringu u podzemních dopravních staveb v intravilánu budou náročnější oproti postupům uplatňovaným při provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán.

228. K další otázce Úřadu (ve znění *„Pakliže rozdíl či rozdíly mezi postupy uvedenými v bodě 1. existují, specifikujte, v čem konkrétně spočívají.“*) Česká geologická služba uvedla, že rozdíly mezi postupy geotechnického monitoringu v intravilánu a mimo intravilán lze chápat ve dvou rovinách, a to, že v intravilánu bývá obvykle geotechnický monitoring komplexnější a rozsáhlejší a musí do něj být zahrnuty zpravidla rovněž objekty (infrastruktura) nad poklesovou kotlinou, která je vyvolaná ražbou tunelu. K prvnímu rozdílu pak Česká geologická služba uvedla, že v intravilánu je využíváno více jednotlivých metod monitoringu, je potřeba získat větší množství dat, jež jsou pak také obvykle náročnější na zpracování, hodnocení a uložení (archivaci), a taktéž mezi tunelem a infrastrukturou intravilánu existuje velmi úzká vazba, což mimo intravilán – až na výjimky – neplatí. K druhému rozdílu pak Česká geologická služba uvedla, že oproti extravilánu geotechnický monitoring v intravilánech musí být zaměřen nejen na sledování vlastního tunelu z hlediska bezpečnosti a ekonomiky ražby, ale i na snížení rizika porušení nadzemní zástavby nad tunelem (např. pro jednotlivé stavební objekty, povrchové i podzemní inženýrské sítě a další městské podzemní objekty jako kolektory, kanalizační štoly, vodovodní, plynová a telekomunikační vedení, popř. jiné stavby městské podzemní i povrchové infrastruktury).

229. K třetí otázce Úřadu (ve znění *„Sdělte, zda k provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce jsou z hlediska dodavatele provádějícího tuto činnost potřeba určité specifické znalosti, schopnosti či dovednosti, které nejsou potřeba k provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce, tj. zda lze z hlediska nezbytných znalostí, schopností a dovedností dodavatele považovat za náročnější provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce oproti provádění geotechnického monitoringu mimo intravilán obce. Současně sdělte, zda existují nějaké další skutečnosti, které zvyšují náročnost provádění geotechnického monitoringu v intravilánu obce proti provádění monitoringu v extravilánu obce.“*) Česká geologická služba uvedla, že specifické znalosti zhotovitele geotechnického monitoringu jsou v intravilánu zcela nezbytné. K tomu pak konkrétněji uvedla, že velmi důležitá je dlouhodobá a specifická zkušenost zhotovitele nejen s vlastním měřením, ale především s hodnocením, sběrem a archivací naměřených dat a jejich zpřístupněním konečnému uživateli. Právě při geotechnickém monitoringu v intravilánu jsou důležité dlouhodobé a specifické znalosti a zkušenosti zhotovitele s deformačním chováním objektů nad tunely a s posuzováním kritických mezí, kdy je interakce tunelového díla s horninovým masivem pro stavby v jeho okolí ještě únosná. V praxi tak jde dle České geologické služby především o průběžné přizpůsobování stavby skutečně zastiženým geologickým poměrům. Tento proces je v podstatě dle České geologické služby nejdůležitější, protože řeší vlastní interakci okolních hornin s ražbou dotčených objektů tak, aby nedošlo ke škodám a zároveň aby byl postup ražby co nerychlejší a současně samotná ražba ekonomická. Proto musí být v

intravilánu vyžadován specifický přístup, který při adekvátně nastavených smluvních podmínkách mezi zhotovitelem a investorem stavby operativně zajistí případnou úpravu postupu výstavby právě na základě naměřených výsledků geotechnického monitoringu.

230. Úřad tak k výše uvedenému shrnuje, že Česká geologická služba potvrdila tezi zadavatele, že existují rozdíly mezi výkonem geotechnického monitoringu při realizaci podzemní stavby v intravilánu obce a mimo intravilán obce. Současně Česká geologická služba vysvětlila, v čem tyto rozdíly spočívají a proč je pro řádný výkon těchto činností v intravilánu nutné mít odpovídající předchozí zkušenosti. Nadto Česká geologická služba uvedla i to, že stavba, u níž se má realizovat geotechnický monitoring tvořící předmět šetřené věřené zakázky, je složitou stavbou v extrémně složitých inženýrskogeologických poměrech a navíc v silně urbanizovaném prostředí intravilánu.

231. S ohledem na výše uvedené má Úřad za to, že požadavek zadavatele na realizaci referenčních služeb v intravilánu obce uvedený v bodě 5.6.1 zadávací dokumentace je oprávněný, tedy není stanoven v rozporu se zákonem.

232. K námitce navrhovatele týkající se toho, že požadovaný finanční rozsah obou referenčních zakázek uvedených v bodě 5.6.1 zadávací dokumentace (viz bod 218. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je s ohledem na reálnou předpokládanou hodnotu veřejné zakázky stanoven v nepřiměřené výši, Úřad znovu uvádí, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena v souladu se zákonem (viz body 183. až 193. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a tedy požadavek na finanční hodnotu referenční zakázky ve výši 300 mil. Kč u první referenční zakázky, resp. 20 mil. Kč u druhé referenční zakázky, je nutno poměřovat právě proti výši této předpokládané hodnoty. Z poměru minimální finanční hodnoty referenční zakázky ve výši 300 mil. Kč a předpokládané hodnoty veřejné zakázky vyplývá, že se jedná o cca. 33% předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad tak konstatuje, že zejména s ohledem na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky a s ohledem na složitost předmětu veřejné zakázky, považuje požadavek na finanční hodnotu referenční veřejné zakázky za přiměřený.

233. Pokud jde o argumentaci navrhovatele týkající se nutnosti přepočtu finanční hodnoty referenční služby s ohledem na délku trvání referenční zakázky, Úřad předně uvádí, že se nejedná o opožděnou námitku, jak namítá zadavatel ve svém vyjádření k návrhu; argumentace ohledně nutnosti přepočtu souvisí s námitkou, resp. částí návrhu napadající rozpor požadavku na finanční limit referenčních zakázek stanovený v bodě 5.6.1 zadávací dokumentace se zákonem, tuto námitku přitom navrhovatel uvedl ve svých námitkách proti zadávacím podmínkám, tj. byla uplatněna včas. Argumentace týkající se nutnosti přepočtu finanční hodnoty referenční služby s ohledem na délku trvání referenční zakázky je tedy pouze rozšířením argumentace vztahující se k námitce nezákonnosti tohoto požadavku na kvalifikaci.

234. K samotné námitce Úřad uvádí, že zákon v § 79 nestanoví ve vztahu k hodnotě požadovaných referenčních zakázek žádný finanční limit, logicky tedy ani neurčuje povinnost přepočítávat finanční hodnotu referenční zakázky s ohledem na délku trvání referenční zakázky (přičemž Úřadu ani není zřejmé, jak konkrétně si navrhovatel provedení takového přepočtu, resp. vymezení kvalifikačního kritéria s použitím přepočtu, v praxi představuje). Při posouzení, zda byla požadovaná finanční hodnota referenční zakázky stanovena v souladu se zákonem, je tedy nutno postupovat pouze s ohledem na základní zásady zákona. Jak přitom již Úřad uvedl výše, s ohledem na výši předpokládané hodnoty šetřené veřejné zakázky nepovažuje

zadavatelem stanovenou hodnotu referenčních zakázek za nepřiměřenou. Úřad dodává, že u referenčních zakázek není nijak omezena doba jejich trvání, podmínkou je pouze to, že musely být realizovány (tedy ve smyslu § 79 odst. 3 zákona dokončeny) v zadavatelem stanovené době před zahájením šetřeného zadávacího řízení). K prokázání předmětného kritéria technické kvalifikace lze tedy použít jakoukoli zakázku bez ohledu na dobu jejího trvání, podmínkou je pouze to, že musela být ve stanovené době dokončena a že její celková hodnota odpovídá zadavatelem stanovenému limitu. K tomu Úřad taktéž dodává, že zadavatel umožnil dodavatelům použít referenční zakázky vykonané (tj. dokončené) v posledních 10 letech před zahájením zadávacího řízení oproti standardním 3 letům, se kterými § 79 odst. 2 písm. b) zákona počítá v běžných případech.

235. Úřad tak shrnuje, že poměr požadovaného finančního limitu referenční zakázky vůči předpokládané hodnotě veřejné zakázky považuje s ohledem na předmět plnění za přiměřený a nediskriminační.

236. K poznámce navrhovatele, že v požadovaném finančním rozsahu ve výši 300 mil. Kč byla v České republice realizována pouze jedna zakázka (resp. navrhovatel uvádí, že ve spojení s požadavkem na realizaci v intravilánu byla vykonána dokonce pouze jedna zakázka ve střední Evropě), Úřad uvádí, že u takto složitých a ve své podstatě jedinečných zakázek lze předpokládat, že jich bylo a bude realizováno spíše menší množství. Je však nutno dodat, že veřejná zakázka s předpokládanou hodnotou ve výši skoro jedné miliardy korun má potenciál přilákat zahraniční dodavatele, u nichž lze předpokládat, že budou disponovat referenčními zakázkami požadovaného rozsahu z celého světa (přičemž nelze samozřejmě vyloučit, že takovými referencemi může disponovat i dodavatel z České republiky). Úřad proto uvádí, že počet potenciálních referenčních zakázek realizovaných na území České republiky, resp. střední Evropy nehraje žádnou roli, neboť lze použít referenční zakázky vykonané v rámci celé Evropy či dokonce v rámci celého světa, přičemž Úřad opětovně opakuje, že zadavatel umožnil použít reference poskytnuté v posledních 10 letech před zahájením zadávacího řízení, čímž zvýšil pravděpodobnost, že tento kvalifikační požadavek bude schopno splnit více dodavatelů.

237. Úřad tak uzavírá, že požadavek stanovený v bodě 5.6.1 zadávací dokumentace na předložení seznamu významných služeb, které byly mj. realizovány v intravilánu obce a ve finanční hodnotě 300 mil. Kč bez DPH, nelze považovat za rozporný se zákonem.

Ke stanovení kritérií technické kvalifikace – požadavek na technické vybavení

Relevantní ustanovení zákona

238. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

239. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

240. Podle § 79 odst. 2 písm. j) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat přehled nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

241. V „Projektové dokumentaci“, která tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace v dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „B – MONITORING RAŽENÉHO DÍLA“ (dále jen „technická zpráva“) je v čl. 6. 1 „Konvergenční měření“ uvedeno: *„Přesnost měření: Požaduje se provádění optickou totální stanicí s přesností minimálně. 0,3 mgon a 1 mm + 1,5 ppm v měření délky. Přesnost metody je určena směrodatnou odchylkou mxy = 2 mm, mz = 2 mm.“*.

242. V bodě 5.6.4 s názvem „Seznam nástrojů nebo pomůcek k plnění veřejné zakázky“ zadávací dokumentace je uvedeno následující:

„K prokázání splnění technické kvalifikace dále zadavatel požaduje, aby účastník analogicky dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ předložil přehled nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.

Zadavatel vymezuje minimální úroveň tohoto kritéria následovně (dodavatel musí disponovat následujícím):

(…)

- *totální optické automatické stanice s minimální přesností odečtu úhlu 0,15 mgon pro měření směrů a 1 mm + 1 ppm pro měření vzdáleností, přesnost výsledků měření v poloze do 2 mm a ve výšce více než 1 mm v počtu minimálně 3 ks;“*.

Relevantní zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení

243. Na základě usnesení č. j. ÚOHS-09148/2021/511/LHl ze dne 12. 3. 2021 obdržel Úřad od zadavatele dne 22. 3. 2021 vyjádření z téhož dne. Zadavatel se v první části svého vyjádření vyjadřuje k optickým automatickým stanicím. Zadavatel k požadavku Úřadu na prokázání tvrzení týkající se ceny totální optické automatické stanice (viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí) předně zdůrazňuje, že požadavek na přístroj, jehož nutnost a přesnost byla dle zadavatele řádně odůvodněna, nemůže být diskriminační, a není podstatné, kteří dodavatelé konkrétní přístroj používají, když je tento přístroj běžně dostupný na trhu. V tomto bodě pak zadavatel odkazuje rovněž na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05115/2020/513/EPi ze dne 14. 2. 2020. K tomu zadavatel opakuje, že oprávněnost požadavku vyplývá z požadavků zadavatele na přesnost měření, přičemž geodetické přístroje musí disponovat takovými parametry, aby byly schopné požadavky zadavatele naplnit. Zadavatel dále setrvává na svém vyjádření, že přístroje s touto přesností měření jsou na trhu běžně k dispozici. Zadavatel jako příklad uvádí stanice Leica Nova TS60, FOIF RTS010, Trimble řady S nebo Sokkia Net, přičemž ke každé z těchto stanic uvádí webový odkaz na konkrétního prodejce, a dále uvádí, že se jedná pouze o několik příkladů, neboť na trhu existují stanice dalších výrobců, které splňují dané parametry a jsou zcela běžně k dispozici. K tomu zadavatel uvádí, že hodnota těchto přístrojů se pohybuje od 270.000,- Kč, tj. od 10.000 €, a tedy že jeho tvrzení uvedené ve vyjádření k návrhu nebylo správné, neboť došlo k omylu ohledně měny, ve které byly ceny přístroje uvedeny, tedy záměny eurové měny za měnu korunovou. Zadavatel nicméně trvá na tom, že tato skutečnost nemá jakýkoliv vliv na zákonnost jeho postupu.

244. Dále zadavatel uvádí, že i nadále setrvává na všech svých tvrzeních uvedených v předchozích podáních týkajících se požadavků na přesnost přístrojového vybavení, a znovu opakuje, že považuje za naprosto legitimní požadovat vyšší přesnost přístroje, než je požadovaná přesnost měření, protože takto musí být eliminována případná lidská chyba a rovněž další ovlivňující faktory, jako jsou povětrnostní vlivy a podobně. Přiměřenost

požadavku je dle zadavatele podpořena rovněž skutečností, že zadavatel požadoval *„totální optické automatické stanice s minimální přesností odečtu úhlu 0,15 mgon pro měření směrů a 1 mm + 1 ppm pro měření vzdáleností, přesnost výsledků měření v poloze do 2 mm a ve výšce více než 1 mm“*, přičemž z uvedeného dle zadavatele vyplývá, že se nejedná o přesnost měření přístroje, ale jedná se o přesnost při odečtu úhlu, tj. při čtení úhlů (tzn. nejmenší dílek), tedy tento požadavek splňuje řada přístrojů na relevantním trhu.

245. Zadavatel taktéž uvádí, že nepožadoval, aby předmětný přístroj byl ve vlastnictví dodavatele, a rovněž nepožadoval, aby s ním dodavatel přímo disponoval již v okamžiku podání nabídky. Dle zadavatele z odst. 5.6.4. zadávací dokumentace vyplývá, že dodavatelé měli tuto část kvalifikace prokázat pouze čestným prohlášením, přičemž zadavatel požadoval pouze „dispozici“ s předmětným přístrojem, nikoliv vlastnický vztah, tedy postačila by např. smlouva o budoucím nájmu, či jiná volná forma dispozice. Reálná pořizovací cena přístroje je tak i z tohoto důvodu zcela irelevantní pro posouzení přiměřenosti této zadávací podmínky. Předmětný přístroj si mohli dodavatelé pronajmout či vypůjčit, což je dle zadavatele na relevantním trhu relativně běžné.

246. Závěrem k požadavku na optickou automatickou stanici zadavatel shrnuje, že bez uvedeného přístroje není možné předmět veřejné zakázky řádně realizovat. Přístroj je na trhu běžně dostupný, přičemž fakticky si jej musí pořídit až budoucí vybraný dodavatel, a to nikoliv nutně do vlastnictví. Pořizovací cena přístroje je tak pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele irelevantní, avšak i sama o sobě je přiměřená rozsahu, charakteru a zejména hodnotě předmětu plnění.

247. Přípisem č. j. ÚOHS-12349/2021/511/LHl ze dne 12. 4. 2021 se Úřad obrátil na ČVUT se žádostí o zodpovězení následujících dotazů:

- Sdělte, zda pro dosažení zadavatelem požadované přesnosti měření uvedené v bodě 6. 1. Technické zprávy část díla B, tj. minimálně 0,3 mgon a 1 mm + 1,5 ppm v měření délky, kde přesnost metody je určena směrodatnou odchylkou mxy = 2 mm, mz = 2 mm, je nutné použít měřicí přístroje (totální optické automatické stanice) s minimální přesností odečtu úhlu 0,15 mgon pro měření směrů a 1 mm + 1 ppm pro měření vzdáleností, přesnost výsledků měření v poloze do 2 mm a ve výšce více než 1 mm, či zda k dosažení dané přesnosti měření postačí totální optické automatické stanice s nižší přesností.
- Pakliže pro zajištění požadované přesnosti měření nejsou potřeba totální optické automatické stanice s přesností o parametrech specifikovaných v otázce č. 1 (tj. s minimální přesností odečtu úhlu 0,15 mgon pro měření směrů a 1 mm + 1 ppm pro měření vzdáleností, přesnost výsledků měření v poloze do 2 mm a ve výšce více než 1 mm), ale postačí přístroje s přesností nižší, sdělte, zda použití měřicích přístrojů s parametry přesnosti specifikovanými v otázce č. 1 může přinést zadavateli ve vztahu k výsledku měření nějaké výhody (např. zda může použití takových přesnějších přístrojů eliminovat faktory, jež jsou obecně schopny negativně ovlivnit přesnost měření - např. lidská chyba při provádění měření, povětrnostní vlivy apod.).

248. Úřad od ČVUT obdržel dne 16. 4. 2021 vyjádření z téhož dne, ve kterém ČVUT zasílá odpovědi na dotazy Úřadu. ČVUT ve své odpovědi na dotazy Úřadu uvedlo následující:

K dotazu Úřadu č. 1

»V bodě 6. 1 Konvergenční měření jsou diskutována dvě měření.

a) skutečně konvergenční měření, tj vyhodnocení deformací jednotlivých profilů (v podstatě bodů v rovině kolmé na osu). Pro toto měření v žádném případě požadovaná přesnost potřebná není.

b) absolutní měření změn – věta „Prostorovým měřením (metodou 3D) se zjišťují absolutní změny polohy (posuny) stanovených měřících bodů, vyjádřené ve vztažném souřadnicovém systému, ze kterého se přepočtou složky vertikální a horizontální." Zde se nejedná o relativní měření deformací profilů, ale určení posunů jednotlivých bodů od počátečního stavu v absolutní soustavě. Zde je nutné v každé etapě provádět měření z prostoru mimo deformační zónu, celková vzdálenost měření je pak mnohem vyšší a požadovaná přesnost jednotlivých veličin je pochopitelná a běžně se pro podobné práce používají přístroje s uváděnou požadovanou přesností. Aby bylo možné přesně spočítat, zda pro dosažení přesností 2 mm v poloze a 2 mm ve výšce jsou potřebné požadované přístroje, byla by nutná detailní znalost konfigurace měření a podrobný výpočet.«

K dotazu Úřadu č. 2

„pro měření absolutních posunů požadavek odůvodnitelný je. Zároveň při měření s vyšší přesností se snižuje počet potřebných měření, což zkracuje dobu měřiče v podzemí."

249. Na základě dotazu č. j. ÚOHS-12350/2021/511/LHl ze dne 12. 4. 2021 obdržel Úřad od VUT dne 19. 4. 2021 vyjádření z téhož dne, ve kterém zasílá odpovědi na dotazy Úřadu. VUT ve své odpovědi na dotazy Úřadu uvedlo následující:

Specifikace totální optické stanice uvedená v bodě 5.6.4 zadávací dokumentaci (VUT dále v textu označuje tuto specifikaci jako [2]) a specifikace uvedená v čl. 6. 1 technické zprávy (VUT dále v textu označuje tuto specifikaci jako [3]) dle VUT *„uvádějí poněkud rozdílné technické parametry, které nejsou ve vzájemném rozporu při odborném vnímání věci v technických souvislostech zadávací dokumentace stavby."*.

Dále VUT uvádí podrobný technický výklad, kde konstatuje, že *„Zadávací dokumentace [2] uvádí obecně kritérium minimální úrovně u totální optické automatické stanice v parametru tzv. úhlové rozšiřovací schopnosti měřidla pro měření směrů a dále v parametrech délkové přesnosti měření, přesnosti výsledků měření ve vodorovné rovině a přesnosti ve výškové složce.*

Technická zpráva [3] specifikuje, v kontextu konvergenčního měření, u totální optické automatické stanice obvykle výrobcem uváděné přednostní parametry úhlové směrodatné odchylky měřidla dle technické normy ČSN ISO 17123-3 nebo DIN 18723 a délkové směrodatné odchylky měřidla dle technické normy obvykle dle ČSN ISO 17123-4, přesnost výsledků metody měření ve vodorovné rovině ve formě směrodatné souřadnicové odchylky v rovině X, Y a přesnost formě směrodatné odchylky v souřadnici Z.

Měřidlo typu totální optické automatické stanice dle specifikace v [3] patří k měřidlům nejvyšší třídy přesnosti, které současně splňuje požadavek specifikace v [2] pro úhlovou rozlišovací schopnost měřidla a délkovou přesnost specifikovanou v [2] při obvykle měřených kratších délkách při konvergenčních měřeních, popř. řízení ražby.

Obecně specifikované přesnosti v polohové složce a ve výškové složce jsou dosažitelné pro kratší délky záměrů, které jsou obvykle používané při konvergenčních měřeních, popř. vedení ražby.

Ke konvergenčním měřením, popř. řízení ražby je třeba použít měřidla typu totální optické stanice s přesností dle technické specifikace v [3] nebo lepší.

Použití měřidel nejvyšší třídy přesnosti je nutné, neboť požadavky na přesnost při konvergenčních měřeních, popř. řízení ražby jsou vysoké, neboť musí zaručovat, při uvážení i dalších faktorů, odpovídající spolehlivost výsledků, která je klíčová pro zajištění bezpečnosti stavby.

Požadavek na použití měřidla typu totální optické automatické stanice minimální přesnosti dle technické specifikace v [3] nelze považovat za omezující ani diskriminační, neboť na trhu jsou běžně dostupné od různých konkurenčních prodejců.

Měřidla typu totální optické automatické stanice minimálně přesnosti dle technické specifikace v [3] mají ve svém technickém vybavení desítky odborných firem na trhu v ČR.

Je třeba si uvědomovat, že ražba podzemní stavby metra patří mezi technicky nejnáročnější stavby, kdy přesnost a spolehlivost měření je nedílnou součástí zajištění bezpečnosti stavby a umožňuje předcházet velkým hospodářským škodám. Proto je požadavek na použití měřidel nejvyšší třídy přesnosti od projektanta, který je garantem realizovatelnosti stavby, žádoucí.

Realizace přesnosti geometrických parametrů při výstavbě metodami inženýrské geodézie je zeměměřickou činností dle zákona č. 200/1994 Sb., o zeměměřictví, která vyžaduje inženýrský přístup, použití odpovídajících měřidel, zajištění procesu měření kvalifikovanou a odborně způsobilou osobou a protokolární doložení dosažení požadovaných parametrů.“.

Následně VUT uvedlo závěr k otázce č. 1, kde konstatuje, že „*Měřidlo dle specifikace v [3] splňuje současně požadavek úhlové rozlišovací schopnosti měřidla a je možné tímto měřidlem dosáhnout požadavku délkové přesnosti specifikované v [2] pro kratší délky běžně měřené při konvergenčních měřeních popř. při řízení ražby.“.*

K otázce č. 2 VUT uvedlo následující závěr: *„K zajištění požadované přesnosti měření je třeba použít měřidlo typu totální optické automatické stanice přesnosti dle technické specifikace v [3] a lepší. Současně je třeba, aby měření vykonávala k tomu kvalifikovaná a odborně způsobilá osoba a posuzovala a realizovala potřeby geometrické přesnosti individuálně, inženýrským přístupem a výsledky měření dokládala protokolárně obvyklým způsobem.“.*

Právní posouzení

250. Navrhovatel v této části návrhu napadá nezákonnost požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace stanoveného v bodě 5.6.4 zadávací dokumentace, který spočívá v tom, že dodavatelé jsou povinni mít v dispozici tři měřicí přístroje - totální optické automatické stanice ve stanovených parametrech (viz bod 242. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle navrhovatele zadavatel požaduje mít v dispozici tři měřicí přístroje o vyšší míře přesnosti, než je požadováno zadavatelem pro samotnou přesnost metody měření (viz bod 241. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tak dle navrhovatele vyžaduje, aby dodavatelé disponovali přístroji o naprosto (řádově) odlišných parametrech, aniž by byl takovýto zpřísňující požadavek opřen o jakékoliv faktické důvody spočívající v potřebě využít tyto přístroje při realizaci veřejné

zakázky. Ve vztahu k přesnosti měření navrhovatel odkazuje na předpis TP 237 či na normu ČSN 73 0405 a na z nich plynoucí požadavky, jako je zpracování statických výpočtů či varovných stavů. Navrhovatel je přesvědčen o nepřiměřenosti a diskriminační povaze požadavku na přístrojové vybavení (viz bod 12. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

251. S ohledem na uvedená tvrzení navrhovatele se Úřad bude dále zabývat tím, zda požadavek na tři měřicí přístroje ve stanovených parametrech (viz bod 242. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je přiměřený a nediskriminační.

252. Zadavatel ve vyjádření k návrhu nejprve uvádí, že tato část návrhu je značně rozšířená oproti podaným námitkám, tedy v podstatné části návrhu se jedná o námitky nové a návrh tak v těchto částech nebyl podán oprávněnou osobou. Konkrétně zadavatel uvádí, že navrhovatel v námitkách neodkazoval jednoznačně na TP 237, ani nebylo zřejmé, že z tohoto předpisu citoval, a že navrhovatel pak dále oproti námitkám konkretizuje závěry vyplývající z ČSN 73 0405. K uvedenému Úřad uvádí, že se nejedná se o nová tvrzení oproti námitkám, neboť podstata argumentace navrhovatele spočívá v nezákonnosti požadavku zadavatele stanoveného v bodě 5.6.4 zadávací dokumentace, který spočívá v tom, že dodavatelé jsou povinni mít v dispozici tři totální optické automatické stanice v daných parametrech. Následná argumentace spočívající v odkazu na „Technické podmínky 237“ a ČSN 73 0405 a na z nich plynoucí požadavky je pouze rozšířením argumentace samotné námitky vztažené k požadavku na dispozici s danými přístroji v reakci na závěry zadavatele učiněné v rozhodnutí o námitkách, a nejedná se tedy o novou námitku.

253. K věcnému obsahu navrhovatelovy námitky zadavatel uvedl, že ve veřejné zakázce je vysoká přesnost žádoucí, neboť i velmi malé změny měřených hodnot mohou mít vážné důsledky pro bezpečnost sledovaného systému. Současně zadavatel zpochybňuje to, že by se požadovaná přesnost neopírala o reálná data. Dále zadavatel uvedl, že posoudil nároky na spolehlivost a přesnost přístrojů, přičemž vyhodnotil nutnost přesnosti měření tak, jak ji definoval v zadávacích podmínkách. Současně zadavatel má za to, že požadované přístroje jsou na trhu běžně dostupné, přičemž jejich cena se pohybuje do 10 tis. Kč.

254. Úřad se při přezkumu požadavku na totální optické automatické stanice nejprve zaměřil na to, že dle zadavatele se požadované přístroje dají pořídit v hodnotě do 10 tis. Kč za kus. Úřad má za to, že pakliže by tato informace byla prokázána, požadavek zadavatele na tyto přístroje by vzhledem k rozsahu a předpokládané hodnotě veřejné zakázky nemohl žádného z potenciálních dodavatelů reálně omezit, resp. odradit od účasti v zadávacím řízení. Úřad proto vyzval zadavatele usnesením k prokázání toho, že požadované totální optické automatické stanice jsou na trhu běžně dostupné a hodnota 1 ks takového přístroje je „do 10 tis. Kč“. Z vyjádření zadavatele k uvedenému usnesení však Úřad zjistil, že nešlo o částku v Kč, ale v EUR (tedy se jednalo o 10 tis. EUR za 1 ks – viz bod 243. odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž dle názoru Úřadu částka v této výši při požadovaném počtu tří přístrojů by již reálně některého z dodavatelů omezit mohla. Z toho důvodu se Úřad dále zabýval tím, zda požadavek na to, aby dodavatelé měli tyto přístroje pro plnění veřejné zakázky k dispozici, je vzhledem k předmětu veřejné zakázky oprávněný.

255. V souvislosti s tím Úřad požádal o odborná stanoviska relevantní odborné instituce – VUT a ČVUT (viz body 93. a 94. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Odpovědi na žádosti o odborná stanoviska byly doručeny od ČVUT dne 16. 4. 2021 a od VUT dne 19. 4. 2021.

256. K první otázce, týkající se toho, zda je k zadavatelem požadované přesnosti měření nutné použít měřicí přístroj o jím stanovených parametrech (viz bod 247. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ČVUT mj. uvedlo, že požadovaná přesnost jednotlivých veličin je pochopitelná a běžně se pro podobné práce používají přístroje s přesností jako v šetřeném případě (viz bod 248. odůvodnění tohoto rozhodnutí). VUT pak k této otázce uvedlo, že specifikace totální optické stanice uvedená v bodě 5.6.4 zadávací dokumentaci a specifikace měření uvedená v čl. 6. 1 technické zprávy uvádějí rozdílné technické parametry, které ale nejsou ve vzájemném rozporu, přičemž dále VUT konkrétně vysvětluje podstatu jednotlivých parametrů jak u požadavku na přístroje, tak u požadavku na metody měření (viz bod 249. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dále VUT konstatovalo, že ke konvergenčním měřením, popř. řízení ražby, je třeba použít měřidla typu totální optické automatické stanice s přesností dle parametrů stanovených v šetřeném případě nebo lepších. Použití měřidel nejvyšší třídy přesnosti je dle VUT v šetřeném případě nutné, neboť požadavky na přesnost při konvergenčním měření, popř. řízení ražby, jsou vysoké, protože musí zaručovat při uvážení i dalších faktorů odpovídající spolehlivost výsledků, která je klíčová pro zajištění bezpečnosti stavby. Taktéž VUT dodalo, že měřidla typu totální optické automatické stanice s minimální přesností dle technické specifikace šetřené veřejné zakázky jsou na trhu běžně dostupná, přičemž je ve svém technickém vybavení vlastní desítky odborných firem na trhu v České republice. Závěrem k tomuto bodu VUT uvedlo, že měřidlo dle specifikace požadované zadavatelem splňuje současně požadavek úhlové rozlišovací schopnosti měřidla a je možné tímto měřidlem dosáhnout požadavku přesnosti specifikované v čl. 6. 1 technické zprávy pro kratší délky běžně měřené při konvergenčních měřeních, popř. při řízení ražby (viz bod 249. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

257. K druhé otázce, týkající se toho, zda v případě, kdy není k zajištění zadavatelem požadované přesnosti potřeba měřicí přístroj o daných parametrech, ale postačí měřicí přístroj s přesností nižší, by zadavatelem požadovaný měřicí přístroj mohl přinést ve vztahu k výsledku měření nějaké výhody (viz bod 247. odůvodnění tohoto rozhodnutí), ČVUT uvedlo, že pro měření absolutních posunů je šetřený požadavek na měřicí přístroje odůvodnitelný. Zároveň dle ČVUT při měření s vyšší přesností se snižuje počet potřebných měření, což zkracuje dobu pobytu měřiče v podzemí (viz bod 248. odůvodnění tohoto rozhodnutí). VUT pak k této otázce konstatovalo, že k zajištění požadované přesnosti je třeba použít měřidlo typu totální optické automatické stanice s přesností dle technické specifikace požadované zadavatelem v šetřeném případě nebo lepší (viz bod 249. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

258. Úřad konstatuje, na základě vyjádření ČVUT a VUT došel k závěru, že existují oprávněné důvody pro požadavek na totální optické automatické stanice v jím požadované třídě přesnosti, neboť tyto přístroje dokáží zajistit spolehlivost výsledků, která je klíčová pro zajištění bezpečnosti stavby. Dle Úřadu je tedy nepochybné, že dotázané odborné instituce potvrzují tvrzení zadavatele, podle něhož vysoká přesnost je v šetřeném případě žádoucí, neboť i velmi malé změny měřených hodnot mohou mít vážné důsledky pro bezpečnost sledovaného systému. Nadto Úřad dodává, že z vyjádření VUT vyplývá, že totální optické automatické stanice v nejvyšší třídě přesnosti jsou zcela běžným přístrojem, který vlastní desítky odborných firem na trhu v České republice. Tato část vyjádření VUT tedy dle Úřadu zcela vyvrací tezi navrhovatele, který naopak tvrdí, že požadované měřicí přístroje jsou nadstandardním vybavením, které v České republice využívá velmi malý počet dodavatelů. Dle Úřadu se tak nejedná o požadavek nepřiměřený či diskriminační.

259. Na uvedeném nic nemění ani argumentace navrhovatele, který tvrdí, že přesnost měření (resp. i přesnost měřicího přístroje) musí mít nutně vazbu na hodnoty očekávaných posunů a varovných stavů, resp. z toho navrhovatel dovozuje, že zadavatel uměle a účelově manipuloval s některými parametry přístrojů. K tomu Úřad opětovně uvádí, že ČVUT ve svém vyjádření uvedlo, že přesnost jednotlivých veličin stanovených v šeřeném případě pro měření je pochopitelná, přičemž pro naplnění takto nastaveného měření se běžně užívají přístroje s parametry, které odpovídají požadavkům zadavatele v šetřeném případě (k tomu Úřad doplňuje, že k dotazu zasílanému ČVUT a VUT byla přiložena zadávací dokumentace a technická zpráva na šetřenou veřejnou zakázku). VUT pak potvrdilo, že nastavené parametry pro měřicí přístroj nejsou nijak v rozporu se specifikací stanovenou v šeřeném případě pro měření. Dle Úřadu je tedy nepochybné, že obě odborné instituce potvrdily potřebu zadavatelem požadovaného přístroje pro realizaci veřejné zakázky.

260. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že zadavatel stanovil požadavek na předložení přehledu nástrojů ve smyslu § 79 odst. 2 písm. j) zákona, ze kterého má vyplývat mj. dispozice dodavatele se třemi totálními optickými automatickými stanicemi o parametrech specifikovaných v bodě 5.6.4 zadávací dokumentace, v souladu se zákonem.

Ke stanovení kritérií technické kvalifikace - požadavek na kvalifikaci osob

Relevantní ustanovení zákona

261. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

262. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

263. Podle § 79 odst. 2 písm. c) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat seznam techniků nebo technických útvarů, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména těch, které zajišťují kontrolu kvality nebo budou provádět stavební práce, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

264. V bodě 5.6.2 s názvem „Seznam techniků“ zadávací dokumentace požadoval zadavatel k prokázání splnění technické kvalifikace, aby účastník dle § 79 odst. 2 písm. c) zákona předložil seznam osob, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, přičemž se má jednat mj. o následující osoby, u nichž zadavatel stanovil níže uvedené požadavky:

„a) u osoby zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika:

- *minimálně 5 let praxe v oboru;*
- *doklad o autorizaci jako autorizovaný inženýr nebo technik dle § 5 odst. 3 písm. i) AutZ, tedy v oboru geotechnika;*
- *osvědčení o odborné způsobilosti podle § 3 odst. 3 ZoGP, ve znění VoOZP v oboru inženýrská geologie; a*
- *zkušenost v pozici vedoucího nebo zástupce vedoucího kanceláře monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby s hodnotou poskytované služby ve výši minimálně 50.000.000,- Kč bez DPH.*

b) u osoby zajišťující odbornou způsobilost v oborech inženýrská geologie a hydrogeologie:

- *minimálně 5 let praxe v oboru;*
- *osvědčení o odborné způsobilosti podle § 3 odst. 3 ZoGP, ve znění VoOZP v oborech inženýrská geologie a hydrogeologie; a*
- *zkušenost s činností v týmu monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby s hodnotou poskytované služby ve výši minimálně 50.000.000,- Kč bez DPH."*

Právní posouzení

265. Navrhovatel v této části návrhu namítá, že požadavek na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geologie a hydrologie, které mají mj. zkušenost s činností v týmu monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby s hodnotou poskytované služby ve výši minimálně 50.000.000,- Kč bez DPH, je stanoven nejasně, když dle navrhovatele není u těchto osob zřejmé, co zadavatel myslí „hodnotou poskytované služby", tj. zda se jedná o službu obdobnou službě, jejíž poskytování je předmětem veřejné zakázky, nebo pouze o službu, která se týkala výlučně činnosti týmu monitoringu, či snad o službu týkající se pouze výkonů dané osoby. Dále dle navrhovatele jsou tyto požadavky stanoveny i nepřiměřeně a diskriminačně, neboť zadavatel nebere v úvahu, že objednatelé geomonitoringu standardně uzavírají s danými odborníky samostatné obchodní smlouvy pro jednotlivé činnosti v rámci monitoringu jako celku – přestože tedy jsou následně tyto osoby činné v týmu monitoringu, neposkytují službu monitoringu (jako celku), nýbrž poskytují pouze službu odpovídající jejich odbornému zařazení, a nemají a nemohou tak mít dle navrhovatele potřebné informace o celkové hodnotě plnění všech jiných členů týmu monitoringu.

266. Úřad se nejprve bude zabývat namítanou „nejasností a neurčitostí" požadavku na zkušenost (resp. referenci) osoby zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a osoby zajišťující odbornou způsobilost v oboru geologie a hydrologie. K tomu Úřad konstatuje, že požadavky na obě tyto osoby jsou v zadávacích podmínkách vymezeny obdobným způsobem. Nejprve je zadavatelem vymezena pozice, kterou měla daná osoba v rámci reference vykonat (tj. pozice vedoucího nebo zástupce vedoucího kanceláře monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby, resp. pozice v týmu monitoringu při výstavě nebo rekonstrukci podzemní stavby), přičemž z daného požadavku vyplývá to, že se jedná vždy o činnost monitoringu, která byla vykonána buď při výstavbě nebo při rekonstrukci podzemní stavby. V tomto ohledu je dle Úřadu nepochybně vymezena služba, kterou je právě monitoring při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby (nadto Úřad dodává, že monitoring při výstavbě podzemní stavby je právě předmětem šetřené veřejné zakázky). Z uvedeného kvalifikačního požadavku tedy dle Úřadu vyplývá, že příslušná osoba měla působit na určité zadavatelem vymezené pozici v rámci realizace zakázky, jejímž předmětem byla služba spočívající v monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby. Úřad má tedy za to, že z takto formulovaného požadavku lze dospět jazykovým výkladem k jasnému závěru, že pojem „hodnota požadované služby", který navrhovatel považuje za nejasný, se vztahuje právě ke službě, jíž se daný požadavek týká, tj. k monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby. Z uvedeného tedy dle Úřadu nelze dovodit, že by daná osoba měla sama vykonat službu v požadované hodnotě, ale jedná se vždy o celkovou cenu služby monitoringu, kterou vykonala určitá společnost, u níž osoba zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika

pracovala jako vedoucího nebo zástupce vedoucího kanceláře nebo v případě osoby zajišťující odbornou způsobilost v oborech inženýrská geologie a hydrogeologie tato osoba pracovala jako člen týmu (ať už tyto osoby vykonaly svoji část činnosti v pracovněprávním nebo jiném vztahu vůči dané společnosti). Úřad tak má za to, že požadavek na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geologie a hydrologie, které mají mj. zkušenost s činností v týmu monitoringu při výstavbě nebo rekonstrukci podzemní stavby s hodnotou poskytované služby ve výši minimálně 50.000.000,- Kč bez DPH, je stanoven jasně a určitě.

267. Dále se Úřad bude zabývat tím, že dle navrhovatele kvalifikační požadavek na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geologie a hydrologie je stanoven nepřiměřeně a diskriminačně, neboť dle navrhovatele neodpovídá hlediskům stanovení kvalifikačních požadavků ve vazbě na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky, a dále zadavatel dle navrhovatele nebere v potaz to, že objednatelé geomonitoringu standardně uzavírají s danými odborníky samostatné obchodní smlouvy pro jednotlivé činnosti v rámci monitoringu jako celku. K tomu Úřad nejprve uvádí, že již výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí konstatoval, že předpokládaná hodnota veřejné zakázky byla stanovena v souladu se zákonem (viz body 183. až 193. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Hodnotu referenční služby, v rámci níž měli požadovaní odborníci vykonávat svou činnost, ve výši 50 mil. Kč, tedy nelze vzhledem k předpokládané hodnotě veřejné zakázky (890 mil. Kč) považovat za nepřiměřenou či diskriminační, neboť se jedná pouze o 5,6 % výše předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Úřad má tedy za to, že požadovaná hodnota referenční služby je ve vztahu k předpokládané hodnotě veřejné zakázky velmi nízká a ani ve vztahu k předmětu veřejné zakázky nelze dle Úřadu hodnotu referenční služby označit jako nepřiměřenou či diskriminační. K tomu, že zadavatel nevzal v potaz to, že objednatelé geomonitoringu standardně uzavírají s danými odborníky samostatné obchodní smlouvy pro jednotlivé činnosti v rámci monitoringu jako celku, Úřad uvádí, že dle jeho názoru se praxe v oboru geotechnického monitoringu významně neliší od praxe v jiných oborech (např. u stavebních zakázek), kde jsou s odborníky na dílčí činnosti taktéž běžně uzavírány samostatné smlouvy (resp. tito odborníci vykonávají svoji činnost samostatně a pouze spolupracují s dodavateli jako jejich subdodavatelé). Úřad tedy má za to, že skutečnost, že objednatelé geomonitoringu standardně uzavírají s danými odborníky samostatné obchodní smlouvy pro jednotlivé činnosti v rámci monitoringu jako celku, není nijak specifická a nemá v šetřeném případě vliv na posouzení toho, zda kvalifikační předmětný požadavek na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geologie a hydrologie je stanoven přiměřeně a nediskriminačně.

268. K námitce, že v praxi výkonu monitoringu podzemních staveb jsou odborníci najímání společnostmi pouze k dílčím činnostem, a tedy nemohou znát údaje o celkové ceně služby, Úřad uvádí, že dle jeho názoru si daný odborník nepochybně může informaci o celkové hodnotě služby, v rámci níž vykonával na základě samostatné smlouvy svou činnost, jakož i případný doklad o jeho působení při výkonu této služby, pro účely jejich použití k prokázání kvalifikace dodavatele v jiném zadávacím řízení, bez větších problémů opatřit.

269. Úřad tak k této části návrhu uzavírá, že kvalifikační požadavek na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika a na osobu zajišťující odbornou způsobilost v oboru geologie

a hydrologie uvedený v bodě 5.6.2 s názvem „Seznam techniků“ zadávací dokumentace stanovil zadavatel v souladu se zákonem.

K nepřiměřenosti poddodavatelského omezení

Relevantní ustanovení zákona

270. Podle § 105 odst. 2 zákona v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž, mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

271. V bodě 5.7.3 s názvem „Poddodavatelské omezení“ je uvedeno mj. následující:

„Zadavatel si dle § 105 odst. 2 ZZVZ vyhrazuje požadavek, že níže uvedené významné činnosti při plnění veřejné zakázky musí být plněny přímo vybraným dodavatelem vlastními prostředky (resp. všemi či některými z dodavatelů, kteří případně podali nabídku v rámci společné účasti):

- *geodetická měření včetně konvergenčního měření*

(…)

Tato vyhrazená část plnění představuje práce, které mají zásadní vliv pro plnění veřejné zakázky jako celku. Současně se jedná o práce, jejichž provedení je technologicky velmi náročné a které mohou zásadně ovlivnit celou Stavbu. Kvalita provedení těchto prací bude mít významný vliv na vnímání kvality celého díla veřejností. Zadavatel má z těchto důvodů zvýšený zájem na řádném a včasném plnění těchto částí předmětu veřejné zakázky. Z tohoto důvodu považuje zadavatel za nezbytné, aby byly tyto práce prováděny přímo vybraným dodavatelem odpovědným za realizaci předmětu plnění.“.

272. V námitkách k nepřiměřenosti poddodavatelského omezení u geodetického měření včetně konvergenčního měření navrhovatel uvádí především to, že *„Stěžovatel je přesvědčen, že Zadavatel postupoval v rozporu s hledisky podmiňujícími použití výhrady dle § 105 odst. 2 ZZVZ, neboť v případě geodetických měření včetně konvergenčních měření materiálně nejde o významné činnosti při plnění Veřejné zakázky. Geodetická měření včetně konvergenčního měření jsou pouze o rutinní a mechanickou činností s minimálním prostorem pro zásadní ovlivnění celé stavby, která v žádném případě neodůvodňuje výše uvedenou výhradu Zadavatele (Stěžovatel pouze doplňuje, že za významnou část Veřejné zakázky lze naopak považovat samotné vyhodnocování dat z monitoringu, kde mnohdy jakékoliv pochybění může mít velmi závažné důsledky).“*.

273. V rozhodnutí o námitkách zadavatel k námitce týkající se nepřiměřenosti poddodavatelského omezení u geodetického měření včetně konvergenčního měření mj. uvedl, že *„stanovil práce, které mají zásadní vliv pro plnění veřejné zakázky, jejichž provedení je technologicky velmi náročné a které mohou zásadně ovlivnit celou stavbu. S ohledem na účel a předmět veřejné zakázky je zřejmé, že hlavní a důležitou činností budou geodetická měření, extenzometrická a inklinometrická měření, i pasportizace. Podle názoru zadavatele se jedná o nejdůležitější činnosti v plnění veřejné zakázky a zadavatel je v souladu se ZZVZ považuje za významné činnosti, a proto je takto v zadávací dokumentaci označil.*

Zadavatel nerozumí tomu, proč by geodetické měření nemělo spadat pod významnou činnost, když takové měření je prakticky hlavní náplní činností veřejné zakázky. Geomonitoring se významně skládá právě z komplexu jednotlivých měření, proto pokud bychom měření považovali za nevýznamnou činnost, pak už fakticky nezbývá žádná činnost, která by za významnou mohla být označena.“.

Relevantní zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení

274. Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 22. 3. 2021, které bylo reakcí na výzvu Úřadu ke zdůvodnění šetřeného poddodavatelského omezení (viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí), uvedl, *„že tunely a stanice metra D v úseku Pankrác – Olbrachtova jsou raženy pomocí observační metody, tzn. že základní návrh ražeb je nutné upravovat v průběhu výstavby v reakci na skutečně zastižené geologické poměry a chování ovlivňovaných konstrukcí a objektů.“*. Dále zadavatel uvedl, že základním pilířem observační metody je konvergenční měření, kdy je nezbytně nutné vyhodnotit předpoklad chování primárního ostění se skutečností a geodetické sledování ovlivněných stávajících nadzemních a i podzemních objektů, resp. inženýrských sítí, které jsou v dosahu ovlivnění razícími pracemi. Z uvedeného důvodu má zadavatel za to, že nejde pouze rutinní mechanickou činnost s minimálním prostorem pro zásadní ovlivnění celé stavby.

275. Zadavatel dále uvedl, že geodetické práce mají zásadní vliv na kvalitu a bezpečnost celé stavby. Jejich významnou částí je dle zadavatele sledování vodorovných a svislých posunů objektů na povrchu a terénu, kdy související měření musí být kvůli souvztažnosti provedena ve státním souřadnicovém a výškovém systému. Ke sledování pohybů horninových vrstev se používá extenzometrů a inklinometrů, přičemž, aby jejich výsledky byly správně prostorově umístěny, musí být hlava těchto zařízení opakovaně přesně polohově a výškově zaměřena. V podzemí se dále provádí konvergenční měření, které sleduje deformace podzemního díla. Zadavatel následně konstatuje, že *„Vysoká přesnost těchto měření je nutná pro včasné zachycení nebezpečí případné havárie, mimořádné události, nebo případné destrukce povrchových objektů. Tyto výsledky jsou pro plnění předmětu veřejné zakázky nezbytné a lze je s odpovídající přesností zajistit pouze přesným geodetickým měřením.“*.

276. Dále zadavatel uvádí, že dle zákona č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, konkrétně dle § 3 písm. i) citovaného zákona, je ražba tunelů a stanic metra posuzována jako „činnost prováděná hornickým způsobem“ a projektovat takové práce smí pouze osoba s osvědčením odborné způsobilosti báňského projektanta. Báňský projektant je povinen zpracovat projektovou dokumentaci dle vyhlášky č. 55/1996 Sb., Českého báňského úřadu o požadavcích k zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu při činnosti prováděné hornickým způsobem v podzemí. Dle § 16a odst. 6 této vyhlášky musí organizace zajistit pravidelné vyhodnocování geomonitoringu s ohledem na případné dosažení varovných stavů a včasné použití stanovených opatření k bezpečnému provádění. Aby mohl být tento bod naplněn, musí dle zadavatele být prováděna velmi kvalitní geodetická měření v rámci geotechnického monitoringu. V případě, že by byla geodetická měření v rámci geotechnického monitoringu prováděna rutinně a s nízkou úrovní specializace, mohlo by dle zadavatele dojít k významnému ovlivnění plnění celé veřejné zakázky, případě k havárii raženého díla a ke ztrátám na životech.

277. Současně zadavatel poukazuje na to, že ražba tunelů bude dále mj. prováděna i pod provozovanými tunely metra trasy C, kde jakékoliv selhání může mít katastrofální následky, a proto dle zadavatele *„musí být geodetická měření prováděna s co největší vypovídající hodnotou o skutečném stavu tak, aby měl báňský projektant relevantní a nezpochybnitelné vstupní údaje o skutečném chování raženého díla a ovlivněných objektů.“*.

278. Dále zadavatel odkazuje na to, že výsledky zeměměřické činnosti musí vždy provádět, resp. ověřovat autorizovaný zeměměřický inženýr podle § 13 odst. 1 písm. a), b) a c) zákona 200/1994 Sb., o zeměměřictví, ve znění pozdějších předpisů. Dle zadavatele tak lze konstatovat, že sám stát považuje zeměměřickou činnost za tolik významnou, že její výsledky musí být ověřeny fyzickou osobou s příslušným úředním oprávněním pro takové ověřování, tj. osobou, která disponuje dostatečnou odbornou znalostí k dané činnosti.

279. K doložení významu, jaký je přikládán odborným znalostem a úrovni osob při realizaci geodetických měření, zadavatel odkazuje na Technické předpisy TP 237 – Geotechnický monitoring tunelů pozemních komunikací (dále jen „TP 237“), který v čl. 5.2.2 upravuje požadavky na odbornou úroveň personálu a zhotovitele monitoringu následovně:

   - *„Hlavní geotechnik monitoringu, vedoucí kanceláře monitoringu, hlavní manager monitoringu (osvědčení o autorizaci osob ČKAIT, ve smyslu zákona č. 360/1992 Sb., ve znění pozdějších předpisů, v oboru geotechnika).*
   - *Hlavní (odpovědný) geolog (osvědčení o odborné způsobilosti v oboru inženýrská geologie ve smyslu zákona č. 62/1988 Sb., ve znění pozdějších předpisů, v rozsahu § 2 odst. 2 písm. d) vyhlášky č. 206/2001 Sb. ve znění pozdějších předpisů).*
   - *Hlavní geodet (osvědčení hlavní důlní měřič dle požadavků vyhlášky ČBÚ Vyhl. ČBÚ č. 435/1992 Sb.) o důlně měřické dokumentaci při hornické činnosti a některých činnostech prováděných hornickým způsobem, ve znění pozdějších předpisů a oprávnění k provádění geodetických prací dle zákona č. 200/1994 Sb. o zeměměřictví, ve znění pozdějších předpisů, v rozsahu dle § 13, odst. 1, písm. c).“*

280. Dále zadavatel odkazuje na bod 3.2.6 TP 237, který dle zadavatele uvádí, že *„vysoká přesnost je žádoucí tam, kde velmi malé změny měřených hodnot mohou mít vážné důsledky pro bezpečnost sledovaného systému, nebo když je potřeba ve velmi krátkém časovém rozmezí zjišťovat trendy v chování sledovaného systému.“*.

281. Z výše uvedených důvodů tak zadavatel má za to, že geodetická měření mají zásadní vliv na plnění zakázky a mohou tedy ovlivnit celou stavbu. Provedení těchto prací je dle zadavatele technologicky velmi náročné a jakékoliv nekvalitní či nesprávné provedení těchto prací by mohlo mít zcela zásadní dopad nejen na řádnou realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, ale mohlo by způsobit havárii raženého díla a případně i ztráty na životech. Zadavatel je tak přesvědčen, že uvedené plnění nelze považovat za mechanickou či rutinní činnost, pro kterou je potřeba nízká úroveň specializace, jelikož případné nekvalitní provádění těchto prací by mělo na plnění veřejné zakázky dalekosáhlé destruktivní účinky.

Právní posouzení

282. Navrhovatel v této části návrhu napadá požadavek zadavatele týkající se toho, že „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ musí být plněna přímo vybraným dodavatelem

vlastními prostředky. Navrhovatel tvrdí, že se jedná o rutinní činnosti, které mají minimální prostor pro zásadní ovlivnění celé stavby.

283. K tomu Úřad nejprve obecně uvádí, že z ustanovení § 105 odst. 2 zákona jednoznačně vyplývá možnost zadavatele omezit plnění veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele ve vztahu k určeným významným činnostem. Dále Úřad upozorňuje, že významné činnosti nejsou zákonem nikterak definovány, naopak z ustanovení § 105 odst. 2 zákona vyplývá, že významné činnosti je oprávněn definovat zadavatel, a to s ohledem na specifika konkrétního předmětu plnění v konkrétním zadávacím řízení. Je tedy na zadavateli, aby tyto činnosti věcně, jasně a konkrétně vymezil.

284. Účelem poddodavatelského omezení podle § 105 odst. 2 zákona je získat zvýšenou kontrolu a dohled nad významnými částmi plnění veřejné zakázky. Pro použití § 105 odst. 2 zákona přitom musí být zadavatel schopen odůvodnit, proč je vyhrazená část plnění veřejné zakázky pro něj natolik důležitá, že toto omezení stanovil.

285. S ohledem na výše uvedené Úřad nejprve posoudil, zda zadavatel část předmětu plnění, kterou vyhradil z možnosti realizovat ji prostřednictvím poddodavatele, věcně, jasně a konkrétně vymezil.

286. K věcnému vymezení části předmětu plnění, která je vyloučena z poddodavatelského plnění, Úřad uvádí, že zadavatel v bodě 5.7.3 zadávací dokumentace stanovil činnosti, které musí být plněny přímo vybraným dodavatelem, přičemž mezi nimi jsou uvedena i „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ (viz bod 271. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z citovaného bodu zadávací dokumentace rovněž jasně vyplývá, že zadavatelem určené činnosti jsou vyloučeny z poddodavatelského plnění a vybraný dodavatel je povinen tyto činnosti zajistit vlastními kapacitami. S ohledem na výše uvedené má Úřad za prokázané, že zadavatel věcně, jasně a konkrétně vymezil část plnění veřejné zakázky, která nesmí být realizována poddodavatelem. S ohledem na skutečnost, že navrhovatel napadá především to, že zadavatel dostatečně nezdůvodnil, proč „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ musí být vyjmuta z možnosti dodavatele delegovat tuto činnost na poddodavatele, přičemž navrhovatel „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ považuje za zcela běžnou a rutinní činnost, vyzval Úřad zadavatele k objasnění této otázky (viz bod 87. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

287. Zadavatel Úřadu sdělil, že základním pilířem observační metody (která je dle zadavatele použita při ražbě tunelů a stanic metra v šetřeném případě) je podrobné geodetické sledování samotných výrubů ražeb (tzv. konvergenční měření), kdy je nezbytně nutné vyhodnotit předpoklad chování primárního ostění se skutečností a geodetické sledování ovlivněných nadzemních a i podzemních stávajících objektů, resp. inženýrských sítí, které jsou v dosahu ovlivnění razícími pracemi. Vysoká přesnost konvergenčního měření je dle zadavatele nutná především pro včasné zachycení nebezpečí případné havárie, mimořádné události, nebo případné destrukce povrchových objektů, přičemž výsledky těchto měření lze zajistit pouze přesným geodetickým měřením. V rámci vyhodnocení dat geotechnického monitoringu (získaných na základě rutinních měření s nízkou úrovní specializace) by mohlo dle zadavatele dojít v nejhorším případě k havárii raženého díla a ke ztrátám na životech. K tomu zadavatel dodává, že ražba tunelů bude probíhat i pod současně provozovaným metrem trasy C, přičemž jakékoliv selhání může mít katastrofální následky. Proto musí být dle zadavatele geodetická

měření prováděna s co největší vypovídající hodnotou o skutečném stavu tak, aby měl báňský projektant relevantní a nezpochybnitelné vstupní údaje o skutečném chování raženého díla a ovlivněných objektů.

288. Dále zadavatel poukazuje na zákonem požadovanou odbornost při výkonu geodetické činnosti, přičemž uvádí, že výsledky zeměměřické činnosti musí vždy provádět, resp. ověřovat autorizovaný zeměměřický inženýr podle § 13 odst. 1 písm. a), b) a c) zákona 200/1994 Sb., o zeměměřictví, ve znění pozdějších předpisů. K doložení významu, jaký je přikládán odborným znalostem a úrovni osob při realizaci geodetických měření zadavatel taktéž odkazuje, na TP 237, který v čl. 5.2.2 upravuje požadavky na odbornou úroveň personálu a zhotovitele monitoringu, kde je mj. požadavek na „hlavního geodeta“.

289. Závěrem pak zadavatel uvádí, že provedení geodetického měření je technologicky velmi náročné a jakékoliv nekvalitní či nesprávné provedení těchto prací by mohlo mít zcela zásadní dopad nejen na řádnou realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, ale mohlo by způsobit havárii raženého díla a případně i ztráty na životech.

290. Z vyjádření zadavatele tedy vyplývá, že „geodetická měření včetně konvergenčního měření“ považuje za významné činnosti zejména proto, že mají zásadní vliv na řádnou realizaci předmětu plnění veřejné zakázky, neboť jejich prostřednictvím má být zajištěno, aby nedošlo k havárii raženého díla či poškození povrchových objektů; je tedy nezbytné zajistit vysokou přesnost těchto měření. Úřad konstatuje, že toto zdůvodnění zadavatele považuje za relevantní, neboť je logické, že bez správně a přesně provedeného měření nelze dojít ke správným výsledkům v rámci prováděného monitoringu, který je klíčový pro realizaci související stavby úseku metra.

291. Úřad dodává, že geodetická měření jsou z podstaty věci základní součástí procesu geotechnického monitoringu (tedy bez provedení měření by nebylo možno komplexní geotechnický monitoring provést), proto lze dle Úřadu předpokládat, že dodavatelé působící v dané oblasti budou bez problémů schopni taková měření vlastními silami provést, a nelze tedy předpokládat, že by předmětný požadavek měl potenciál způsobilé dodavatele jakkoli diskriminovat.

292. K námitce navrhovatele, že se zadavatel v rozhodnutí o námitkách nevypořádal s podstatou jeho námitky, Úřad uvádí, že navrhovatelova námitka navrhovatele spočívala především v tom, že dle jeho názoru geodetická měření včetně konvergenčního měření jsou pouze rutinní a mechanickou činností s minimálním prostorem pro zásadní ovlivnění celé stavby (viz bod 272. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z pohledu vypořádání uvedené námitky má Úřad za to, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách předložil navrhovateli k této námitce svůj zcela jasný a konkrétní názor, když uvedl, že dle jeho názoru se jedná o technologicky velmi náročné činnosti, které mohou zásadně ovlivnit celou stavbu, přičemž dále dodal, že toto měření je prakticky hlavní náplní činností veřejné zakázky (viz bod 273. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tak má za prokázané, že se zadavatel s uvedenou námitkou navrhovatele vypořádal dostatečně, přičemž upozorňuje na to, že situace, kdy navrhovatel s obsahem rozhodnutí o námitkách věcně nesouhlasí, neznamená, že tyto námitky nebyly řádně vypořádány.

293. S ohledem na výše uvedené skutečnosti má Úřad za prokázané, že zadavatel tím, že v bodě 5.7.3 zadávací dokumentace ve vztahu ke geodetickým měřením včetně konvergenčních

měření stanovil, že tyto činnosti musí plněny přímo vybraným dodavatelem, nepostupoval v rozporu se zákonem.

Ke stanovení požadavku na výkon soudně znalecké činnosti

Relevantní ustanovení zákona

294. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

295. Podle § 77 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel předložil doklad, že je oprávněn podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, pokud jiné právní předpisy takové oprávnění vyžadují.

296. Podle § 77 odst. 2 písm. c) zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel předložil doklad, že je odborně způsobilý nebo disponuje osobou, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky odborná způsobilost jinými právními předpisy vyžadována.

297. Podle § 167 odst. 1 zákona zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky může stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté; ustanovení § 76 a § 81 až 88 se použijí obdobně. Zadavatel však nesmí zejména

a) stanovit některým dodavatelům podmínky, které nejsou stanoveny jiným dodavatelům, nebo

b) požadovat doklady, zkoušky nebo jiné údaje bez vážného důvodu opakovaně.

Relevantní ustanovení jiných právních předpisů

298. Dle § 2 odst. 1 zákona č. 254/2019 Sb., o znalcích, znaleckých kancelářích a znaleckých ústavech (dále jen „zákon o znalcích“) k výkonu znalecké činnosti jsou oprávněni znalci, znalecké kanceláře a znalecké ústavy.

299. Dle § 2 odst. 2 zákona o znalcích znalec může vykonávat znaleckou činnost samostatně, nebo jako zaměstnanec, společník nebo člen znalecké kanceláře. Je-li znalec v pracovněprávním nebo obdobném vztahu ke znaleckému ústavu, může vykonávat znaleckou činnost rovněž samostatně, nebo jako zaměstnanec, společník nebo člen znalecké kanceláře.

300. Dle § 6 odst. 1 zákona o znalcích znaleckou kanceláří může být obchodní korporace, která

a) bude vykonávat znaleckou činnost prostřednictvím alespoň 2 znalců oprávněných k výkonu znalecké činnosti ve stejném oboru a odvětví a případně specializaci, pro které si podala žádost o zápis do seznamu znalců,

b) má vypracována pravidla pracovních postupů zajišťujících řádný výkon znalecké činnosti,

c) má odpovídající materiálně technické zázemí, přístrojové vybavení a personální zázemí, které dává záruku řádného výkonu znalecké činnosti,

d) je bezúhonná,

e) není na základě pravomocného rozhodnutí soudu v úpadku,

f) má kontaktní adresu na území České republiky v případě, že nemá sídlo v České republice, a

g) nebyla v posledních 3 letech před podáním žádosti o zápis potrestána pokutou ve výši nejméně 100000 Kč za přestupek podle § 39 odst. 1 písm. a) až c), e) až l), pokutou ve výši nejméně 100000 Kč za přestupek podle § 40 odst. 1 písm. a) až g), ani pokutou ve výši nejméně 100000 Kč za přestupek podle § 41 odst. 1 písm. a) až d), nebo které v posledních 5 letech před podáním žádosti o zápis nebylo zrušeno oprávnění vykonávat znaleckou činnost podle § 14 odst. 1 písm. e).

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

301. V bodě 5.4 s názvem „Profesní způsobilost“ zadávací dokumentace je mj. uvedeno následující:

„Dodavatel prokazuje splnění profesní způsobilosti ve vztahu k České republice:

(…)

b) předložením dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu této veřejné zakázky (§ 77 odst. 2 písm. a) ZZVZ), zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění, licenci či jiné oprávnění k výkonu následujících činností:

- *(…)*
- *Výkon soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví“.*

302. V bodě 5.7.3 s názvem „Poddodavatelské omezení“ zadávací dokumentace je mj. uvedeno následující:

„S odkazem na ust. § 83 odst. 1 ZZVZ zadavatel upozorňuje, že stanovené poddodavatelské omezení současně brání tomu, aby byla prostřednictvím poddodavatelů prokazována ta část kvalifikace, která věcně odpovídá vyhrazenému plnění. Z tohoto důvodu zadavatel níže označuje ty kvalifikační požadavky, které dle jeho názoru materiálně (tj. v rozsahu, který zadavatel považuje za významný pro posouzení kvalifikace) odpovídají výše uvedenému vyhrazenému plnění:

i. požadavky na profesní způsobilost:

- *výkon zeměměřických činností,*
- *projektová činnost ve výstavbě,*
- *doklad o autorizaci jako autorizovaný inženýr nebo technik dle AutZ, minimálně v následujících oborech: statika a dynamika staveb a geotechnika“.*

303. V námitkách ke stanovení požadavku na výkon soudně znalecké činnosti navrhovatel mj. uvedl následující:

„Pokud měl zadavatel v úmyslu stanovit požadavek na oprávnění k výkonu znalecké činnosti v oboru stavebnictví, měl tak učinit správně a transparentně v rámci požadavku dle bodu 5.4. písm. c) zadávací dokumentace (§ 77 odst. 2 písm. c) ZZVZ) na prokázání odborné způsobilosti dodavatele samotného (z logiky věci vyloučeno u právnických osob), resp. na to, že dodavatel disponuje osobou, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zajišťuje, přičemž měl zároveň uvést konkrétní doklad, který požaduje předložit. Takovýmto dokladem rozhodně nemůže být oprávnění k výkonu soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví, neboť

- české právní předpisy znají pouze znaleckou činnost ve smyslu zákona č. 254/2019 Sb., o znalcích, znaleckých kancelářích a znaleckých ústavech (není tedy zřejmé, co by Zadavatel myslel soudně znaleckou činností, tj. zda ji má vykonávat soudem jmenovaný znalec, či zda postačí, aby daný znalec mohl vyhotovit důkazně použitelný znalecký posudek),

- z takovéhoto vymezení není ani zřejmé, zda zadavatel požaduje např. předložit konkrétní rozhodnutí o jmenování znalce, nebo mu bude postačovat výpis ze Evidence znalců a tlumočníků vedené Ministerstvem spravedlnosti ČR."

Relevantní zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení

304. Žádostí č. j. ÚOHS-20160/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 požádal Úřad Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR o odborné stanovisko spočívající ve zodpovězení otázky, na základě jakého oprávnění je oprávněna podnikat 1) fyzická osoba a 2) právnická osoba – obchodní společnost v oboru činnosti „soudně znalecká činnost v oboru stavebnictví", a co je případným dokladem, který oprávnění podnikat v oboru výše uvedené činnosti u fyzické osoby a právnické osoby – obchodní společnosti, prokazuje. Odpověď Ministerstva průmyslu a obchodu ČR Úřad obdržel dne 9. 7. 2020, přičemž v odpovědi je uvedeno, že *„Činnost znalců je podle § 3 odst. 2 písm. d) zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů, vyloučena z režimu živnostenského zákona, a nejedná se tedy o činnost, která je živností, tudíž ji nelze vykonávat v rámci žádné živnosti. Podmínky pro jmenování soudním znalcem upravuje zákon č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících, ve znění pozdějších předpisů, který je v gesci Ministerstva spravedlnosti."*.

305. Žádostí č. j. ÚOHS-21409/2020/511/JNv ze dne 15. 7. 2020 požádal Úřad o odborné stanovisko spočívající ve zodpovězení otázky uvedené v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí Ministerstvo spravedlnosti ČR. Odpověď Ministerstva spravedlnosti ČR Úřad obdržel dne 17. 7. 2020.

K otázce č. 1 Ministerstvo spravedlnosti ČR uvedlo následující:

„Činnost soudních znalců je upravena zákonem č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících.

Znalecká činnost je vyloučena z režimu živnostenského zákona [viz § 3 odst. 2 písm. d) zákona č. 455/1991 Sb., živnostenský zákon] a za současného právního stavu není zcela jednoznačný ani náhled na charakter znalecké činnosti z hlediska podnikání:

Primárním úkolem znalců je výkon znalecké činnosti pro potřeby soudů a jiných orgánů veřejné moci. Podle platného zákona o znalcích a tlumočnících neexistuje na jmenování znalcem právní nárok ani po splnění zákonem stanovených podmínek. Žadatelé jsou jmenováni znalcem v jednotlivých oborech s přihlédnutím k jejich aktuálnímu počtu a potřebám orgánů veřejné moci. Vedle veřejnoprávních aspektů nicméně existují i soukromoprávní aspekty znalecké činnosti. Znalci jsou oprávněni vykonávat znaleckou činnost také v souvislosti s právními úkony fyzických a právnických osob a v této komerční oblasti jejich činnost znaky podnikání naplňuje.

Podle nyní platného zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících (dále také jen „ZZT") jsou znaleckou činnost oprávněni vykonávat:

• znalci - fyzické osoby, kteří byli jmenováni ministrem spravedlnosti nebo předsedou příslušného krajského soudu (§ 3 odst. 1 ZZT) a složili slib (§ 6 ZZT); a

• znalecké ústavy - právnické osoby specializované na znaleckou činnost, o jejichž zápisu do seznamu znaleckých ústavů rozhodlo Ministerstvo spravedlnosti (§ 21 odst. 1 a 2 ZZT).

Oprávnění vykonávat činnost soudního znalce vzniká zápisem do seznamu znalců (§ 7 ZZT), respektive zápisem do seznamu znaleckých ústavů (§ 21 ZZT). Oba seznamy jsou veřejně přístupné na stránkách www.justice.cz (záložka E-služby a infoservis; Profesní seznamy; seznam znalců; seznam znaleckých ústavů).

Ze shora uvedených seznamů vyplývá, že pro obor stavebnictví je aktuálně v seznamech zapsáno 1300 znalců - fyzických osob a 39 znaleckých ústavů.

Je nutné zdůraznit, že skutečný rozsah znaleckého oprávnění konkrétního znalce nikdy nezahrnuje celý obor stavebnictví, ale je vždy omezen na některé z povinně zvolených odvětví (inženýrské stavby; stavební materiál; stavby dopravní; stavby důlní a těžební; stavby energetických zařízení; stavby obytné; stavby průmyslové; stavby vodní; stavby zemědělské; stavební odvětví různá) a případně ještě zúžen zvolenou specializací v rámci daného odvětví. Obdobně u znaleckých ústavů je vždy specifikován rozsah znaleckého oprávnění v rámci daného oboru. Překročí-li znalec/znalecký ústav při výkonu znalecké činnosti rozsah svého znaleckého oprávnění, dopustí se přestupku podle § 25a resp. § 25b ZZT.“

K otázce č. 2 Ministerstva spravedlnosti ČR uvedlo následující:

„Oprávnění k výkonu znalecké činnosti lze prokázat výpisem ze seznamu znalců, resp. výpisem ze seznamu znaleckých ústavů. Seznamy na shora uvedených webových stránkách však neumožňují vystavení elektronicky ověřených výpisů; výpisy v papírové podobě na žádost vydávají příslušné krajské soudy, případně Ministerstvo spravedlnosti.

Spolu s výpisem lze rovněž předložit také rozhodnutí o jmenování znalcem, resp. rozhodnutí o zápisu do seznamu znaleckých ústavů. V případě některých znaleckých ústavů zapsaných ve II. oddílu znaleckých ústavů (§ 21 odst. 3 ZZK) ovšem nemusí být příslušné rozhodnutí vzhledem k historickým okolnostem zápisu v současné době k dispozici.“

K otázce č. 3 Ministerstva spravedlnosti ČR nejprve cituje § 4 zákona č. 36/1967 Sb., o znalcích a tlumočnících (dále jen „ZZT“). Následně uvádí, že *„Potřebné znalosti a zkušenosti, požadované podle § 4 odst. 1 písm. e) ZZT, jsou v současné době pro jednotlivé obory specifikovány v Instrukci č. 8/2017 Ministerstva spravedlnosti ze dne 23. 11. 2017, č. j. 26/2017-OJD-ORG/32, o správním řízení ve věcech znalců a tlumočníků a o některých dalších otázkách.“*. Následně Ministerstvo spravedlnosti ČR konkrétně odkazuje na přílohu č. 10 k výše citované instrukci. Dále Ministerstvo spravedlnosti ČR uvádí, že *„Podmínky pro zápis právnických osob do seznamu znaleckých ústavů jsou stanoveny rozdílně pro znalecké ústavy soukromoprávní, které se zapisují do prvního oddílu seznamu, a pro znalecké ústavy převážně veřejnoprávního typu, které se zapisují do druhého oddílu seznamu.“*, přičemž dále odkazuje na § 21b ZZT a 21 odst. 3 a 4.

Právní posouzení

306. Navrhovatel v této části návrhu napadá to, že zadavatel stanovil dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona požadavek na předložení dokladu o oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví, přičemž dle navrhovatele žádné takové oprávnění k podnikání neexistuje a dodavatelé tak neměli možnost takto formulovaný požadavek zadavatele splnit. Současně dle navrhovatele podřazení daného požadavku pod § 77 odst. 2 písm. a) zákona

znamená, že se řádně mohou zadávacího řízení účastnit pouze dodavatelé, kteří jsou buďto sami fyzické osoby – znalci nebo se s těmito osobami účastní zadávacího řízení společně (ať již v rámci sdružení či jako poddodavatel), tj. dle navrhovatele se zadávacího řízení nemohou účastnit dodavatelé, kteří mají znalce jako zaměstnance. Dle navrhovatele pokud měl zadavatel v úmyslu stanovit požadavek na oprávnění k výkonu soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví, měl tak učinit dle § 77 odst. 2 písm. c) zákona.

307. V souvislosti s námitkou, podle níž nelze splnit požadavek stanovený v bodě 5.4 zadávací dokumentace, který spočívá v předložení oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví, Úřad požádal o odborná stanoviska Ministerstvo průmyslu a obchodu ČR a Ministerstvo spravedlnosti ČR (viz body 304. a 305. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z doručených odpovědí vyplývá, že výkon soudně znalecké činnosti je vyloučen z režimu živnostenského zákona, avšak i přesto znalecká činnosti může být vykonávána v komerční oblasti, kde znaky podnikání naplňuje. Dále z odpovědi Ministerstva spravedlnosti ČR vyplývá, že oprávnění k výkonu soudně znalecké činnosti lze prokázat výpisem ze seznamu znalců, resp. výpisem ze seznamu znaleckých ústavů. Spolu s výpisem lze předložit také rozhodnutí o jmenování znalcem, resp. rozhodnutí o zápisu do seznamu znaleckých ústavů (viz body 304. a 305. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle Úřadu z uvedených odpovědí lze jednoznačně identifikovat doklady prokazující oprávnění k výkonu soudně znalecké činnosti; těmito doklady jsou výpis ze seznamu znalců nebo rozhodnutí o jmenování znalcem (včetně odpovídajících alternativ pro znalecké ústavy). Přestože tedy soudně znalecká činnost není podnikáním ve smyslu živnostenského zákona, ze sdělení dotázaných subjektů jasně plyne, že pokud je tato činnost vykonávána v komerční sféře, znaky podnikání naplňuje; k prokázání oprávnění k jejímu výkonu přitom slouží jasně stanovené doklady.

308. Úřad dodává, že z dokumentace o zadávacím řízení plyne, že to, že oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti lze prokázat výpisem ze seznamu znalců, případně rozhodnutím o jmenování znalcem (resp. obdobně u znaleckého ústavu), navrhovatel věděl, neboť v námitkách na tyto možnosti sám odkazoval (viz bod 303. odůvodnění tohoto rozhodnutí). To, že navrhovatel pouze nevěděl, zda je nutné jako doklad předložit rozhodnutí o jmenování znalcem, nebo stačí výpis ze seznamu znalců, dle Úřadu neznamená, že zadávací podmínka je nezákonná. V podobných případech je nutno přistupovat k danému problému s určitou mírou racionality. K tomu Úřad dále odkazuje na závěry učiněné předsedou Úřadu v rozhodnutí č. j. ÚOHS-05155/2021/163/VVá ze dne 18. 3. 2021, který uvádí, že *„Na tomto místě je možné uvést, že tvorba zadávacích podmínek není jednoduchým úkolem a nelze požadovat po zadavateli, aby zadávací podmínky byly zcela bezchybné a dokonalé. K zadávacím podmínkám a jejich znění je proto potřeba přistupovat s určitou mírou racionality a s touto racionalitou je i vykládat. S takovou optikou mají na zadávací podmínky nahlížet dodavatelé a nahlíží a bude tak na ně nahlížet i Úřad a předseda Úřadu. Pokud se navíc jedná o námitku, která mohla být efektivně vypořádána v průběhu zadávacího řízení požadavkem na vysvětlení zadávací dokumentace a zcela jistě se nejedná o zadávací podmínku, která je způsobilá dodavatele zmást, nelze očekávat, že výsledkem řízení u Úřadu bude uložení nápravného opatření reagující na takovou zadávací podmínku zrušením zadávacího řízení. Smyslem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je mimo jiné přezkoumání zadávacích podmínek stanovených zadavatelem, a proto navrhovateli není a nemůže být upíráno se na Úřad s návrhem proti jakékoliv zadávací podmínce obrátit. Je však třeba tento smysl hledat v posouzení skutečně problematických zadávacích podmínek, nikoliv primárně takových, které*

lze překlenout výkladem, vysvětlením či jen kombinací snahy o pochopení, odborných a praktických znalostí a racionality.“. S ohledem na citované závěry předsedy Úřadu má Úřad za to, že pakliže si navrhovatel nebyl jistý, jakým dokladem má být prokázáno oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti, a nedokázal sám tento problém s ohledem na své odborné a praktické znalosti překlenout, měl primárně využít institutu vysvětlení zadávací dokumentace a doptat se zadavatele.

309. K tomu, že navrhovatel zpochybňuje zařazení daného kvalifikačního kritéria pod § 77 odst. 2 písm. a) zákona, neboť na základě takto zvolené systematiky dané kvalifikační kritérium mohou dle navrhovatele splnit pouze fyzické osoby, přičemž navrhovatel z uvedeného nesprávného zařazení daného kvalifikačního kritéria dovozuje v konečném důsledku diskriminaci dodavatelů, kteří mají znalce jako svého zaměstnance, Úřad nejprve uvádí, že ze zákona o znalcích vyplývá, že k výkonu znalecké činnosti jsou oprávněni znalci, znalecké kanceláře a znalecké ústavy. Dále ze zákona o znalcích vyplývá to, že znalec může vykonávat znaleckou činnost buď samostatně nebo jako zaměstnanec, společník nebo člen znalecké kanceláře. Z uvedeného tedy vyplývá, že pakliže by znalec chtěl vykonávat znaleckou činnost jako zaměstnanec, musel by tak činit z pozice zaměstnance znalecké kanceláře.

310. Úřad dále uvádí, že navrhovatel k osobě znalce tvrdí především to, že jsou diskriminováni dodavatelé, kteří mají jako svého zaměstnance osobu znalce. Úřad k uvedenému konstatuje, že pakliže navrhovatel měl svou námitkou na mysli to, že znalec může vykonávat svou činnost jako zaměstnanec jakéhokoliv dodavatele (nejen znalecké kanceláře), tak k tomu Úřad odkazuje na znění zákona o znalcích, ze kterého jednoznačně vyplývá, že znalec nemůže jako zaměstnanec provozovat znaleckou činnost u jakéhokoliv zaměstnavatele, ale pouze v rámci zaměstnání v znalecké kanceláři či znaleckém ústavu. Jinými slovy jednalo by se pouze o takové dodavatele, kteří jsou znaleckou kanceláří ve smyslu § 6 zákona o znalcích. Úřad má současně za to, že tato námitka navrhovatele je ve své podstatě irelevantní, neboť pakliže by existoval dodavatel, který by byl mj. i znaleckou kanceláří, a tedy zaměstnával své znalce, mohl by přímo i tento dodavatel (znalecká kancelář) sám a vlastním jménem provozovat znaleckou činnost [tj. nepotřeboval by to činit jménem zaměstnaného znalce; a to i s ohledem ustanovení § 6 odst. 1 a) zákona o znalcích, dle kterého znaleckou kanceláří může být pouze obchodní korporace, která bude vykonávat znaleckou činnost prostřednictvím alespoň 2 znalců oprávněných k výkonu znalecké činnosti ve stejném oboru a odvětví a případně specializaci, pro které si podala žádost o zápis do seznamu znalců].

311. Úřad k této námitce uzavírá, že dodavatelé, kteří mají znalce jako svého zaměstnance, nemohou být předmětným požadavkem zadavatele diskriminováni, neboť tito dodavatelé by museli být znaleckou kanceláří a mohli by tak znaleckou činnost provozovat i samostatně vlastním jménem a nikoliv prostřednictvím svého zaměstnance.

312. Úřad dále dodává, že zadavatel nevyloučil, že by dodavatelé nemohli prokazovat oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví prostřednictvím poddodavatele, tedy ani fakt, že soudně znaleckou činnost vykonávají převážně fyzické osoby, nebrání dodavatelům v účasti v zadávacím řízení, neboť dodavatel může daný požadavek splnit prostřednictvím poddodavatele.

313. Úřad tak k této části návrhu uzavírá, že požadavek zadavatele na předložení oprávnění k podnikání pro výkon soudně znalecké činnosti v oboru stavebnictví není stanoven v rozporu se zásadou transparentnosti.

Ke stanovení požadavku na použití systému TerraSAR-X

Relevantní ustanovení zákona

314. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

315. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

316. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

317. Podle § 89 odst. 1 zákona jsou technické podmínky požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky, které zadavatel stanoví prostřednictvím

a) parametrů vyjadřujících požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny,

b) odkazu na normy nebo technické dokumenty, nebo

c) odkazu na štítky.

318. Podle § 89 odst. 5 zákona není-li to odůvodněno předmětem veřejné zakázky, zadavatel nesmí zvýhodnit nebo znevýhodnit určité dodavatele nebo výrobky tím, že technické podmínky stanoví prostřednictvím přímého nebo nepřímého odkazu na

a) určité dodavatele nebo výrobky, nebo

b) patenty na vynálezy, užitné vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu.

319. Podle § 89 odst. 6 zákona odkaz podle odstavce 5 písm. a) může zadavatel použít, pokud stanovení technických podmínek podle odstavce 1 nemůže být dostatečně přesné nebo srozumitelné. U každého takového odkazu zadavatel uvede možnost nabídnout rovnocenné řešení.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

320. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“ zadávací dokumentace zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: *„Předmětem plnění veřejné zakázky jsou práce a činnosti spojené s provedením geotechnického monitoringu raženého díla při realizaci stavby: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ (dále jen „Stavba“) a dále pak pasportizace stavu budov, sítí a objektů se Stavbou souvisejících.“*.

321. V „Projektové dokumentaci“, která tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace v dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6. 3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ zadavatel uvedl: *„Předpokládá se využití radarových*

snímků TerraSAR-X. Jedná se o družici umožňující pořízení radarových dat s prostorovým rozlišením až 1m, minimální velikost záběru 5×10km, rozlišení podle velikosti záběru 1, 3 nebo 16m, perioda opakování přeletu je 11 dní. Archivní snímky jsou k dispozici přibližně od r.2010.“.

322. V „Projektové dokumentaci“, která tvoří přílohu č. 5 zadávací dokumentace v dokumentu „Soupis prací“ pro monitoring v pol. č. 86 zadavatel uvedl: *„Dle kapitoly 6.3 Technické zprávy části A. Monitoring stávajících objektů Obsahuje náklady na pořízení aktuálních radarových snímků TerraSAR-X v průběhu stavby.“*.

Relevantní zjištění Úřadu získaná na základě vlastní činnosti v průběhu správního řízení

323. Na základě usnesení č. j. ÚOHS-20201/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 obdržel Úřad od zadavatele dne 10. 7. 2020 vyjádření z téhož dne. Ve svém vyjádření se zadavatel mj. vyjadřuje k důvodům využití radarových snímků družice TerraSAR-X.

324. Zadavatel úvodem svého vyjádření k důvodům využití družicových snímků popisuje význam radarové interferometrie v procesu realizace veřejné zakázky. Zadavatel dále uvádí, že parametry radarové interferometrie stanovil projektant tak, aby získal hodnoty, které budou zajišťovat využitelnost výstupů. Projektant dle zadavatele dále zpracoval MKA, kterou zadavatel přiložil ke svému vyjádření, a která měla stanovit, jaký systém radarové interferometrie bude pro realizaci veřejné zakázky nejvhodnější. Z MKA dle zadavatele vyplynulo, že nejvhodnějším systémem pro sledování zájmového území bude systém TerraSAR-X. Dle zadavatele ostatní systémy mají horší interpretační výstupy nebo je nebude možné využít vůbec. Systém TerraSAR-X se dle zadavatele nevyznačuje několika konkrétními parametry, které by se daly označit za nezbytné, ale jeho volba závisí na kombinaci parametrů (tj. akviziční mód, prostorové rozlišení, vlnová délka, frekvence snímání, časové pokrytí ZÚ, prostorové pokrytí ZÚ, úhel snímání, počet snímků v rámci časové řady, disponibilita archivních snímků), a proto byl v zadávací dokumentaci přímo uveden požadavek na dodání a vyhodnocení snímků ze systému TerraSAR-X. Z MKA dle zadavatele vyplynulo, že systém TerraSAR-X oproti všem ostatním variantám nabízí nejoptimálnější incidenční úhel. Dále archivní data jsou z technického hlediska nejvhodnější pro kombinaci retrospektivního a návazného mapování. Tzn., že z hlediska kontinuity sledování vychází jako nejvhodnější pokračování v používání snímků ze systému TerraSAR-X i pro fázi realizační. Pokud by se v realizační fázi přešlo na jiný systém radarové interferometrie, znamenalo by to dle zadavatele roční výpadek výstupů.

325. Důvody uvedené výše jsou dle zadavatele rovněž důvody, proč nebyla specifikace radarových snímků stanovena tak, aby bylo možné využít radarové snímky jiných družic nežli TerraSAR-X. Dle zadavatele je systémů radarové interferometrie více, ovšem umožnit volnost výběru systému jednotlivým účastníkům by znamenala nejednoznačné zadání a tím pádem rozpor s § 36 odst. 3 zákona. Zadavatel uvádí, že by nemohl obdržet rovnocenné a porovnatelné nabídky, zejména pokud jiné systémy, přestože jsou méně vhodné, nabízejí snímky bezplatně. V případě radarové interferometrie neexistuje rovnocennost, neboť každý systém je specifický. Pokud by byla v zadávací dokumentaci uvedena specifikace požadovaných radarových snímků, požadované parametry by zjevně splnil pouze systém TerraSAR-X, proto byl v zadávacích podmínkách rovnou předepsán tento systém. Zadavatel k tomu uzavírá, že poskytovatel dat pro tento systém nabízí snímky za ceníkové ceny a dodavatelé mohli svoje

konkurenční výhody uplatňovat v položkách obsahujících zpracování a vyhodnocení dat radarové interferometrie.

326. V MKA je uvedena následující tabulka dostupných družic a jejich parametrů:

Senzor / Konstelace	Operační doba	Akviziční mód	Frekvence. snímání (dnů)	Prostorové rozlišení (m)	Vlnová délka (band)	Vlnová délka (cm)
ALOS-2 Palsar (A2P)	2014-dosud	SpotLight	14	1x3	L	22,90
	2014-dosud	Ultra Fine	14	3	L	22,90
	2014-dosud	High Sensitive	14	6	L	22,90
	2014-dosud	Fine	14	10	L	22,90
RADARSAT-2 (R2)	2008-dosud	Spotlight A	24	1	C	5,55
	2008-dosud	Ultra-Fine	24	3	C	5,55
	2008-dosud	Wide Ultra-Fine	24	3 (2,8x1,6až3,3)	C	5,55
	2008-dosud	Extra Fine	24	5	C	6,55
	2008-dosud	Multi-Look Fine	24	4,6až7,6x3,1až10,4	C	5,55
	2008-dosud	Wide Multi-Look Fine	24	4,6až7,6x3,1až10,4	C	5,55
	2008-dosud	Fine	24	11až9x9	C	5,55
	2008-dosud	Fine Quad-Po	24	11až9x9	C	5,55
	2008-dosud	Extended High	24	28x20	C	5,55
	2008-dosud	Standard Quad-Pol	24	28x25	C	5,55
	2008-dosud	Standard	24	28x25	C	5,55
	2008-dosud	Wide	24	28x25	C	5,55
	2008-dosud	Extended Low	24	28x40	C	5,55
Sentinel-1A a 1B (S-1)	2014-dosud	IWS	12 (6)	20x5	C	5,55
TerraSAR-X / TanDEM-X / PAZ (TSX)	2007-dosud	Staring SpotLight	11	0,24x0,85(až1,77)	X	3,10
	2007-dosud	High Res. SpotLight	11	1x1	X	3,10
	2007-dosud	SpotLight	11	1x2	X	3,10
	2007-dosud	Stripmap	11	3x3	X	3,10
COSMO-SkyMed-1 až 4 (CSM)	2007-dosud	SpotLight	16 (1)	1x1	X	3,12
	2007-dosud	SpotLight-2	16 (1)	1x1	X	3,12
	2007-dosud	StripMap-Himage	16 (1)	3x3až5x5	X	3,12
	2007-dosud	StripMap-PingPong	16 (1)	15x15	X	3,12

327. V MKA je k družici ALOS-2 PALSAR a Radarsat-2 uvedeno, že *„Incidenční úhly v rámci předdefinovaných dlaždic snímání z orbitálních drah jsou vyšší než u dalších variant. Data z A2P nelze použít pro retrospektivní mapování a z technického hlediska jsou méně vhodná pro návazné mapování než data z jiných senzorů.“* a *„V návazném mapování by šlo navázat na interferometrický stack z dráhy 323, ale incidenční úhel 35.2 stupňů je méně vhodný pro sledování sedavých pohybů ve vertikální rovině, než nižší úhly ve scénách z družic TSX a CSM. Data z R-2 nelze použít pro retrospektivní mapování a z technického hlediska jsou méně vhodná pro návazné mapování než data z jiných senzorů.“*

328. V MKA je k družici COSMO-SkyMed uvedeno, že *„V archivu jsou k dispozici data družice CSM v módu StripMap. V porovnání s TSX ale nabízí navzdory občasné vysoké frekvenci pořizování horší časové pokrytí, navíc mají méně optimální incidenční úhel a azimut, které vedou k vyššímu podílu ploch zakrytých radarovým stínem.*

(…)

Ve srovnání s TSX má CSM horší časové pokrytí retrospektivní, ale pro návazné mapování může nabídnout vyšší frekvenci pořizování (i v případě, že by TSX začal komerčně pořizovat v tandemu s PAZ). Vzhledem k delším základnám lze očekávat vyšší šum a nižší přesnost určení výšky odražeče v porovnání s TSX. Dále má CSM méně vhodnou geometrii snímání než TSX vzhledem ke směru dráhy, horšímu incidenčnímu úhlu a topologii budov v ZU.“.

329. V MKA je k módu IWS, který je jediným módem družice Sentinel-1A a 1B (S-1), uvedeno mezi nevýhodami tohoto módu:

- *„Nižší rozlišení vede k nižší hustotě detekce bodů trvalých odražečů a menší spolehlivosti zachycení prostorových vzorců poklesu ve velkém detailu*
- *Nižší rozlišení znemožňuje rozlišit zdroj distribuovaného odrazu např. od příslušenství (značky, semafory atd.), které přispívají k signálu, šumu a míře nejistoty ohledně reálného zdroje odrazu*
- *Vzhledem k vlnové dálce nižší přesnost, ale vzhledem k frekvenci snímání jsou ambiguity málo pravděpodobné*
- *Směrově méně citlivé vůči vertikálním pohybům“*

330. V MKA je k družici Sentinel-1A a 1B (S-1), uvedeno následující: *„Z hlediska časového pokrytí ZÚ se jedná o nejlepší variantu ve srovnání s jakoukoliv jinou variantou s dostupnými družicovými daty.“*. Dále jsou zde vypsané nevýhody spojené s módem IWS, přičemž se jedná o distribuované odrazy (mixující signál od více cílů – objektů na povrchu) v rámci jednoho detekovaného bodu trvalého odražeče půjde rozlišit s nižší spolehlivostí a dále se jedná o plošší incidenční úhly, které mají za následek vyšší podíl zastínění území a nižší citlivost vůči předpokládanému vertikálnímu vektoru sedání.

331. V MKA je k „Prostorovému rozlišení“ jako k parametru družicových dat uvedeno následující: *„určuje minimální možnou vzdálenost mezi sousedními detekovanými body z InSAR. Každý družicový senzor obvykle umožňuje vybrat z více módů s příslušným specifickým rozlišením. Se snižujícím se prostorovým rozlišením (tj. větším pixelem) se zvyšuje podíl detekovaných bodů trvalých odražečů, k jejichž signálu přispělo více různorodých objektů v rámci plochy pixelu na povrchu, a tím se snižuje spolehlivost určení reálného zdroje odrazu a deformace.“*.

332. V MKA je k „Prostorovému rozlišení“ jako k parametru družicových dat uvedeno následující: *„Úhel snímání (line-of-sight, LOS) daný incidenčním úhlem a azimutem roviny dopadu radarového paprsku: ovlivňuje procentuální citlivost výsledků sledování v rovině radarového paprsku vůči reálnému vektoru deformace [4]. Pro sledování vertikálních pohybů je vhodné volit data s co nejostřejším incidenčním úhlem, který zajistí vyšší citlivost. Tupé úhly incidence zvyšují podíl ploch v radarovém stínu (např. na svazích nebo za vysokými budovami) a dalších geometrických artefaktů (layover, foreshortening). Konkrétní podíly zastíněných ploch závisí na lokální geometrické konstelaci objektů vzhledem k úhlu LOS.“*.

333. Na základě dotazu č. j. ÚOHS-20165/2020/511/JNv ze dne 2. 7. 2020 obdržel Úřad od Ministerstva dopravy ČR dne 10. 7. 2020 vyjádření ze dne 9. 7. 2020 obsahující odpovědi na dotazy Úřadu.

- Na otázku *„Co se rozumí družicí, družicovým systémem a jaký je mezi uvedenými pojmy rozdíl“* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Družicí se rozumí objekt pohybující se po oběžné dráze kolem jiného kosmického tělesa. Přirozenou družicí Země je Měsíc. Umělé družice jsou tělesa vypuštěná na oběžnou dráhu a dělí se do dalších podkategorií podle specifických vlastností, např. podle výšky oběžné dráhy nebo podle hlavního účelu (vědecké, vojenské, navigační, meteorologické a další). Družicovým systémem je soustava několika družic vyslaných na oběžnou dráhu za stejným účelem. Mezi nejznámější družicové systémy patří Globální družicový polohový systém (GNSS) umožňující určování polohy na základě signálů z družic. Za družicový systém lze také považovat všechny nezbytné prvky potřebné k tomu, aby*

družice doručila požadovaný snímek na určité místo v určité kvalitě. Součástí družicového systému je nejen kosmický segment (družice na oběžné dráze), ale důležitými součástkami jsou i řídící (pozemní) a uživatelský segment."

- Na otázku *„Co se rozumí pojmem radarový snímek a jak vzniká"* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Radarový snímek je snímek pořízený radarem. Radary využívají principu zpětné odrazivosti elektromagnetických vln v oblasti mikrovlnného záření (vlnová délka 1 mm – 1 m). Nejčastěji jsou používány vlnové délky v pásmu X (2,5-4 cm), C (4-8cm) a L (15-30 cm). Ke snímání Země se používá především radar se syntetickou aperturou (SAR). Tento typ radaru je schopný opakovaným vysíláním pulzů a snímáním objektů pořídit snímek i s velmi vysokým rozlišením a zároveň není závislý na denním světle, oblačnosti ani na počasí. Odraz elektromagnetického záření od objektu je zachycen anténou, která se pohybuje kolmo na směr měření. Velikost zpětně odražené energie je znázorněna jako černobílý obraz intenzity odraženého elektromagnetického záření. Po následných korekcích (např. radiometrická korekce, odstranění šumu, terénní korekce), které jsou prováděny automaticky, vzniká konečný radarový snímek pro další využívání."*
- Na otázku *„Jsou družice TerraSAR-X a TanDEM-X součástí jednoho družicového systému, nebo se jedná o dva samostatné družicové systémy, případně lze za družicový systém TerraSAR-X považovat i družici TanDEM-X"* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Družice TerraSAR-X a TanDEM-X jsou dvě samostatné družice. TerraSAR-X je družice s radarovým rozlišením až 1 m. TanDEM-X je mladší dvojče TerraSARu-X doplněné o měření nadmořské výšky pro vytvoření globálního digitálního výškového modelu s absolutní výškovou přesností 10 m. Jedná se o spolupráci veřejného a soukromého sektoru mezi German Aerospace Center (DLR) a EADS (European Aeronautic Defence and Space Company) Airbus. Tyto družice mohou sloužit jako družicový systém, neboť pořizují snímky synchonně ze stejného pruhu zemského povrchu, čímž jsou základem pro světový digitální modle terénu dostupný od r. 2014."*
- Na otázku *„Jaký je rozdíl mezi snímkem z družicového systému TerraSAR-X a snímkem z družice TerraSAR-X"* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Rozdíl není žádný, obě družice poskytují snímky totožných parametrů."*
- Na otázku: *„Je Vám na základě Vaší úřední činnosti známo, jaké družice (příp. družicové systémy) umožňují pořízení radarových snímků o následujících parametrech: radarová data s prostorovým rozlišením až 1m, minimální velikostí záběru 5x10km, rozlišení podle velikosti záběru 1, 3 nebo 16m, perioda opakování přeletu 11 dnů, přičemž archivní snímky jsou k dispozici přibližně od r. 2010"* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Ve výše položené otázce jsou popsány parametry družic TerraSAR-X a TanDEM-X. Co se týká dalších možných družic pořizujících radarové snímky, pro komerční účely slouží Radarsat-2, který však má nejlepší prostorové rozlišení 3 m. Dále se na oběžné dráze vyskytuje COSMO-SkyMed 1, 2, 3 a 4, které však mají dobu přeletu 16 dní a nejmenší velikost scény 10x10 km. Radarové snímky také pořizuje družice PAZ, která je první radarovou družicí Španělska, ale ta byla vypuštěna až v r. 2018, či připravovaný komerční radarový družicový systém ICE EYE."*

334. Na základě dotazu č. j. ÚOHS-06677/2021/511/LHl ze dne 22. 2. 2021 obdržel Úřad od Ministerstva dopravy ČR dne 10. 7. 2020 vyjádření ze dne 3. 3. 2021 obsahující odpovědi na dotazy Úřadu.
    - Na otázku č. 1 *„Fungují družice TerraSAR-X a TanDEM-X obvykle samostatně, nebo jako jeden systém?“* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Výše zmíněné družice mohou pracovat jak samostatně, tak i v konstelaci jako součásti jednoho systému. Družice TerraSAR-X byla vypuštěna již v roce 2007, zatímco TanDEM-X v roce 2010. Společně pak dodávají data pro globální digitální výškový model. Družice TanDEM-X má úplně stejné parametry jako TerraSAR-X, pouze je zde přidán senzor pro měření výšky terénu.“*.
    - Na otázku č. 2 *„Je vám známo, zda je možné na trhu běžně získat samostatné snímky z družice TanDEM-X či samostatné snímky z družice TerraSAR-X, nebo družicový systém TerraSAR-X/TanDEM-X poskytuje pouze společný výstup*?“ Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Dle našich informací například v datovém úložišti Evropské kosmické agentury (ESA) jsou tyto výstupy poskytovány společně v jednom datasetu, nicméně nelze vyloučit, že pro komerční využití mohou být distribuovány i samostatně.“*.
    - Na otázku č. 3 *„Lze pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ automaticky rozumět výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, tedy snímky pořizované synchronně oběma družicemi, nebo tento pojem může znamenat i snímky pořízené samostatně družicí TerraSAR-X?“* Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo: *„Pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ mohou být rozuměny jak výstupy z družicového systému, tak snímky pořízené samostatně jednotlivými družicemi. TanDEM-X je zkratkou názvu „TerraSAR-Xadd-on-Digital-Elevation-Model“. Tudíž výstupy z TanDEM-X mohou být uvedeny i pod názvem TerraSAR-X.“*.

335. Žádostmi ze dne 22. 2. 2021 Úřad požádal celkem 14 dodavatelů působících na relevantním trhu o zodpovězení následujících otázek.
    - Na otázku č. 1 *„Je vám známo, zda je možné na trhu běžně získat samostatné snímky z družice TanDEM-X či samostatné snímky z družice TerraSAR-X, nebo družicový systém TerraSAR-X/TanDEM-X poskytuje pouze jeden společný výstup?“* čtyři dodavatelé odpověděli, že daná otázka nespadá do předmětu jejich činnosti, a tudíž nejsou kompetentní odpovědět. Dále osm dodavatelů odpovědělo, že družicový systém TerraSAR-X/TanDEM-X poskytuje společný výstup (přičemž čtyři z nich doplnili, že je možný výstup i z každé družice samostatně). A nakonec dva dodavatelé odpověděli, že výstup z každé družice je samostatný.
    - Na otázku č. 2 *„Lze pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ automaticky rozumět výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, tedy snímky pořizované synchronně oběma družicemi, nebo tento pojem může znamenat i snímky pořízené samostatně družicí TerraSAR-X?“* čtyři dodavatelé odpověděli, že daná otázka nespadá do předmětu jejich činnosti, a tudíž nejsou kompetentní odpovědět. Dále osm dodavatelů odpovědělo, že pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ lze automaticky rozumět výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X (přičemž jeden z nich doplnil, že pod citovaným pojmem lze chápat i druhou variantu). A nakonec dva dodavatelé mají za to, že každá družice má svůj výstup.

- Na otázku č. 3 *„Přichází v praxi v úvahu, aby dodavatelé, kteří snímky z družic využívají při své činnosti, vnímali snímky z družice TerraSAR-X a snímky z družice TanDEM-X jako navzájem si konkurující výrobky?“* čtyři dodavatelé odpověděli, že daná otázka nespadá do předmětu jejich činnosti, a tudíž nejsou kompetentní odpovědět. Dále sedm dodavatelů snímky z družice TerraSAR-X a snímky z družice TanDEM-X nepovažují za navzájem si konkurující výrobky. A nakonec tři dodavatelé považují snímky z citovaných družic jako konkurenční výrobky.

336. Na základě žádosti č. j. ÚOHS-17022/2021/511/LHl ze dne 21. 5. 2021 Úřad obdržel dne 24. 6. 2021 odpověď společnosti Hisdesat jakožto provozovatele družice PAZ. Na otázku ve znění *„mohli byste nám sdělit datum, kdy byly snímky z družice PAZ k dispozici pro komerční účely, tj. konkrétní datum, od kterého bylo možné, aby kdokoli mohl zakoupit snímky z družice PAZ (buď přímo od vaší společnosti nebo od jiného subjektu)*[1]*“* společnost Hisdesat odpověděla, že snímky z družice PAZ se staly komerčně dostupnými dne 6. 9. 2018. Současně společnost Hisdesat uvedla, že data ze satelitu PAZ jsou u společnosti Hisdesat dostupná buď samostatně nebo jako „Constellation Data“, tj. jako snímky z konstelace TerraSAR-X/TanDEM-X/PAZ, přičemž dle společnosti Hisdesat jsou snímky z družice PAZ kompatibilní se snímky z družic TerraSAR-X/TanDEM-X[2].

337. Na základě žádostí č. j. ÚOHS-23978/2021/511/LHl ze dne 16. 7. 2021, č. j. ÚOHS-25236/2021/511/LHl ze dne 27. 7. 2021 a č. j. ÚOHS-25237/2021/511/LHl ze dne 27. 7. 2021 Úřad obdržel dne 1. 8. 2021 odborné stanovisko Ing. Ivany Hlaváčové, Ph.D., dne 2. 8. 2021 odborné stanovisko Ing. Milana Lazeckého, Ph. D. a dne 6. 8. 2021 odborné stanovisko ČVUT.

- K otázce č. 1 (ve znění *„Lze družicové snímky pořízené samostatně družicí PAZ považovat za rovnocenné řešení vůči snímkům z družicového systému TerraSAR-X, resp. představuje družice PAZ sama o sobě plnohodnotnou alternativu k systému TerraSAR-X? Pokud ne, vysvětlete, proč.“*) Ing. Ivana Hlaváčová, Ph.D. uvedla, že na otázku nelze jednoznačně odpovědět. Dle odborných článků, ze kterých Ing. Ivana Hlaváčová, Ph.D. vychází, má být záměrem provozovatelů obou systémů, aby tomu tak bylo. Současně však dodává, že jí je známa pouze jedna studie, kdy toto bylo v praxi ověřeno, přičemž tato studie testovala pouze 7 snímků v jediném režimu snímání (tom nejjednodušším). K vyhodnocení pohybu metodou radarové interferometrie je však dle Ing. Ivany Hlaváčové, Ph.D. zpravidla zapotřebí minimálně 20-30 snímků. Ing. Milan Lazecký, Ph. D. pak k této otázce uvedl odpověď „Ano“ bez z dalšího vysvětlení. ČVUT ve svém odborném stanovisku k této otázce uvedlo, že

[1] Jedná se o volný překlad Úřadu. Originální znění dotazu bylo zasláno v anglickém jazyce v následujícím znění „Could you please inform us about the date when the images from the PAZ satellite became available for commercial purposes, i.e The Office needs to know the specific date since when anyone has had the possibility to buy the images from the PAZ satellite (either directly from your company or from another entity).“.

[2] Jedná se o volný překlad Úřadu. Originální znění v anglickém jazyce bylo doručeno Úřadu v následujícím znění »we hereby state that the PAZ satellite, launched on 18th February 2018, became operational, after its commissioning phase, on 6th September 2018 and since then its data has been commercially available. Notwithstanding this, we would like to add some complementary information. PAZ data is commercially available either stand-alone (PAZ-only) from Hisdesat or as „Constellation Data“, i.e. bundled with data from Airbus´s satellites TerraSAR-X and TanDEM-X (jointly referred as TSX), which are fully compatible with PAZ. „Constellation Data“ can be commercially sourced from Hisdesat or Airbus - or any of their distributors. Please notice that „Constellation Data“ can contain TSX and PAZ in any proportion, since from a users´perspective they are indistinguishable.«

„Systém Terra SAR-X (Tandem-X) byl uveden do provozu před více než deseti léty a je ve své oblasti využíván dlouho, existují významné zkušenosti a technologie zpracování. Oproti tomu systém PAZ je prakticky neznámý, je funkční asi 3 roky a praktické zkušenosti nejsou.“, přičemž k tomu následně uvedl, že *„Z hlediska proklamovaných parametrů by se mělo jednat o doplnění systému Terra SAR -X, tedy by měl být kompatibilní“*.

- K otázce č. 2 [ve znění *„Lze v rámci využití radarové diferenční interferometrie postupovat tak, že při retrospektivní analýze historického vývoje sedání zájmového území (dále jen „retrospektivní analýza“) se použijí archivní snímky z družicového systému TerraSAR-X a při následném monitoringu stavby se použijí aktuální snímky z družice PAZ, resp. lze při využití kombinace archivních snímků z družicového systému TerraSAR-X a aktuálních snímků z družice PAZ získat dostatečně přesné výsledky radarové diferenční interferometrie?“*] Ing. Ivana Hlaváčová, Ph.D. uvedla, že na otázku nelze jednoznačně odpovědět. Dle Ing. Ivany Hlaváčové, Ph.D. je záměrem provozovatelů obou systémů, aby bylo možné postupovat uvedeným způsobem (ve srovnání s využitím snímků pouze z jednoho systému), ale není ji znám případ, kdy by to bylo v praxi testováno na časovém úseku, který by byl srovnatelný s předmětnou veřejnou zakázkou. Ing. Milan Lazecký, Ph. D. k této otázce uvedl odpověď „Ano“ bez z dalšího vysvětlení. ČVUT ve svém odborném stanovisku k této otázce uvedlo, že prozatím data ze systému PAZ neviděli, přičemž dle jejich názoru by to jít mělo, neboť systém konstelace je tak plánován. Současně však ČVUT dodalo, že *„Je asi logické, že zpracovatel bude pracovat raději s daty, která zná a která jsou k dispozici včetně distribuce. Osobně jsem si nechal před několika léty nalétnout družicí Terra Sar X několik lokalit. Naplánování letu, komunikace i dodávka dat byly poměrně jednoduché a funkční.“*.
- K otázce č. 3 (ve znění *„Existují rozdíly v přesnosti výsledků v případě, kdy jsou v rámci radarové diferenční interferometrie použity pro retrospektivní analýzu archivní snímky z družicového systému TerraSAR-X a pro následný monitoring jsou použity aktuální snímky z družice PAZ, oproti případu, kdy jak v retrospektivní analýze, tak v navazujícím monitoringu jsou použity snímky pouze z družicového systému TerraSAR-X? Pokud rozdíly v přesnosti výsledků existují, vysvětlete, v čem spočívají a nakolik jsou z hlediska celkových výsledků radarové diferenční interferometrie významné.“*) Ing. Ivana Hlaváčová, Ph.D. uvedla, že na otázku nelze jednoznačně odpovědět. Dle Ing. Ivany Hlaváčové, Ph.D. je záměrem provozovatelů obou systémů, aby byly družice zaměnitelné a snímky kombinovatelné bez vlivu na přesnost zpracování. Nicméně jí není známa žádná studie, která by to ověřila a případné rozdíly v přesnosti popsala a kvantifikovala. Ing. Milan Lazecký, Ph. D. pak k této otázce uvedl, že rozdíly v přesnosti výsledků ve srovnání použití TerraSAR-X a PAZ ve smyslu otázky jsou podle současně dostupných vědeckých článků zanedbatelné a že teoreticky žádné rozdíly v přesnosti neexistují. K tomu Ing. Milan Lazecký, Ph. D. odkazuje na nejnovější vědecké poznatky (odborný článek publikovaný dne 27. 5. 2021) dle kterého měli autoři článku ověřit a potvrdit kompatibilitu družice PAZ s družicovým systémem TerraSAR-X v parametrech relevantních ve vztahu k otázkám položeným Úřadem. ČVUT ve svém odborném stanovisku k této otázce uvedlo, že *„Prozatím jsem ještě žádná data z PAZ neviděl, ale pokud jsou systémy deklarovány jako totožné, měly by*

být porovnatelné i výsledky měření. Bez odborných článků na toto téma či vlastního ověření nemohu odpovědět lépe.“.

Právní posouzení

338. Navrhovatel v podaném návrhu mj. namítá, že zadavatel postupoval při stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem, když v zadávacích podmínkách uvedl odkaz na konkrétní družici, ze které požadoval snímky v rámci radarové interferometrie, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a neumožnil dodavatelům nabídnout rovnocenné řešení, přičemž tento postup dle navrhovatele vede k omezení hospodářské soutěže. K tomu Úřad sděluje následující.

339. Zadavatel je povinen vymezit předmět veřejné zakázky v zadávací dokumentaci natolik určitě a srozumitelně, aby všichni dodavatelé měli k dispozici dostatek relevantních informací pro sestavení své nabídky, avšak současně je povinen předmět plnění popsat za pomoci dostatečně objektivizovaných parametrů, které nepovedou ke zvýhodnění konkrétních dodavatelů nebo výrobků, či naopak nebudou některé dodavatele nebo výrobky z účasti na veřejné zakázce nedůvodně vylučovat. Jak vyplývá z ustanovení § 89 odst. 1 zákona, technické podmínky, čili požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky, má zadavatel stanovit primárně pomocí parametrů vyjadřujících požadavky na výkon či funkci, pomocí popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny, pomocí odkazu na normy či technické dokumenty nebo pomocí odkazu na štítky. Ustanovení § 89 odst. 5 zákona pak výslovně zapovídá použití přímých nebo nepřímých odkazů na určité dodavatele nebo výrobky, nebo patenty na vynálezy, užitné vzory, průmyslové vzory, ochranné známky nebo označení původu při stanovení technických podmínek plnění veřejné zakázky, které by vedlo ke zvýhodnění nebo znevýhodnění určitého dodavatele nebo výrobku, pokud jejich použití není odůvodněno předmětem veřejné zakázky. Ustanovení § 86 odst. 6 zákona pak stanoví, že odkaz na určité dodavatele nebo výrobky může zadavatel použít v případech, pokud stanovení technických podmínek podle § 89 odst. 1 zákona nemůže být dostatečně přesné nebo srozumitelné. U každého takového odkazu zadavatel uvede možnost nabídnout rovnocenné řešení.

340. Přezkoumáním zadávací dokumentace posuzované veřejné zakázky v intencích návrhu bylo Úřadem zjištěno, že zadavatel v příloze č. 5 zadávací dokumentace požaduje, aby bylo při měření deformací objektů nadzemní zástavby využito radarových snímků z družice TerraSAR-X, přičemž zadavatel uvedl i podrobné technické parametry daného snímku. Konkrétně v dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6. 3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ zadavatel uvedl: *„Předpokládá se využití radarových snímků TerraSAR-X. Jedná se o družici umožňující pořízení radarových dat s prostorovým rozlišením až 1m, minimální velikost záběru 5×10km, rozlišení podle velikosti záběru 1, 3 nebo 16m, perioda opakování přeletu je 11 dní. Archivní snímky jsou k dispozici přibližně od r.2010.“* a v dokumentu *„Soupis prací“ pro monitoring v pol. č. 86 zadavatel uvedl: „Dle kapitoly 6.3 Technické zprávy části A. Monitoring stávajících objektů Obsahuje náklady na pořízení aktuálních radarových snímků TerraSAR-X v průběhu stavby.“*.

341. Úřad konstatuje, že zadavatel použití odkazů na určité dodavatele nebo výrobky v zadávací dokumentaci nepopírá. Sporná tedy není sama skutečnost, zda zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky odkazy obsahuje, nýbrž pouze to, zda zadavatel tyto odkazy v zadávací dokumentaci použil v souladu se zákonem.

342. Jak vyplývá z ustanovení § 89 zákona, zadavatel musí technické podmínky coby požadavky na vlastnosti předmětu veřejné zakázky stanovit primárně postupem podle odstavce 1 citovaného ustanovení zákona, tj. prostřednictvím parametrů vyjadřujících požadavky na výkon nebo funkci, popisu účelu nebo potřeb, které mají být naplněny, prostřednictvím odkazu na normy nebo technické dokumenty, nebo prostřednictvím odkazu na štítky. Jak vyplývá z dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCH OBJEKTŮ“, v čl. 6. 3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ zadavatel uvedl podrobné technické parametry snímku (viz bod 321. odůvodnění tohoto rozhodnutí). S ohledem na uvedené tak je nutno učinit dílčí závěr, že zadavatel vymezil technické podmínky ve vztahu k parametru snímku ve smyslu § 89 odst. 1 zákona. Vedle vymezení technických podmínek parametru snímku však zadavatel rovněž uvedl odkaz ve smyslu § 89 odst. 5 zákona na konkrétní družici, která snímky o zadavatelem stanovených parametrech poskytuje.

343. K aplikaci § 89 odst. 5 zákona Úřad nejprve uvádí, že v rámci tohoto správního řízení došel v rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020 k závěru, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu s ustanovením § 89 odst. 5 a 6 zákona, když zvýhodnil určité výrobky tím, že v projektové dokumentaci stanovil technické podmínky prostřednictvím přímých odkazů na konkrétní výrobek - radarový snímek z družice TerraSAR-X, aniž by to bylo odůvodněno předmětem veřejné zakázky, a aniž by stanovení technických podmínek podle § 89 odst. 1 zákona nemohlo být jinak dostatečně přesné nebo srozumitelné (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad při svém šetření došel k závěru, že družici TerraSAR-X může konkurovat prakticky identická družice TanDEM-X. Rozhodnutí ze dne 13. 10. 2020 však zrušil předseda Úřadu druhostupňovým rozhodnutím a vrátil věc Úřadu k novému projednání, neboť Úřad dle názoru předsedy Úřadu v daném případě nezjistil stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Konkrétně předseda Úřadu uvedl, že se Úřad musí opětovně zabývat skutkovými zjištěními ohledně fungování družic TerraSAR-X a TanDEM-X a v případě, že setrvá na stávajících skutkových zjištěních, je povinen řádně a přesvědčivě odůvodnit rozpor tohoto závěru s tvrzením zadavatele, že družice TerraSAR-X a TanDEM-X jsou sesterské družice, které tvoří družicový systém s jednotným výstupem, a že nelze získat snímky pouze z jedné či druhé z uvedených družic, a proto si tyto družice ve svých výstupech nemohou konkurovat. Předseda Úřad v druhostupňovém rozhodnutí taktéž konstatoval, že pokud by Úřad v novém řízení řádně zjistil, že snímky družicového systému TerraSAR-X (pokud tedy za tento systém lze považovat snímkování dvojicí družic TerraSAR-X/TanDEM-X) nemají adekvátní alternativu, je povinen zvažovat další aspekty zadavatelem tvrzeného postupu dle § 89 odst. 5 zákona, tedy zda předmět veřejné zakázky odůvodňuje odkaz na konkrétní snímkování družicovým systémem TerraSAR-X. Současně předseda Úřadu v druhostupňovém rozhodnutí uvedl, že zadavatel v šetřeném případě neuvedl u svého požadavku na snímkování družicí TerraSAR-X možnost nabídnout rovnocenné řešení, a proto je vyloučen soulad jeho požadavku s § 89 odst. 6 zákona (viz body 69. až 81. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad se tak s ohledem na závěry předsedy Úřadu uvedené v druhostupňovém rozhodnutí dále bude zabývat nejprve tím, zda existují rovnocenná řešení ke snímkům z družice TerraSAR-X.

344. Za účelem zjištění, zda rovnocenným řešením je družice TanDEM-X, Úřad požádal Ministerstvo dopravy ČR celkem o dvě stanoviska (viz body 51. a 84. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z prvního vyjádření Ministerstva dopravy ČR doručeného Úřadu dne 10. 7. 2020 mj. vyplývá, že dle Ministerstva dopravy družice TerraSAR-X a TanDEM-X jsou samostatnými družicemi, ale současně tyto družice mohou sloužit jako družicový systém,

neboť pořizují snímky synchronně ze stejného pruhu zemského povrchu, čímž jsou základem pro světový digitální model terénu dostupný od roku 2014 stanoviska (viz bod 333. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V druhém vyjádření doručeném Úřadu dne 3. 3. 2021 Ministerstvo dopravy ČR odpovědělo na otázku *„Fungují družice TerraSAR-X a TanDEM-X obvykle samostatně, nebo jako jeden systém?“* tak, že dle Ministerstva dopravy ČR družice TerraSAR-X a TanDEM-X mohou pracovat společně i samostatně. Následně na další otázku Úřadu *„Je vám známo, zda je možné na trhu běžně získat samostatné snímky z družice TanDEM-X či samostatné snímky z družice TerraSAR-X, nebo družicový systém TerraSAR-X/TanDEM-X poskytuje pouze společný výstup*?“ Ministerstvo dopravy ČR dodalo, že dle jejich informací například v datovém úložišti Evropské kosmické agentury (ESA) jsou tyto výstupy poskytovány společně v jednom datasetu, nicméně nelze vyloučit, že pro komerční využití mohou být distribuovány i samostatně. Dále z vyjádření Ministerstva dopravy ČR vyplývá, že pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ mohou být rozuměny jak výstupy z družicového systému, tak snímky pořízené samostatně jednotlivými družicemi (viz bod 334. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z výše uvedeného tak dle Úřadu vyplývá především to, že výstupy obou družic jsou poskytovány společně v jednom datasetu, nicméně Ministerstvo dopravy ČR nevylučuje komerční využití každé družice samostatně.

345. Současně Úřad požádal celkem 14 dodavatelů působících na relevantním trhu o zodpovězení otázek ohledně využití družic TerraSAR-X a TanDEM-X v praxi. Z provedeného šetření mezi dodavateli vyplynulo, že většina dotázaných dodavatelů chápe konstelaci TerraSAR-X/ TanDEM-X jako komplexní systém, resp. komplexní službu, s tím, že v rámci praktického použití tyto družice nemohou být považovány za konkurenci. Současně většina oslovených dodavatelů chápe označení „snímky TerraSAR-X“ automaticky jako výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X (viz bod 335. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z provedeného šetření mezi dodavateli působícími na relevantním trhu tak dle Úřadu vyplynulo především to, že „snímky TerraSAR-X“ jsou běžně chápány jako výstupy z družicového systému TerraSAR-X/TanDEM-X, neboť se jedná o jednu komplexní službu.

346. Dále Úřad uvádí, že zadavatel ke svému vyjádření ze dne 10. 7. 2020 přiložil MKA, ve které jsou srovnány dostupné družicové systémy s radarem se syntetickou aperturou (tzv. SAR) a která dle zadavatele byla vytvořena projektantem (viz body 323. a 324. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z MKA vyplývá, že projektant uvádí souhrnně název celé konstelace „TerraSAR-X/TanDEM-X/PAZ (TSX)“, přičemž souhrnně u této konstelace uvádí jednotlivé parametry dílčích módů. K uvedenému dále Úřad uvádí, že navrhovatel jako přílohu č. 10 svého návrhu uvedl screenshot webové stránky, která má název „TerraSAR-X/TanDEM-X“ (současně Úřad dodává, že navrhovatel v poznámce pod čarou č. 10 uvedl odkaz na přiložený screenshot, a to na https://www.intelligence-airbusds.com/en/8694-terrasar-x-tandem-x). V textu na této webové stránce je pak jako součást radarové konstelace uvedena i družice PAZ. Na dané webové stránce je dále uveden popis produktu, kde jsou uvedeny základní hodnoty v jednotlivých možných módech. Pod tímto výčtem základních hodnot je pak uvedeno tlačítko „Get sample products“ a „Order“, které jsou odkazem na příklady produktu, resp. na samotný produkt. Z žádného z uvedených odkazů pak nevyplývá, že by provozovatel tohoto webu (společnost Airbus S.A.S.) z pohledu výsledného produktu nějak rozlišoval mezi družicemi TerraSAR-X a TanDEM-X, resp. i družicí PAZ. Tuto skutečnost ostatně tvrdí i zadavatel ve svém vyjádření ze dne 3. 5. 2021 (viz bod 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu dále Úřad uvádí, že u příkladů produktu, kam je možné se „prokliknout“ z výše uvedené webové stránky

kliknutím na tlačítko „Get sample products“, společnost Airbus S.A.S. nijak neoznačuje, jakou družicí byl výsledný příkladný snímek vytvořen (přičemž v nabídkovém menu je možné pouze vybrat z menu „Radar Imaginery and Data“ -> „Radar Imaginery“ a zde následně vybrat jednotlivé módy TerraSAR-X. Současně Úřad uvádí, že ani při „prokliku“ přímo na stránku „Order“, kde je možné si zakoupit vybrané retrospektivní snímky, není v nabídce uvedena jakákoliv možnost vybrat si speciálně snímky družice TanDEM-X (resp. ani PAZ), ale je zde u výběru produktu pouze uvedena možnost „TerraSAR-X archive“, který, jak vyplývá z vyjádření zadavatele ze dne 3. 5. 2021, označuje snímky celé konstelace (viz bod 101. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

347. Z výše uvedeného je tedy dle Úřadu možno dovodit dílčí závěr, že označení „snímky TerraSAR-X“ v praxi běžně znamená jeden produkt obsahující snímky celé konstelace TerraSAR-X/TanDEM-X. Z provedeného šetření plyne, že shodně tuto skutečnost chápe i většina dodavatelů působících na relevantním trhu, přičemž i Ministerstvo dopravy ČR primárně pracuje s informací, že výstupy obou družic jsou poskytovány společně v jednom datasetu. Úřad tak má za to, že družice TerraSAR-X a TanDEM-X nejsou konkurenčními výrobky, ale jedná se o jeden produkt, resp. o jednu službu, provozovanou společností Airbus S.A.S.

348. Dále se Úřad bude zabývat tím, zda k družici TerraSAR-X, krom výše uvedené družice TanDEM-X, existují srovnatelné družice, resp. družicové systémy, které splňují požadavky zadavatele stanovené v dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6. 3 (viz bod 321. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V MKA, ve které jsou projektantem zadavatele srovnány dostupné družicové systémy SAR, jsou uvedeny následující družice ALOS-2 Palsar (A2P), RADARSAT-2 (R2), Sentinel - 1A a 1B (S-1), TerraSAR-X/TanDEM-X/PAZ (TSX), COSMO-SkyMed-1 až 4 (CSM) (viz bod 326. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

349. Nejprve Úřad konstatuje, že z MKA vyplývá, že data z družice ALOS-2 Palsar a RADARSAT-2 nelze použít pro retrospektivní mapování a z technického hlediska jsou méně vhodná pro návazné mapování než data z jiných senzorů. Konkrétně je pak v MKA uvedeno, že u družice ALOS-2 PALSAR incidenční úhly jsou vyšší než u jiných variant, přičemž tato družice nesplňuje ani frekvenci snímání. U družice RADARSAT-2 je pak v MKA uvedeno, že její incidenční úhel je méně vhodný pro sledování sedavých pohybů ve vertikální rovině než nižší úhly u TerraSAR-X. Současně je u této družice uvedeno, že její frekvence snímání je daleko horší než u TerraSAR-X (viz bod 327. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu dále Úřad uvádí, že ani navrhovatel ve svém návrhu družice ALOS-2 Palsar a RADARSAT-2 jako potenciálně využitelné nezmiňuje. Úřad tak má za to, že družice ALOS-2 Palsar a RADARSAT-2 nejsou pro účely šetřené veřejné zakázky kvalitativně srovnatelné s konstelací systému TerraSAR-X.

350. Dále z MKA vyplývá, že družice Sentinel - 1A a 1B jako jediná z družic pracuje v akvizičním módu „IWS“ (viz body 326. a 329. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dle MKA tato družice je z hlediska časového pokrytí zájmového území nejlepší variantou ve srovnání s jakoukoliv jinou variantou s dostupnými družicovými daty, avšak pro požadovaný účel (tj. snímání posunů při stavbě metra v intravilánu) se s touto družicí pojí nevýhody spojené s módem IWS (viz body 329. a 330. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Těmito nevýhodami dle MKA jsou zejména distribuované odrazy (mixující signál od více cílů – objektů na povrchu) v rámci jednoho detekovaného bodu trvalého odražeče půjde rozlišit s nižší spolehlivostí, plošší incidenční úhly mají za následek vyšší podíl zastínění území a nižší citlivost vůči předpokládanému vertikálnímu vektoru sedání. Z výše uvedených důvodů jsou dle MKA data z družice Sentinel -

1A a 1B z technického hlediska méně vhodná pro retrospektivní a návazné mapování než data z konstelace systému TerraSAR-X. Z výše uvedeného, a i z detailních parametrů jednotlivých družic uvedených v tabulce projektanta zadavatele (viz bod 326. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že družice Sentinel - 1A a 1B se od družice resp. systému TerraSAR-X odlišuje především v prostorovém rozlišení. Družice Sentinel - 1A a 1B poskytuje prostorové rozlišení 20x5m, oproti tomu TerraSAR-X / TanDEM-X / PAZ (TSX) poskytuje až 1x1m (nadto Úřad uvádí, že nominálně nejhorší rozlišení některého z módů TerraSAR-X je 3x3, viz bod 326. odůvodnění tohoto rozhodnutí). K tomu Úřad dále uvádí, že parametr družice spočívající v rozlišení „až 1 metr“ zadavatel uvedl ke zdůvodnění radarových snímků TerraSAR-X v dokumentu „Technická zpráva“ pro část díla „A – MONITORING STÁVAJÍCH OBJEKTŮ“ v čl. 6. 3 „Měření deformací objektů nadzemní zástavby“ (viz bod 321. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a pakliže družice Sentinel - 1A a 1B nabízí pouze jeden mód s rozlišení 20x5m, je dle Úřadu evidentní, že družice Sentinel - 1A a 1B tento nominální parametr nesplňuje.

351. K argumentu navrhovatele, že horší rozlišení automaticky neznamená větší odchylku měření, když dle navrhovatele zadavatel ani důvodnost vysokého rozlišení snímků a výhody výlučného použití těchto velice nákladných snímků nezdůvodnil, Úřad uvádí, že z MKA vyplývají důvody vedoucí zadavatele k využití snímků s vyšším rozlišením, neboť je zde uvedeno, že se snižujícím se prostorovým rozlišením (tj. větším pixelem) se zvyšuje podíl detekovaných bodů trvalých odražečů, k jejichž signálu přispělo více různorodých objektů v rámci plochy pixelu na povrchu, a tím se snižuje spolehlivost určení reálného zdroje odrazu a deformace (viz bod 331. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Toto dále zadavatel vysvětluje ve svém vyjádření k návrhu ze dne 22. 6. 2020, kde uvádí, že nižší rozlišení vede k nižší hustotě detekce bodů trvalých odražečů a menší spolehlivosti zachycení prostorových vzorců poklesu ve velkém detailu, a také znemožňuje rozlišit zdroj distribuovaného odrazu např. od příslušenství (značky, semafory atd.), přičemž konkrétně snímky družice Sentinel - 1A a 1B jsou dle zadavatele pro daný případ méně citlivé vůči vertikálním pohybům a na snímcích je až dvojnásobně vyšší zastínění vlivem zástavby (v porovnání s TerraSAR-X). Úřad k tomu uvádí, že s ohledem na popsané zadavatelovo vysvětlení a na to, že předmět veřejné zakázky je plněn v hustě urbanizované oblasti, se mu zadavatelův požadavek týkající se rozlišení snímků jeví jako důvodný.

352. K tvrzení navrhovatele, že v takto komplexních analýzách lze kombinovat volně dostupné zdroje (např. Sentinel - 1A a 1B) a komerční senzory s vyšším rozlišením (např. TerraSAR-X/TanDEM-X, COSMO-SkyMed, PAZ), Úřad uvádí, že navrhovatel ve svém návrhu odkazuje na odborný článek[3], ze kterého mj. cituje následující pasáž *„Using data from different sensors is always difficult, even if the sensors operate with almost similar characteristics. For manual interpretation, COSMO-SkyMed and TerraSAR-X data can be combined.“* (dle volného překladu Úřadu je v citované pasáži uvedeno, že použití dat z rozdílných senzorů je vždy obtížné, a to i v případě, kdy senzory mají téměř identické parametry. Pro manuální interpretaci však data z družicových systémů COSMO-SkyMed a TerraSAR-X mohou být kombinována). Navrhovatel taktéž přiložil jako součást svého vyjádření k podkladům ze dne 3. 5. 2021 email společnosti e-GEOS, která je provozovatelem družicového systému COSMO-SKYMED. Tato společnost

[3] Analyzing TERRASAR-X and COSMO-SKYMED High-resolution SAR Data of Urban Areas, dostupné na: http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.410.3295&rep=rep1&type=pdf

reagovala na dotaz navrhovatele, který se ptal na otázku *„Are there any limitations regarding combining data/images taken by different satellites, i.e. is it possible to use the imagery from the PAZ satellite and combine it with comparable data from other equally capable satellites?“* (dle volného překladu Úřadu je v citované pasáži uvedena otázka, zda existují nějaké limity pro kombinaci dat/snímků pořízených rozdílnými satelity, resp. zda je možné použít snímky z družice PAZ a kombinovat je s jinými stejně výkonnými družicemi), přičemž společnost e-GEOS odpověděla tak, že *„Interferometric analysis can only be made using same imaging mode, same acquisition geometry and same mission. Multitemporal analysis can also be done by mixing separate missions, but as a general rule for SAR data it is highly recommended that they have an acquisition geometry as similar as possible.“* (dle volného překladu Úřadu je v citované pasáži uvedeno, že interferometrickou analýzu lze provést pouze se stejným zobrazovacím režimem, stejnou akviziční geometrií a stejnou misí. Multitemporální analýzu lze také provést kombinací jednotlivých misí, ale obecně se důrazně doporučuje, aby měly akviziční geometrii co nejpodobnější.). Z uvedených citací dle Úřadu vyplývá především jedna podstatná věc, a to skutečnost, že použití rozdílných družicových senzorů je vždy obtížné, přestože v první uvedené citaci je dále uvedeno, že manuální interpretace např. u COSMO-SkyMed and TerraSAR-X je možná. Uvedené závěry potvrzuje i MKA, kde je uvedeno, že z hlediska návaznosti je vhodné pro návazné mapování vyjít ze stejného senzoru a módu, přičemž daty ze srovnatelného senzoru nebo s jiným módem lze na retrospektivní mapování navázat, ale za cenu nižší spolehlivosti napojení měření. V tomto ohledu projektant, který vytvořil MKA, doporučil zadavateli využít konstelaci TerraSAR-X s módem StripMap, přičemž, jak vyplývá z projektové dokumentace a následných vyjádření zadavatele, zadavatel tuto variantu (tj. využití módu StripMap) nevylučuje.

353. S ohledem na výše uvedené Úřad má za to, že pro zadavatelem požadovaný účel a místo použití družice Sentinel - 1A a 1B není kvalitativně srovnatelná s konstelací systému TerraSAR-X.

354. Dále z MKA vyplývá, že u družicového systému COSMO-SkyMed vzhledem k delším základnám lze očekávat vyšší šum a nižší přesnost určení výšky odražeče v porovnání s TerraSAR-X. Dále pak dle MKA má COSMO-SkyMed méně vhodnou geometrii snímání než TerraSAR-X vzhledem ke směru dráhy, horšímu incidenčnímu úhlu a topologii budov v zájmovém území (viz bod 328. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Konkrétně pak z MKA vyplývá, že zastínění zástavby v procentech testovaného zájmového území je 10,68 % oproti 7,22 % u TerraSAR-X (zadavatel v MKA porovnal snímky u vybraných družicových systémů a jejich zastínění vlivem zástavby na vybraném zájmovém území, přičemž z těchto snímků znázorněných v MKA je patrná rozdílnost výsledného zobrazení daného zájmového území).

355. Je tedy zřejmé, že pokud jde o družicové snímky k realizaci předmětu veřejné zakázky, zadavatel se při výběru nejvhodnějšího řešení opírá především o jejich vhodnost pro účel a dané území a nevychází pouze z teoretických nominálních parametrů. V tomto ohledu (tj. pokud jde o vhodnost snímků z konkrétní družice s ohledem na účel veřejné zakázky a specifika snímaného území) přitom zadavatelův požadavek na snímky z družicového systému není zpochybněn ani vyjádřením navrhovatele k podkladům ze dne 3. 5. 2021, resp. přiloženým emailem společnosti e-GEOS, ve kterém tato společnost reagovala na dotaz navrhovatele ve znění *„Would you say that the quality of images taken by COSMO-SkyMed constellation is at least on par with other satellites (such as TanDEM-X or TerraSAR-X or*

PAZ)?“.“ (dle volného překladu Úřadu je v citované pasáži uvedena otázka, zda lze označit kvalitu snímků pořízených z družic COSMO-SkyMed přinejmenším za srovnatelnou se snímky z družic TerraSAR-X, TanDEM-X či PAZ), přičemž společnost e-GEOS odpověděla v tom smyslu, že snímky s rozlišením 1 m získané z družic COSMO-SkyMed jsou téměř identické se snímky pořízenými z TerraSAR-X. Z uvedeného dotazu a následné odpovědi vyplývá, že navrhovatel směřoval svůj dotaz čistě k hodnocení nominálních parametrů družic, ale nijak se nezabýval podstatnou skutečností, kterou zadavatel tvrdí ve všech svých vyjádřeních (včetně předložené MKA), tedy tím, že méně vhodná geometrie snímání družicového systému COSMO-SkyMed není optimální pro vysoce urbanizovanou oblast zájmového území, kde bude plněna veřejná zakázka, neboť zastínění vlivem zástavby zájmového území je větší než v případě TerraSAR-X.

356. K argumentu navrhovatele, že byly vypuštěny družice COSMO-SkyMed druhé generace, které s ohledem na novější a pokročilejší technologie mají být lepší než TerraSAR-X, Úřad shodně s tím, co již uvedl výše, konstatuje, že nelze vycházet čistě z nominálních hodnot parametrů, ale je potřeba posoudit více okolností. Zejména je pak nutno vzít v potaz skutečnost, že COSMO-SkyMed druhé generace ani ve spojení s COSMO-SkyMed první generace nemá adekvátní databázi archivních snímků pro retrospektivní mapování, přičemž, jak již Úřad uvedl výše (viz bod 352. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kombinace snímků dané družice se snímky jiné družice není pro měření pomocí radarové diferenční interferometrie žádoucí.

357. S ohledem na výše uvedené Úřad má za to, že pro zadavatelem požadovaný účel a místo použití nejsou družice COSMO-SkyMed první a druhé generace kvalitativně srovnatelné s konstelací systému TerraSAR-X.

358. V poslední řadě navrhovatel uvádí jako možnou alternativu k družicovému systému TerraSAR-X družici PAZ, která má mít dle navrhovatele zcela totožné parametry jako družice TerraSAR-X a TanDEM-X (přičemž s těmito družicemi může družice PAZ tvořit společný družicový systém). Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 18. 5. 2021 k možné alternativě ve formě družice PAZ především uvedl, že k datu přípravy zadávací dokumentace ani k datu podání nabídky snímky z družice PAZ nebyly komerčně dostupné, zadavatel je proto nemohl zohlednit v rámci přípravy zadávacích, resp. technických podmínek plnění jako relevantní a plnohodnotný ekvivalent k zadávací dokumentaci označeným snímkům družicového systému TerraSAR-X.

359. S ohledem na výše uvedené Úřad kontaktoval společnost Hisdesat jakožto provozovatele družice PAZ, s žádostí o sdělení informace, od kterého data bylo možno pořídit snímky z družice PAZ pro komerční účely (viz bod 131. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Společnost Hisdesat ve své odpovědi doručené Úřadu dne 24. 6. 2021 uvedla, že družice PAZ se stala komerčně dostupnou již dne 6. 9. 2018 (viz bod 336. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného vyplývá, že snímky z družice PAZ se staly komerčně dostupnými ještě před zahájením šetřeného zadávacího řízení (tj. před datem 18. 5. 2020, viz bod 4. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

360. Úřad se tak dále zabýval otázkou využití kombinace archivních snímků z družicového systému TerraSAR-X a aktuálních snímků z družice PAZ při radarové diferenční interferometrii, otázkou případných rozdílů v přesnosti výsledků oproti případu, kdy jak v retrospektivní analýze, tak v navazujícím monitoringu jsou použity snímky pouze z družicového systému TerraSAR-X, a otázkou týkající se toho, zda tedy lze považovat družicové snímky PAZ jako rovnocenné řešení vůči snímkům z družicového systému TerraSAR-X. Z důvodu zodpovězení výše uvedených

odborných otázek Úřad požádal o odborné stanovisko instituce ČVUT a VŠB (viz body 138. a 139. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dne 27. 7. 2021 Úřad obdržel odpověď VŠB, přičemž z této odpovědi vyplývá, že VŠB na otázky Úřadu nebyla schopna kvalifikovaně odpovědět, přičemž doporučila o jejich zodpovězení požádat odborníky v oboru Ing. Milana Lazeckého, Ph.D. a Ing. Ivanu Hlaváčovou, Ph.D. S ohledem na odpověď VŠB Úřad požádal o odborná stanoviska i výše uvedené odborníky (viz body 140. a 141. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

361. Z doručených odborných stanovisek ČVUT Ph.D. a Ing. Ivany Hlaváčové, Ph.D., v prvé řadě vyplývá, že z důvodu krátkého komerčního provozu družice PAZ jim nejsou známy žádné praktické zkušenosti srovnatelného rozsahu jako je předmět veřejné zakázky, které by dokázaly přesvědčivě potvrdit kompatibilitu snímků z družice PAZ a družicového systému TerraSAR-X pro využití radarové diferenční interferometrie v reálném prostředí. Přestože všichni dotázaní odborníci uvedli, že je předpokládána teoretická kompatibilita a zaměnitelnost snímků z obou systémů, tak dva z dotázaných (ČVUT a Ing. Ivana Hlaváčová, Ph.D.) uvedli, že jim není známa žádná studie, která by tuto skutečnost ověřila a případné rozdíly v přesnosti popsala a kvantifikovala. Pouze třetí z oslovených odborníků Ing. Milan Lazecký, Ph. D., ve svém odborném stanovisku uvedl odkaz na nejnovější vědecké poznatky, resp. konkrétně na odborný článek publikovaný dne 27. 5. 2021, dle kterého měli autoři článku ověřit a potvrdit kompatibilitu družice PAZ s družicovým systémem TerraSAR-X v parametrech relevantních ve vztahu k otázkám položeným Úřadem (viz bod 337. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad však k tomuto článku podotýká, že tento článek vyšel prakticky rok po skončení lhůty pro podání nabídek na šetřenou veřejnou zakázku a zadavatel tedy tyto závěry nemohl při tvorbě zadávacích podmínek vzít v potaz.

362. Úřad tedy k otázce týkající se toho, zda lze považovat družicové snímky PAZ za rovnocenné řešení vůči snímkům z družicového systému TerraSAR-X uvádí, že z odborných stanovisek, resp. i z vyjádření provozovatele družice PAZ společnosti Hisdesat, vyplývá, že v teoretické rovině je družice PAZ konstruována s obdobnými až srovnatelnými parametry jako družice TerraSAR-X a TanDEM-X. Co se týče praktického užití družice PAZ, zejména navázání jejích snímků na snímky pořízené družicí TerraSAR-X, k tomu Úřad konstatuje, že z obdržených odborných stanovisek plyne, že ani odborná veřejnost (zabývající se užitím technologie InSAR) není schopna zcela jednoznačně potvrdit, zda již je reálně možné využít snímků z družice PAZ v souvislosti s kompatibilitou s družicovým systémem TerraSAR-X a zda napojení snímků reálně funguje (resp. zda mohl mít zadavatel jistotu kompatibility daných snímků již v době lhůty pro podání nabídek). Úřad tak má za to, že po učinění výše uvedeného skutkového zjištění by bylo zcela nepřiměřené chtít po zadavateli, aby při přípravě zadávací dokumentace, resp. stanovení zadávacích podmínek přistupoval ke snímkům z družice PAZ jako k plně rovnocennému řešení k družicovému systému TerraSAR-X, když ani nyní, s časovým odstupem více jak 36 měsíců, osoby, které jsou odborníky v daném oboru, nejsou schopny s jistotou potvrdit, že by výsledek, jehož zadavatel hodlá prostřednictvím stanovení požadavku na využití snímků z družice reálně dosáhnout, byl takový, jaký zadavatel požaduje (tj. co do kvality minimálně s totožným výsledkem, který mu ke dni zahájení zadávacího řízení zajišťuje systém TerraSAR-X).

363. K využití přímého odkazu na družicový systém TerraSAR-X Úřad tedy shrnuje, že zadavatel sice uvedl v zadávací dokumentaci odkaz na konkrétní družici, resp. družicový systém, ale důvody pro použití snímků z tohoto konkrétního systému pro realizaci veřejné zakázky podrobně, a

dle názoru Úřadu zcela dostatečně, popsal, včetně vysvětlení, proč není pro realizaci veřejné zakázky vhodné použít snímky z jiných družic. Úřad současně zjistil z průzkumu trhu a z vyžádaných odborných stanovisek, že na trhu neexistuje jiná družice, u níž by mohl mít v době stanovení zadávacích podmínek zadavatel jistotu, že mu poskytne tytéž výstupy jako družicový systém TerraSAR-X, a že mu tedy zajistí dosažení jím požadovaných výsledků.

364. Úřad tak k uvedenému uzavírá, použití přímého odkazu na družicový systém TerraSAR-X v zadávacích podmínkách je v šetřeném případě odůvodněno předmětem veřejné zakázky a současně použitím tohoto odkazu nedochází ke zvýhodnění nebo znevýhodnění určitých dodavatelů či výrobků. Použití přímého odkazu na družicový systém TerraSAR-X tedy nepředstavuje nedodržení pravidla stanoveného v § 89 odst. 5 zákona.

365. K této části návrhu tak Úřad uzavírá, že zadavatel při užití přímého odkazu na družicový systém TerraSAR-X v příloze č. 5 zadávací dokumentace nepostupoval v rozporu se zákonem.

K netransparentnímu uveřejnění projektové dokumentace

Relevantní ustanovení zákona

366. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

367. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.

368. Podle § 36 odst. 8 zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel přijal přiměřená opatření k ochraně důvěrné povahy informací, které zadavatel poskytuje nebo zpřístupňuje v průběhu zadávacího řízení.

369. Podle § 96 odst. 2 zákona pokud některou část zadávací dokumentace nelze zpřístupnit podle odstavce 1, z důvodů vymezených v § 211 odst. 3 písm. a), b) a d) nebo v případě postupu podle § 36 odst. 8, může zadavatel příslušnou část zadávací dokumentace poskytnout jiným vhodným způsobem. V takovém případě zadavatel odešle nebo předá příslušnou část zadávací dokumentace nejpozději do 3 pracovních dnů od doručení žádosti dodavatele o její poskytnutí. Poskytnutí příslušné části zadávací dokumentace může být podmíněno pouze úhradou nákladů podle odstavce 4 nebo v případě postupu podle § 36 odst. 8 přijetím přiměřených opatření k ochraně důvěrné povahy informací.

370. Podle § 211 odst. 3 písm. d) zákona písemná komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem musí probíhat elektronicky s výjimkou případů, kdy použití jiné než elektronické komunikace je nezbytné z důvodu narušení zabezpečení elektronické komunikace nebo z důvodu ochrany zvláště citlivé povahy informací, přičemž požadovanou úroveň zabezpečení nelze řádně zajistit běžně dostupnými elektronickými nástroji nebo nástroji podle § 103 odst. 3.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

371. V bodě 3.5 s názvem „Přístup k zadávací dokumentaci“ zadávací dokumentace je mj. uvedeno následující:

„Zadavatel uveřejnil na profilu zadavatele celou zadávací dokumentaci, vč. jejích příloh s výjimkou Přílohy č. 5: Projektové dokumentace. Projektovou dokumentaci nelze ve smyslu ust. § 36 odst. 8 a § 96 odst. 2 ZZVZ na profilu uveřejnit.

S ohledem na skutečnost, že tato příloha obsahuje důvěrné informace, bude tato součást zadávací dokumentace v souladu s § 36 odst. 8 ZZVZ poskytnuta pouze na žádost dodavatele doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích. Vzor tohoto prohlášení, tvořící Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace, je společně s textovou částí zadávací dokumentace veřejné zakázky uveřejněn na profilu zadavatele. Toto prohlášení musí být elektronicky podepsáno nebo se musí jednat o konverzi podepsaného listinného prohlášení do elektronické podoby. Příloha č. 5 zadávací dokumentace bude poskytnuta dodavatelům, kteří doručí prostřednictvím elektronického nástroje Tender Arena, jak je tento popsán v čl. 11.5 této zadávací dokumentace, žádost o poskytnutí předmětné přílohy doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti elektronicky podepsanou osobou oprávněnou zastupovat dodavatele.“.

372. V části s názvem „Doplnění zadávacích podmínek z podnětu zadavatele“ vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 zadavatel uvedl následující:

„Zadavatel uvádí, že dodavatelům, kteří předložili žádost o předložení Projektové dokumentace obsažené v Příloze č. 5 zadávací dokumentace doplněnou o podepsané prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích, nebyla na základě administrativního pochybení zadavatele předána kompletní Projektová dokumentace, konkrétně nebyla předána část Projektové dokumentace vztahující se k pasportizaci.

Zadavatel uvádí, že dodavatelům, kteří předložili žádost o předložení Projektové dokumentace obsažené v Příloze č. 5 zadávací dokumentace doplněnou o podepsané prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích, bude do 1 pracovního dne poskytnuta chybějící část Projektové dokumentace obsažené v Příloze č. 5 zadávací dokumentace, a to prostřednictvím elektronického nástroje. Každému dalšímu dodavateli, který předloží žádost o předložení Projektové dokumentace obsažené v Příloze č. 5 zadávací dokumentace doplněnou o podepsané prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích, bude kompletní Příloha č. 5 zadávací dokumentace předána dle pravidel obsažených v zadávací dokumentaci.

Tato úprava je důvodem pro prodloužení lhůty pro podání nabídky tak, že od uveřejnění tohoto vysvětlení bude činit celou původní délku.“.

373. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 k dotazu č. 8 ve znění:

„Zadavatel v rámci poskytnutých vysvětlení zadávací dokumentace odkazuje ve svých odpovědích na některé kapitoly Technické zprávy, které naprosto nesouvisí s předmětem dotazů nebo vysvětlení, a nebo je dodavatel v jemu poskytnuté projektové dokumentaci nenalezl (konkrétně se jedná např. o kapitolu TZ 4.2.1 a další naprosto nesouvisející kapitoly).

S ohledem na výše uvedené dodavatel žádá zadavatele o poskytnutí podrobného seznamu jednotlivých příloh v rámci neveřejné části zadávací dokumentace, a to včetně podrobného přehledu obsahu Technické zprávy, které byly poskytnuty všem potenciálním dodavatelům na CD“)

zadavatel uvedl následující odpověď:

„Zadavatel předně uvádí, že ve vysvětlení zadávací dokumentace, ke kterému směřuje úvodní text dotazu, byly správné odkazy. Text odkazoval na odst. 3.1.2 zadávací dokumentace, jehož obsahem je pasportizace. Text dále odkazoval na kapitolu 4.2.1 Technické zprávy vztahující se k pasportizaci, ve které jsou uvedeny minule požadované informace.

S ohledem na irelevantnost žádosti, administrativní náročnost ve spojení se zákonnou lhůtou pro vysvětlení zadávací dokumentace dle § 98 odst. 4 ZZVZ a s ohledem na skutečnost, že veškeré části projektové dokumentace (včetně předmětné Technické zprávy) byly předány dle podmínek zadávací dokumentace pouze účastníkům, kteří předložili podepsané prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích, požadavek na předložení podrobného seznamu překračuje rámec zákonného institutu žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace, zadavatel mu proto nemůže vyhovět.“.

374. V rozhodnutí o námitkách zadavatel k důvodům nezveřejnění projektové dokumentace na profilu zadavatele uvedl následující.

„Projektová dokumentace je soubor přesných schémat a výkresů doplněných textovou částí sloužící jako podrobný popis budoucí stavby. Zadavatel považuje za nepopiratelné, že metro v hlavním městě Praze představuje významnou stavbu, která např. může být atraktivním cílem pro případné pachatele teroristického útoku. Již z tohoto prostého důvodu tak zadavatel trvá na tom, že projektová dokumentace, která obsahuje podrobné informace o stavbě a popisuje její přesnou strukturu, nemůže být volně veřejně dostupná po dlouhou dobu, aby takto byla k dispozici potenciální teroristickým organizacím a domohla jim tak zvyšovat efektivitu jejich budoucího útoku díky detailní znalosti celého projektu.“

Právní posouzení

375. Navrhovatel v této části návrhu napadá to, že zadavatel transparentním způsobem neuveřejnil seznam dokumentů, ze kterých se skládá projektová dokumentace, když tuto část zadávací dokumentace zadavatel neuveřejnil na profilu zadavatele, ale předával ji zvlášť na CD. Navrhovatel z uvedeného dovozuje, že v takovémto případě nelze určit, zda všichni dodavatelé dostali CD se stejným obsahem, přičemž se tento postup stává dle navrhovatele netransparentním, diskriminačním a potenciálně omezuje hospodářskou soutěž.

376. V šetřeném případě zadavatel uveřejnil na profilu zadavatele celou zadávací dokumentaci, včetně jejích příloh s výjimkou přílohy č. 5 zadávací dokumentace obsahující projektovou dokumentaci (viz bod 371. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a to z toho důvodu, že zadavatel považuje metro v hlavním městě Praze za významnou stavbu, která např. může být atraktivním cílem pro případné pachatele teroristického útoku (viz bod 374. odůvodnění tohoto rozhodnutí). S ohledem na skutečnost, že příloha č. 5 zadávací dokumentace obsahuje důvěrné informace, poskytl zadavatel tuto součást zadávací dokumentace v souladu s § 36 odst. 8 zákona pouze na žádost dodavatele doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích (viz bod 371. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž jako formu předání zadavatel zvolil CD. V rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 pak zadavatel uvedl, že některým dodavatelům předal nekompletní projektovou dokumentaci, přičemž zadavatel uvedl, že dodavatelům, kteří předložili žádost o předložení projektové dokumentace obsažené v příloze č. 5 zadávací dokumentace doplněnou o podepsané prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích, bude do 1 pracovního dne poskytnuta chybějící část (týkající se pasportizace) projektové dokumentace obsažené v příloze č. 5 zadávací dokumentace, a to prostřednictvím elektronického nástroje (viz bod 372. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

377. K tomu Úřad nejprve uvádí, že z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že nezpřístupnit celou zadávací dokumentaci veřejně se zadavatel v šetřeném případě rozhodl z důvodu

eliminace rizika možného teroristického útoku (viz bod 374. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V šetřeném případě je pak nutno posoudit to, zda neuveřejnění seznamu dokumentů obsahujících projektovou dokumentaci lze považovat v kontextu šetřeného případu za netransparentní postup. K samotné zásadě transparentnosti lze v kontextu šetřeného případu uvést následující. V rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 15. 9. 2010, č. j. 1 Afs 45/2010 – 159 je např. uvedeno: *„Pojem ‚zásada transparentnosti' spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů; jejich definování obecně v právních předpisech pro jejich povahu samu nemusí být vhodné, dokonce ani možné. To platí tím spíše o právních zásadách, jejichž obecnost a abstraktnost je již samotným klasifikačním znakem právních zásad jako specifického druhu právních pravidel (srov. Holländer, P. Filosofie práva, Aleš Čeněk, Plzeň 2006, s. 139 násl.). Neurčité právní pojmy zahrnují jevy nebo skutečnosti, které nelze úspěšně zcela přesně právně definovat; jejich obsah a rozsah se může měnit, často bývá podmíněn časem a místem aplikace normy. Při interpretaci neurčitého právního pojmu se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu, přičemž sám musí alespoň rámcově obsah a význam užitého neurčitého pojmu objasnit, a to z toho hlediska, zda posuzovanou věc lze do rámce vytvořeného rozsahem neurčitého pojmu zařadit. Proto se zjištění, zda v daném případě byla porušena zásada transparentnosti, musí odvíjet od hodnocení všech okolností konkrétního případu, z nichž správní orgán učiní závěr, zda je daný pojem naplněn či nikoli. Zákonodárce užitím neurčitých pojmů dává orgánu aplikujícímu právní předpis prostor, aby posoudil, zda konkrétní situace patří do rozsahu neurčitého pojmu či nikoli.“*.

378. Jak tedy vyplývá z výše citovaného rozsudku, pojem transparentnost je velmi flexibilní, a to právě proto, aby bylo možno reagovat na konkrétní okolnosti jednotlivých případů, kdy jedna a tatáž dílčí situace (v posuzovaném případě se jedná o nevytvoření seznamu dokumentů obsahujících projektovou dokumentaci při využití jiného řešení pro předání části zadávací dokumentace než u zbytku zadávací dokumentace) může působit v odlišných podmínkách zcela transparentně, v jiných naopak může budit pochybnosti o transparentnosti postupu zadavatele. Totéž pak platí i pro nyní posuzovanou situaci, kdy nelze transparentnost postupu zadavatele posuzovat toliko na základě použitého technického řešení (vložení části dokumentů na CD oproti zveřejnění zbylé části zadávací dokumentace na profilu zadavatele), ale je nutno přihlédnout i k dalším okolnostem (například důvod předání informací, zavedená praxe apod.).

379. Současně je nutno upozornit na skutečnost, že judikatura opakovaně stojí na názoru, že vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je primárně vztahem soukromoprávním (srov. např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. dubna 2013, sp. zn. 1 Afs 2/2013 – 46), na který se v obecném pohledu vztahují rovněž zásady soukromého práva, mimo jiné i zásada presumpce poctivosti a dobré víry obsažená v § 7 občanského zákoníku. Přestože navrhovatel ve svém návrhu přímo nenaznačuje, že by zadavatel měl postupovat nepoctivě, tak i přesto Úřad upozorňuje na rovinu chování účastníků soukromoprávního vztahu v tom smyslu, že lze obecně předpokládat, že zadavatelé a dodavatelé jednají při dodržení všech pravidel vůči sobě poctivě a oprávněně se na poctivost druhé strany spoléhají. Současně lze důvodně očekávat i to, že je především v zájmu zadavatele předat všem potenciálním dodavatelům všechny potřebné dokumenty tak, aby tito dodavatelé byli schopni podat relevantní nabídku na veřejnou zakázku a zadavatel z těchto nabídek mohl vybrat tu nejvýhodnější. Dle Úřadu je neodmyslitelnou nutností, aby proces zadávání veřejných zakázek byl s ohledem na specifika

zadavatele jako kontraktační strany výrazně regulován a současně kontrolován, nelze jej však a priori posuzovat optikou, která za každým jednáním vidí spíše snahu o porušení pravidel, než o jejich dodržení.

380. K samotné přezkoumatelnosti předávaných dokumentů pak Úřad, s odkazem na svou rozhodovací praxi (srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0093/2018/VZ-24506/2018/320/HBa,HSc,JSu ze dne 23. 8. 2018), uvádí, že požadavek na zpětnou přezkoumatelnost obsahu předané informace (ať již v listinné či elektronické podobě) není v běžném soukromoprávním styku požadován. V podmínkách dřívější právní úpravy veřejných zakázek se běžně akceptovalo předání zadávací dokumentace v listinné podobě, přičemž ani zde nebylo požadováno předání zadávací dokumentace v takové formě, která by vylučovala jakoukoliv manipulaci s obsahem. V této souvislosti Úřad má za to, že ani případné vytvoření seznamu předávaných dokumentů není zárukou, že každému z dodavatelů je předána totožná dokumentace, a to jak při předání listinnou formou, tak i v elektronické podobě např. právě na CD. Ad absurdum by pro řádné porovnání předložených dokumentů (tak aby bylo postaveno najisto, že každý z účastníků obdržel zcela totožné dokumenty) bylo nutné provést konkrétní kontrolu předávané informace stranou předávající i přebírající a jejím porovnáním s „originálem“ zadávací dokumentace uloženým u zadavatele a ověřeným další nezávislou osobou (např. notářem). V případě potvrzení shodnosti předávané informace s originálem by bylo oběma stranami odsouhlaseno, že informace byla v okamžiku předání zcela shodná s originálem. Tento postup přibližující se ověřování obsahu listin při vidimaci je dle Úřadu samozřejmě možný, ale především v šetřeném případě by byl velmi časově náročný a nepraktický (neboť se jedná o rozsáhlou dokumentaci monitoringu a pasportizace výstavby metra).

381. Z uvedeného tedy vyplývá, že zpětná ověřitelnost obsahu datového nosiče (CD) obsahujícího zadávací dokumentaci, která by byla předávána dodavatelům, by byla možná a snadná pouze v případě, že by byl rozsah předávaných informací malý. Dle Úřadu však nikdy nelze s naprostou jistotou vyloučit manipulaci s daty v případě žádného technického řešení. S ohledem na výše uvedené tak vytvoření seznamu předávaných dokumentů, který by byl předáván spolu s předávanými dokumenty, nemůže mít nikdy žádnou reálnou vypovídající hodnotu o tom, zda dodavateli byl předán správný, resp. zcela totožný obsah, jako byl předán i ostatním dodavatelům. Je tedy nutno spoléhat na výše uvedenou poctivost zadavatele. V tomto ohledu Úřad opětovně odkazuje na svou rozhodovací praxi, ze které zjednodušeně řečeno vyplývá to, že zásada transparentnosti dle § 6 odst. 1 zákona nevyžaduje, aby bylo zpětně přezkoumatelné, zda se všem dodavatelům dostalo na datových nosičích obsahujících část dokumentace o zadávacím řízení totožných informací (srov. rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0093/2018/VZ-24506/2018/320/HBa,HSc,JSu ze dne 23. 8. 2018). Pakliže tedy není zákonem vyžadována zpětná přezkoumatelnost v rozsahu „totálního“ srovnání obsahu dokumentů, tak z logiky věci nemůže být zákonem vyžadováno vytvoření seznamu předávaných dokumentů, neboť tento seznam ve své podstatě srovnává pouze názvy dokumentů bez jakékoliv objektivní informace o totožnosti obsahu dokumentu. Ostatně sám zákon takový seznam přímo nevyžaduje.

382. Nadto Úřad dále uvádí, že jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení, v šetřeném případě u žádného z dodavatelů ke dni konce lhůty pro podání nabídek nevznikla žádná relevantní pochybnost, že by zadavatel nepředal všem dodavatelům totožnou (resp. kompletní) zadávací

dokumentaci. Z dotazu č. 8, který byl obsažen ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 (viz bod 373. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a na který navrhovatel odkazuje ve svém návrhu, nelze dovodit, že by dodavateli některá z části zadávací dokumentace chyběla, ale jedná se spíše o nepochopení předchozích vysvětlení zadávací dokumentace. Co se týče nedodání části zadávací dokumentace týkající se pasportizace, k tomu Úřad uvádí, že zadavatel svou chybu promptně napravil, přičemž, jak vyplývá z vysvětlení zadávací dokumentace č. 1, náležitě prodloužil lhůtu pro podání nabídek (viz bod 371. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z popsané reakce zadavatele lze dle Úřadu naopak dovodit poctivost zadavatele, který se řádně svou chybu snažil napravit a měl snahu předat všem dodavatelům kompletní zadávací dokumentaci.

383. K této části návrhu tak Úřad uzavírá, že zadavatel při uveřejnění přílohy č. 5 zadávací dokumentace nepostupoval v rozporu se zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace.

K neúplnosti soupisu prací

Relevantní ustanovení zákona

384. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.

385. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

386. V dotazu č. 2, který je součástí vysvětlení zadávací dokumentace č. 7, je uvedeno mj. následující:

„S ohledem na výše uvedené tímto žádáme zadavatele o:

• s ohledem na výše uvedené a naprosto nejasný rozsah pasportizace o změnu nebo zrušení vysoce diskriminačního požadavku na doložení seznamu významných služeb v posledních 10 letech: alespoň tři (3) významné služby spočívající v pasportizaci stavebních objektů, přičemž o finanční rozsah nejméně jedné (1) z nich činil alespoň 15.000.000,- Kč bez DPH a o finanční rozsah dvou (2) z nich činil nejméně 1.000.000,- Kč bez DPH

• vysvětlení, zda je v rámci měření deformací objektů nadzemní zástavby uvažováno s fyzickým sledováním dotčených objektů nadzemní zástavby či nikoliv a pokud ano, odpovídající doplnění ZD a soupisu prací,

• doplnění ZD o podrobný seznam a popis (stavebně technický průzkum + pasport) dotčených objektů, které budou pasportizovány, příp. fyzicky prohlíženy, způsob a intervaly fyzických prohlídek těchto objektů, technicko - ekonomický a odborný rozsah (dle platných technických předpisů)“.

387. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 zadavatel na dotaz č. 2 (týkající se doplnění soupisu prací ve vztahu k fyzickému sledování dotčených objektů nadzemní zástavby - viz bod 386. odůvodnění tohoto rozhodnutí) odpověděl následovně:

„Zadavatel potvrzuje, že v rámci soutěžených služeb je uvažováno s fyzickým sledováním vybraných objektů, přičemž tato činnost je zahrnuta v soupisu prací např. při odečtu šířky trhlin. Soupis prací tak není potřeba doplňovat.“.

388. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 1. 6. 2020 mj. uvedl, že *»stěžovatel zde poněkud manipulativně spekuluje o tom, že by zadavatel požadoval fyzické sledování (stěžovatel má patrně na mysli fyzickou obhlídku) jako samostatný úkon. Zadavatel proto musí zdůraznit, fyzické sledování jako samostatný úkon není zvlášť požadováno, proto ani logicky nemůže mít vlastní položku k ocenění.*

(…)

Zadavatel tedy znovu zdůrazňuje a odmítá, že by požadoval fyzické sledování autorizovanou osobou jako samostatnou činnost, a tedy jako samostatně ocenitelnou položku

(…)

Zadavatel nacenil veškeré jednotlivé služby, které jsou součástí plnění veřejné zakázky. Co se týče fyzické prohlídky, jedná se o činnost, kterou není možné nacenit. Pokud je potřeba se na něco podívat, sledovat jinou činnost, či zkontrolovat měřič, jedná se o činnost nepravidelnou, spíše náhodnou, která spadá do oněch ostatních činností, při kterých je sledování vykonáváno. Ze strany zadavatele se nejedná o záměrné rozpouštění samostatné činnosti do jiné služby. Fyzické prohlídky není možné samostatně nacenit a účtovat, ale během plnění k nim samozřejmě bude docházet, a to např. při odečtu trhlin, ale i v jiných případech. Nacenění fyzické přítomnosti konkrétní osoby zhotovitele u této činnosti je tak zcela přirozené a nejedná se o žádné „rozpouštění" dvou odlišných položek.«.

Právní posouzení

389. Navrhovatel v návrhu brojí proti neúplnosti soupisu prací ve vztahu k fyzickému sledování dotčených objektů nadzemní zástavby, konkrétně namítá absenci samostatné položky pro tuto činnost. V rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 byl zadavatel mj. požádán o příslušné doplnění soupisu prací ve vztahu k fyzickému sledování dotčených objektů nadzemní zástavby (pokud má být realizována), podle navrhovatele zadavatel nepostupoval v rámci vysvětlení transparentně, neboť dle navrhovatele fakticky přiznal, že položkový rozpočet není kompletní, avšak nelogicky požadoval účtovat fyzické sledování objektů v rámci jiné služby. Následně v rozhodnutí o námitkách zadavatel dle navrhovatele uvedl, že fyzické sledování objektů zvlášť nepožadoval, a jako takové ani nemůže mít ani vlastní položku k ocenění. Zároveň zadavatel dodal, že dodavatelé budou v rámci poskytovaných služeb fyzicky navštěvovat území stavby např. při odečtu trhlin. S ohledem na uvedené má navrhovatel za to, že zadavatel postupoval jednak netransparentně v rámci uvedeného vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 a jednak v rozporu s § 36 odst. 3 zákona nestanovil zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení.

390. Úřad k výše uvedenému nejprve uvádí, že z rozhodovací praxe správních soudů (viz rozsudek Krajského soudu v Brně rozsudek ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008-103 a rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 10. 2011, č. j. 7 Afs 66/2010) vyplývá, že na dodavatele je nutno pohlížet jako na profesionály ve svém oboru, resp. na subjekty, které jsou nadány jistou mírou odbornosti. Dovozená presumpce profesionality se promítá i do té roviny, že zadavatel nemusí stanovit veškeré dílčí zadávací podmínky zcela přesně a kompletně, ale může se důvodně spoléhat na to, že dodavatelé disponující obvyklými znalostmi a zkušenostmi v daném oboru případné odchylky od zákonné formulace nebo nedostatky zadávacích podmínek sami překlenou, resp. že jim takto „nekompletní" zadávací podmínky nebudou

bránit v podání nabídky. Posouzení splnění podmínky stanovení zadávacích podmínek v dostatečných podrobnostech pro to, aby se dodavatelé mohli účastnit zadávacího řízení na veřejnou zakázku, tak musí probíhat právě ve vztahu k dodavatelům s určitou mírou odbornosti. Uvedené vyplývá i z odborné literatury, podle níž: *„Je však třeba zdůraznit, že hodnocení, zda byly zadávací podmínky stanoveny určitě a jednoznačně, by se mělo provádět z pohledu dodavatele jednajícího s obvyklými znalostmi a péčí s přihlédnutím k podmínkám na trhu, do nějž předmět veřejné zakázky svým věcným vymezením a rozsahem spadá. Dle mínění autorů tohoto komentáře nelze přijmout závěr o neurčitosti či nejasnosti zadávacích podmínek pouze na základě toho, že si je některý z dodavatelů vyložil nesprávně, neboť nedisponoval obvyklými znalostmi či nevynaložil obvyklou péči při studiu zadávacích podmínek.“* (viz Podešva, V., Sommer, L., Votrubec, J., Flaškár, M., Harnach, J., Měkota, J., Janoušek, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Zákon o registru smluv. Komentář. Praha: Wolters Kluwer ČR, 2016, s. 133).

391. V právě šetřeném případě zadavatel neuvedl fyzické sledování dotčených objektů nadzemní zástavby v soupisu prací jako samostatnou položku. Z jeho vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 přitom vyplývá, že tato činnost je zahrnuta v rámci jiných položek soupisu prací (viz bod 386. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V rozhodnutí o námitkách pak k uvedenému zadavatel výslovně konstatoval, že nepožaduje fyzickou obhlídku dotčených objektů jako samostatný úkon, a tedy samotná obhlídka nemůže mít ani vlastní položku ocenění. Současně zadavatel uvedl, že požaduje nacenit veškeré jednotlivé služby, které jsou součástí plnění veřejné zakázky. Co se týče fyzické prohlídky, jedná se dle zadavatele o činnost, kterou není možné ocenit, neboť se jedná o činnost nepravidelnou, či spíše náhodnou. Podle zadavatele fyzické prohlídky není možné samostatně ocenit a účtovat, ale během plnění veřejné zakázky k nim bude docházet, a to např. při odečtu trhlin, ale i v jiných případech. Ocenění fyzické přítomnosti konkrétní osoby zhotovitele u této činnosti je tak dle zadavatele zcela přirozené a nejedná se o žádné „rozpouštění“ dvou odlišných položek (viz bod 388. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

392. Dle Úřadu je šetřený případ právě tou situací, kdy musí dodavatel přistupovat k zadávacím podmínkám s určitou mírou odbornosti, jak bylo Úřadem rozvedeno výše v bodě 390. odůvodnění tohoto rozhodnutí. K tomu Úřad zvláště uvádí, že zadavatel již ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 předložil navrhovateli své vysvětlení, a to, že fyzické sledování je v soupisu prací zahrnuto v jiných položkách, a tudíž nemá svoji samostatnou položku (přičemž zadavatel příkladem uvedl i jednu z položek, u nichž k fyzické prohlídce bude docházet - odečet trhlin). V šetřeném případě se tedy fakticky jednalo o to, že navrhovatel požadoval po zadavateli doplnění soupisu prací o další samostatnou činnost, resp. položku. Navrhovateli však mělo být minimálně z vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 zřejmé, že zadavatel tuto činnost samostatně oceňovat nechce a že tato činnost bude probíhat pouze v rámci jiných činností; dle Úřadu lze přitom vyjít z předpokladu, že navrhovatel jakožto odborník v daném oboru je obecně obeznámen s tím, jaké konkrétní činnosti jednotlivé položky soupisu prací představují a v rámci kterých z těchto činností může v praxi docházet k tomu, že dojde k fyzickému sledování objektů, a tedy do jakých položek je možno tuto činnost zahrnout. Nelze tak konstatovat, že by neuvedením fyzického sledování dotčených objektů v rámci samostatné položky postupoval v rozporu se zákonem.

393. Současně Úřad uvádí, že na rozdíl od navrhovatele nespatřuje netransparentnost ani ve vysvětlení zadávacích podmínek č. 7, neboť jak již Úřad rozvedl výše, navrhovateli, jakožto odborníkovi ve svém oboru, mělo být z vysvětlení zadávacích podmínek č. 7 jasné, že zadavatel po dodavatelích samostatný výkon předmětné činnosti nepožaduje, a tudíž ji nepožaduje ani samostatně ocenit.

394. Úřad tak k této části návrhu uzavírá, že zadavatel ve vztahu k fyzickému sledování dotčených objektů nadzemní zástavby stanovil zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení a současně postupoval transparentně při vysvětlení této části zadávacích podmínek ve vysvětlení zadávacích podmínek č. 7.

Závěr

395. Úřad na základě všech výše uvedených skutečností Úřad uzavírá, že s ohledem na to, že části návrhu týkající se neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020, které bylo téhož dne uveřejněno na profilu zadavatele, a kterým byla dle jmenovaného navrhovatele provedena změna zadávací dokumentace, která prodloužení lhůty pro podání nabídek vyžadovala nepředcházely řádně a včas podané námitky, Úřad dle § 257 písm. h) zákona správní řízení ve vztahu k této části návrhu zastavil, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí. Ve vztahu ke zbývajícím částem návrhu Úřad nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření, a proto rozhodl podle § 265 písm. a) zákona o zamítnutí této části návrhu tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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. Rozklad proti výroku I. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku II. tohoto rozhodnutí 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

Mgr. Markéta Dlouhá
místopředsedkyně

Obdrží

JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
Mgr. Tadeusz Zientek, advokát, Zientek & Olivík, advokátní kancelář, Stodolní 1785/31, 702 00 Ostrava

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