



UOHSX00ENXEG

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0060/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-12706/2021/162/HSc, HBa

Brno 28.06.2021

V řízení o rozkladu doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 19. 3. 2021 navrhovatelem –

- **EUROVIA CS, a. s.**, IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupeným JUDr. Janem Nemanským, advokátem, ev. č. ČAK 10599, IČO 71334271, Advokátní kancelář Chrenek, Kotrba spol. s r. o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0005/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08100/2021/500/Alv ze dne 4. 3. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 7. 1. 2021. jehož dalším účastníkem je zadavatel –

- **Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupený JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, IČO 69703477, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s. r. o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác - Olbrachtova - stavební část**“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000626, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 17. 2. 2020, 24. 2. 2020, 6. 3. 2020, 23. 3. 2020 a dne 3. 4. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie

dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012461, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 029-068412, dne 18. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 034-081248, dne 24. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 038-090843, dne 6. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 047-112172, dne 23. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 058-139951, dne 25. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 060-144544 a dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-160256,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

I.

Výrok II rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0005/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08100/2021/500/Alv ze dne 4. 3. 2021 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

r u š í m.

II.

Výroky I a III rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0005/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08100/2021/500/Alv ze dne 4. 3. 2021 podle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále též „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále též „**zákon**“¹) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky včetně koncese

¹ Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 odst. 1 zákona.

s výjimkou koncesí malého rozsahu, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 7. 1. 2021 návrh z téhož navrhovatele – EUROVIA CS, a. s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 (dále též „**navrhovatel**“) – kterým bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0005/2021/VZ o přezkumu úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 (dále též „**zadavatel**“) – ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác - Olbrachtova - stavební část“, zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000626, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 17. 2. 2020, 24. 2. 2020, 6. 3. 2020, 23. 3. 2020 a dne 3. 4. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012461, ve znění oprav uveřejněných dne 11. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 029-068412, dne 18. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 034-081248, dne 24. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 038-090843, dne 6. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 047-112172, dne 23. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 058-139951, dne 25. 3. 2020 pod ev. č. 2020/S 060-144544 a dne 3. 4. 2020 pod ev. č. 2020/S 067-160256 (dále též „**veřejná zakázka**“).

2. V návrhu navrhovatel kromě tvrzení újmy především namítal, že zadavatel poskytoval konkrétnímu okruhu potenciálních uchazečů o zakázku informační a další výhody. Svě další námítky pak formuloval ve třinácti okruzích. V nich zpochybňoval nedostupnost části zadávací dokumentace, nedostatečnou lhůtu pro podání nabídek, nedostatečné prodlužování této lhůty, neúplnost zadávací dokumentace co do stavebního povolení, výstupů z doplňkového geologického průzkumu a seznamu stavebních prací v referenčních zakázkách. Dále navrhovatel namítal nejasnost zadávací dokumentace stran vyhrazených a dalších změn, nejasnost zadávací dokumentace a její diskriminační charakter v požadavcích na český jazyk realizačního týmu. Navrhovatel rovněž namítal střet zájmů a zvýhodnění některých účastníků zadávacího řízení. V neposlední řadě pak navrhovatel brojil proti požadavku zadavatele na doklady prokazující oprávnění k podnikání, na seznam významných dodávek a bankovní záruku s vazbou na ČR. Závěrem pak navrhovatel zpochybnil vazbu vyhrazeného plnění na zadavatelem požadovanou kvalifikaci.
3. Podrobnou rekapitulaci obsahu návrhu provedl Úřad v bodech 10-30 napadeného rozhodnutí, na něž lze tímto odkázat.

II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 4. 3. 2021 vydal Úřad ve věci rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0005/2021/VZ, č. j. ÚOHS-08100/2021/500/Alv (dále též „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I zastavil správní řízení o návrhu v částech týkajících se neprodloužení lhůty pro podání nabídek podle § 257 písm. h) zákona, neboť této části návrhu nepředcházely včasné námítky. Výrokem II Úřad zastavil dle § 257 písm. b) zákona správní řízení o té části návrhu, která se týkala požadavku na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu „*montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení*“ a oprávnění podnikání v rozsahu „*výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení*“, neboť návrh v této části neobsahoval tvrzení o vzniklé nebo hrozící újmě na právech navrhovatele. Výrokem III Úřad zamítl návrh dle § 265 písm. a) zákona ve zbylé části, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.

5. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad zabýval jednotlivými námitkovými okruhy návrhu a žádnou z námitek neshledal důvodnou. Odůvodnění jednotlivých částí napadeného rozhodnutí je stručně rekapitulováno níže při vypořádání příslušných námitek rozkladu a sleduje strukturu rozkladu.

III. Rozklad navrhovatele

6. Napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 4. 3. 2021. Navrhovatel proti němu podal dne 19. 3. 2021 rozklad datovaný dne 19. 2. 2021, jedná se nicméně zjevně o chybu v psaní. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

7. Rozklad směřuje do všech výroků napadeného rozhodnutí. Navrhovatel namítá nezákonnost napadeného rozhodnutí, jeho nepřezkoumatelnost, nedostatek důkazů a rozpory s předchozí rozhodovací praxí Úřadu. V podrobnostech k jednotlivým námitkám rozkladu odkazují níže na jednotlivé body odůvodnění tohoto rozhodnutí, které sleduje strukturu rozkladu.

Návrh rozkladu

8. Navrhovatel ze všech důvodů uvedených v rozkladu navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. V případě, že předseda Úřadu rozklad zamítne a rozhodnutí potvrdí, zejm. pak ve vztahu k výrokům I a II rozhodnutí, vyzývá navrhovatel Úřad k tomu, aby zahájil řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky z moci úřední a vydal předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

IV. Vyjádření zadavatele k rozkladu

9. Dne 7. 4. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k rozkladu, ve kterém zadavatel konstatuje, že opětovně odmítá nařčení, že by zadávací podmínky byly „šity na míru“ některému dodavateli, považuje tvrzení navrhovatele v tomto směru za spekulativní. Zadavatel shrnuje, že žádná ze vznesených námitek není relevantní a zadavatel se nedopustil žádného z vytýkaných porušení zákona. Zadavatel odkazuje na své rozhodnutí o námitkách, vyjádření k návrhu a na veškerou argumentaci v nich obsaženou. Doplnuje ji o vyjádření k jednotlivým námitkám rozkladu, na které lze odkázat níže k jednotlivým bodům odůvodnění tohoto rozhodnutí, které sleduje strukturu rozkladu.

10. Zadavatel závěrem svého vyjádření shrnuje, že nadále považuje svůj postup za zákonný a nespátřuje v něm žádné porušení zákona. Celé správní řízení vnímá zadavatel především jako obchodní boj mezi jednotlivými stavebními společnostmi. Dle zadavatele je tak napadené rozhodnutí zcela zákonné, správné, kompletní a přezkoumatelné, proto žádá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

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

12. Předseda Úřadu vydal v řízení o rozkladu dne 27. 4. 2021 usnesení sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. ÚOHS-14033/2021/161/HBa, kterým uložil zadavateli, aby se vyjádřil k tomu, v jakém stádiu plnění byly jednotlivé smlouvy na zajištění doplňkových geologických průzkumů (dále též „DGP“) k 30. 4. 2020 a jaké byly zjištěny odchylky od výsledků geologických průzkumů, na jejichž základě byla zpracována zadávací dokumentace k veřejné zakázce, a aby doložil veškeré dokumenty, které zadatelova tvrzení prokazují. Na žádost zadavatele mu byla k doplnění tvrzení stanovena usnesením předsedy Úřadu ze dne 11. 5. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. ÚOHS-15523/2021/161/HBa dodatečná lhůta.
13. Zadavatel se k výzvě předsedy Úřadu vyjádřil podáním ze dne 14. 5. 2021, k němuž přiložil šest příloh obsahujících celkovou situaci trasy metra s vyznačením rozsahu DGP a záběrové listy dokumentující stav plnění z jednotlivých smluv na provedení DGP. Zadavatel ve svém podání zdůraznil, že zvýhodnění, které měli zhotovitelé doplňkových geologických průzkumů při podání nabídky, je přirozenou výhodou. Dále uvedl, že rozhodné datum pro posouzení relevance poznatků z DGP je několik týdnů před podáním nabídek, nikoliv až konec lhůty pro podání nabídek, neboť pozdější poznatky již není technicky možné v nabídce zohlednit.
14. Zadavatel ve svém podání rekapituloval stav jednotlivých DGP ke konci lhůty pro podání nabídek, tedy ke dni 30. 4. 2020, následovně. K části PAD1b zadavatel uvedl, že byla téměř dohloubena vstupní jáma, nebylo však zahájeno realizování dlouhého vodorovného průzkumného vrtu, který byl účelem dané části DGP. Vstupní jáma je navíc mimo budoucí trasu metra D. K části PAD4 zadavatel uvedl, že byla vyhloubena jáma a byla zrealizována část ražby v délce celého profilu. Realizace pokusných injektáží, které byly nezbytné pro naplnění primárního účelu této části DGP, byla zahájena až v červenci 2020, realizace geotechnické rozrážky včetně pokusů *in situ* probíhá v květnu 2021. K části VO OL uvedl zadavatel, že byla vyhloubena šachta (jáma). Ražby byly sice započaty, ale dokončeny byly v cca jedné třetině. Nebylo započato se zkouškami horninových injektáží k ověření geomechanických vlastností prostředí (významný účel daného DGP). K části OL1 zadavatel sdělil, že úkolem tohoto díla bylo ověření napěťo-deformačního stavu horniny přímo pod pilotami budovy Residence Rozhledna. Průzkumné dílo je situované mimo polohu výstavby I. etapy trasy metra D, byla dokončena hloubená jáma, štola v plném profilu a část ražeb kaloty. Zadavatel pak na základě svých poznatků konstatoval, že ani v době podání nabídek, ani dosud žádný subjekt nedisponuje takovými informacemi, které by mohly vytvářet neoprávněnou konkurenční výhodu při podání nabídek ve veřejné zakázce. Ke dni podání nabídek nebyla zjištěna žádná odchylka, která by měnila informace, dle kterých byla zpracována zadávací dokumentace. Argumentaci navrhovatele považuje zadavatel za bezpředmětnou a navrhuje rozklad zamítnout.
15. Vzhledem k tomu, že v průběhu řízení o rozkladu byly doplněny podklady řízení o vyjádření zadavatele, byla účastníkům řízení dána možnost se k doplněným podkladům vyjádřit. Svého práva využil navrhovatel a k věci se vyjádřil podáním ze dne 28. 5. 2021, které bylo Úřadu doručeno téhož dne. Ve svém vyjádření navrhovatel předně rozporuje procesní postup předsedy Úřadu, kdy v rámci řízení o rozkladu vyzval zadavatele k doplnění tvrzení a důkazů, a tím tomuto účastníkovi umožnil, aby doplňoval další podklady pro rozhodnutí. Odkazuje v této souvislosti na úpravu koncentrace řízení dle § 251 odst. 4 zákona a tvrdí, že uvedený postup nelze odůvodnit ani postupem dle § 50 odst. 3 správního řádu. Postup považuje za neakceptovatelný a mající vliv na zákonnost řízení, neboť k takto doplněnému podání nelze

přihlížet, v postupu spatřuje újmu, kterou mu bylo odebráno právo podat řádný opravný prostředek.

16. Následně navrhovatel opakuje své rozkladové námitky spočívající v tvrzení o neoprávněném zvýhodnění dodavatelů realizujících DGP resp. v diskriminaci těch dodavatelů, kteří případné informace z realizace DGP neměli, předmětné informace považuje za zcela zásadní pro přípravu nabídek. Navrhovatel rovněž zpochybňuje množství, kvalitu a věrohodnost zadavatelem předaných dokumentů, které přiložil ke svému vyjádření ze dne 14. 5. 2021, a tvrdí, že zadavatel mohl účelově předložit pouze část dokumentů k jednotlivým DGP. Navrhovatel konstatuje, že zadavatel rozhodně nesplnil to, co mu bylo usnesením z 27. 4. 2021 předsedou Úřadu uloženo, neboť jednak nedoložil veškeré relevantní dokumenty prokazující jeho tvrzení, jednak doložil pouze dokumenty účelově vytvořené a nevěrohodné.
17. Navrhovatel v další části vyjádření dle svého tvrzení vyvrací jednotlivá tvrzení zadavatele obsažená v jeho vyjádření ze dne 14. 5. 2021, přičemž odkazuje na dokumenty zveřejněné ke všem částem DGP v registru smluv. K části PAD1b uvádí harmonogram prací a dále odkazuje na změnový list 01/PAD1 ze dne 6. 2. 2020, z něhož má vyplývat zjištění změny geologických podmínek a návazné nutnosti prodloužení lhůty pro realizaci o 52 dnů. Odkazuje i na změnový list 02/PAD1b ze dne 7. 10. 2020, z něhož má vyplývat, že došlo k nepředvídatelným nadvýrubům a přítokům vody, že horizontální průzkumný vrt zhavaroval v délce 140 m vlivem tektonického porušení horninového masivu a bylo navrženo provedení tří nových vertikálních vrtů. Odkazuje i na zprávu z časopisu Tunel č. 4/2020, dle níž mělo k zahájení průzkumného díla dojít 11. 1. 2020.
18. K části PAD4 uvádí opět harmonogram díla dle smlouvy, následně odkazuje na změnový list 01/PAD4, dle něhož vlivem změn došlo k posunu termínu pro dokončení této části DGP o 51 dnů a na změnový list 02/PAD4 ze dne 10. 7. 2020, z něhož mají vyplývat zcela zásadní skutečnosti o nestandardních situacích v podzemí, kdy docházelo k pohybům spodní vody a v důsledku toho k sedání vodovodního potrubí. Tato situace měla být rovněž řešena v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 38, kdy mělo dojít ke změnám mezních hodnot uvedených v zadávací dokumentaci veřejné zakázky i třídám výrubu. Navrhovatel opětovně odkazuje i na časopis Tunel č. 4/2020, v němž měl být rovněž zmíněn vliv snižování hladiny spodní vody v kosovském souvrství na okolní objekty. Poukazuje na závěry Rady monitoringu (dále jako „RAMO“) ze dne 30. 3. 2020, dle kterých byla doporučena změna technologické třídy výrubu, a bylo řešeno překročení prvního varovného stavu.
19. K části VO OL navrhovatel odkazuje na harmonogram prací, dále na změnový list 03/VO-OI ze dne 30. 4. 2020 uvádějící změny geologických podmínek při ražbě a na změnový list 04/VO-OI ze dne 5. 5. 2020, kde má být uvedeno zjištění, že geotechnické poměry v předmětném úseku jsou značně odlišné oproti předpokladům. Tato změna prodloužila dobu pro dokončení realizace této části DGP o 54 dnů.
20. K části OL1 navrhovatel uvádí, že se jedná o oblast pro realizaci veřejné zakázky klíčovou, odkazuje dále na harmonogram prací, kdy těžební jáma (šachta) byla realizována od 5. 10. 2019 do 28. 1. 2020, ražba průzkumné štoly probíhala od 12. 2. 2020 do 9. 7. 2020, geologické vyhodnocení ražeb probíhala také od 12. 2. 2020 do 9. 7. 2020.
21. Ke všem částem DGP pak navrhovatel uvádí, že dodavatelé disponovali množstvím informací přímo z podzemí a přesně znali skutečný stav, který neodpovídal předpokladům uvedeným

v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Ze soupisů prací jednotlivých děl má být zjevné, že sběr dat z DGP probíhal již v průběhu ražeb a nikoliv až po jejich dokončení, množství dat získané dodavatelé bylo dle navrhovatele enormní. Zadavatel dle navrhovatele informace zamlčoval, zkresloval nebo podával informace nepravdivé. Závěrem navrhovatel uvádí, že pokud předseda Úřadu neshledá důvody k tomu, aby zadávací řízení bylo bez dalšího zrušeno, je dán důvod ke zrušení prvostupňového rozhodnutí Úřadu a vrácení věci k novému projednání, a to minimálně z důvodu nutnosti dalšího dokazování v této otázce. Navrhovatel trvá na svém rozkladu, resp. návrhu uvedeném v rozkladu, aby předseda Úřadu prvostupňové rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

22. Toto podání navrhovatele ze dne 28. 5. 2021 bylo následně včetně příloh zasláno zadavateli na vědomí s tím, že lhůta k replice nebyla stanovena. Zadavatel následně z vlastní iniciativy zaslal dne 4. 6. 2021 repliku k uvedenému vyjádření, v níž rozporuje tvrzení navrhovatele a označuje je za zavádějící a nepravdivá. Trvá na svém vyjádření ze dne 14. 5. 2021 s tím, že nic z toho, co se zhotovitelé DGP dozvěděli ke dni 30. 4. 2020 z provádění DGP, nemělo, resp. nemohlo mít vliv na přípravu jejich nabídky. Žádná informace pak neměla vliv na správnost zadávací dokumentace veřejné zakázky. Danou část argumentace rozkladu tak nadále považuje zadavatel za bezpředmětnou a irelevantní a navrhuje ji zamítnout stejně jako celý podaný rozklad.

Stanovisko předsedy Úřadu

23. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
24. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl výrokem I a III správně a v souladu se zákonem. V části napadeného rozhodnutí, o níž bylo rozhodnuto výrokem II, bylo rozhodnuto nesprávně: namísto toho, aby bylo správní řízení v předmětné části zastaveno, měl být návrh zamítnut. Proto jsem výrok II napadeného rozhodnutí zrušil a změnil související odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem přistoupil ke zrušení výroku II napadeného rozhodnutí, aniž bych věc v této části Úřadu vrátil k novému projednání, proč jsem přistoupil k potvrzení výroku I a III napadeného rozhodnutí, ke změně odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí a k zamítnutí podaného rozkladu.

VI. K námitkám rozkladu a ke zrušení výroku II napadeného rozhodnutí

Obecně k charakteru návrhu a nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí

25. Než bude přistoupeno k odůvodnění jednotlivých závěrů ve vztahu k částem napadeného rozhodnutí a návrhu, považuji za vhodné uvést některé obecné teze, které se týkají celkového charakteru podaného návrhu a tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí. V daném případě byl podán návrh dodavatelem, který je velkou stavební společností zabývající se zejména dopravně-inženýrským stavebnictvím. O možném zájmu navrhovatele o realizaci veřejné zakázky tak není v obecném směru pochyb. Přesto však byl návrh, kterým je tvrzena

nezákonnost zadávacích podmínek, podán poslední den lhůty pro podání nabídek, navrhovatel vlastní nabídku nepodal. Návrh je velmi obsáhlý a zahrnuje celkem 13 jednotlivých okruhů námitek nezákonnosti zadávacích podmínek veřejné zakázky. Navrhovatel rovněž tvrdí, že v důsledku každé jediné tvrzené nezákonnosti zadávacích podmínek mu hrozila újma spočívající v nemožnosti účastnit se zadávacího řízení. Většina námitek je pak formulována velmi obecně, kdy navrhovatel poukazuje na určitá pochybení zadavatele projevující se v koncepci zadávacích podmínek, avšak pouze ojediněle konkretizuje dopady tvrzených nezákonností do vlastní sféry.

26. V této souvislosti je vhodné zabývat se charakterem řízení o přezkoumání úkonů zadavatele zahájeného na návrh. Ačkoliv se jedná o řízení, které je ovládáno zásadami správního řízení, obsahuje významné prvky kontradiktornosti, jak bylo opakovaně judikováno (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 As 74/2015 – 56 ze dne 29. března 2016 nebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 29/2011 – 143 ze dne 29. 11. 2012). I když tedy v zásadě platí, že Úřad zjišťuje i bez návrhu všechny rozhodné okolnosti svědčící ve prospěch i v neprospěch toho, komu má být jeho rozhodnutím uložena povinnost, není toto pravidlo zcela bezbřehé.
27. Shora uvedená kontradiktornost přibližuje správní řízení vedené o návrhu ke spornému řízení ve smyslu § 141 správního řádu, ve kterém je zdůrazněna aktivita účastníků řízení a odpovědnost za vymezení sporných skutkových otázek. Proto je v případě zahájení řízení na návrh Úřad určitým způsobem „odkázán“ na přezkoumávání těch pochybení, která jsou v podaném návrhu specifikována (což však nevylučuje možnost zahájit řízení i z moci úřední). S uvedeným prvkem kontradiktornosti (a blízkosti spornému řízení) se pak pojí povinnost účastníků unést břemeno tvrzení a v některých případech i břemeno důkazní. Tato povinnost neplatí tak striktně, jako je tomu ve sporném řízení dle § 141 správního řádu nebo dokonce sporném řízení civilním, avšak v určitých situacích je poměřována s možnostmi, jaké má Úřad při zjišťování skutkového stavu.
28. Nejvýrazněji se na povinnost účastníka řízení unést břemeno tvrzení a důkazní poukazuje v případě důvodů pro zadání veřejné zakázky formou jednacích řízení bez uveřejnění, které je povinen tvrdit a prokázat zadavatel, neboť jen on je schopen takové důvody řádně formulovat a Úřad není schopen je „domýšlet“ za něj, jednoduše již proto, že konkrétní okolnosti na straně zadavatele zpravidla nemůže znát (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 2 As 126/2019 – 78 ze dne 31. 8. 2020, nebo rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 93/2017 – 94 ze dne 7. 8. 2019).
29. Podobné principy, i když v mnohem mírnější formě a s důrazem na břemeno tvrzení, musí být dle mého názoru uplatněny i v případě namítání určitých nezákonností v zadávacích podmínkách ze strany navrhovatele. Navrhovatel, pokud chce se svým návrhem uspět, musí ve vlastním zájmu formulovat případná pochybení zadavatele natolik dostatečně, aby v Úřadu vzbudil dostatečné pochyby o nezákonnosti postupu zadavatele, které je pak Úřad schopen dále posoudit a případně i prokázat. Pokud jsou tvrzení obsažená v návrhu příliš obecná a Úřad jimi není dostatečně nasměrován k jádru problému a jeho faktickému dopadu do sféry navrhovatele tak, aby mohl případné pochybení zadavatele dostatečně konkretizovat a prokázat, není takový návrh způsobilý uspět. Úřad se nemůže domýšlet všech nezákonností, kterých by se mohl zadavatel v zadávacím řízení dopustit. Příliš obecný návrh se tak *ad*

absurdum neliší od postupu, kterým by Úřad sám aktivně přezkoumával celé zadávací řízení a hledal v něm nezákonnosti.

30. Uvedenou úvahou nechci naznačit, že navrhovatelé musí vždy naprosto detailně popsat a konkretizovat tvrzené nezákonnosti a případně je i doložit důkazy, na druhou stranu nelze ani zcela obecně tvrdit, že zadavatel určitou zadávací podmínkou porušil zákon, aniž by bylo Úřadu dostatečně naznačeno proč. Obecně lze tedy konstatovat, že návrh musí vždy obsahovat taková tvrzení a případně i důkazy, které vzbudí v Úřadu dostatečnou míru pochybností o zákonnosti postupu zadavatele. Potřeba doložit tvrzení i důkazy je dána charakterem těchto tvrzení, neboť některá tvrzení mohou „punc“ věrohodnosti získat pouze, pokud jsou podložena nějakým důkazem, jiná mohou vzbudit pochybnosti již sama o sobě.
31. Posoudíme-li návrh jako celek, je nutno uzavřít, že obsahuje velké množství právě takových obecných tvrzení o nezákonnosti určitého postupu zadavatele s tím, že navrhovatel v podstatě požaduje, aby Úřad tyto nezákonnosti dohledával a prokazoval navrhovaným odborným posouzením či znaleckým posudkem. Takové tendence je nutno odmítnout, neboť povinnost Úřadu zjišťovat rozhodné skutečnosti nad rámec těch, které do správního řízení vnesou sami účastníci, takto dalece nesahá. Po Úřadu tedy nelze chtít, aby dohledával jednotlivá konkrétní pochybení zadavatele, zejména pokud se pohybují v ryze odborné rovině. Zavazovat takto bez předchozího vymezení konkrétního pochybení ze strany navrhovatele znalce, aby přezkoumal určitou odbornou část zadávací dokumentace a sděloval, jakých nezákonností se v ní zadavatel dopustil, je nemyslitelné. Úřad je v takovém případě odkázán na vypořádání případných námitek v obdobné obecné rovině, neboť nemá povinnost domýšlet se, jaké konkrétní negativní dopady by tvrzená pochybení mohla na navrhovatele mít.
32. Dalším problematickým prvkem návrhu je jeho velká obsáhlost. Navrhovatel uvádí celkem 13 okruhů námitek proti zadávacím podmínkám, které se často rozpadají na mnoho dalších „podnámitek“. Je až s podivem, že by zadávací podmínky měly trpět tolika fatálními vadami, když do zadávacího řízení byly podány celkem 3 nabídky, což je s ohledem na enormní velikost veřejné zakázky poměrně velké množství. Skutečnost, že návrh obsahuje velké množství námitek, sama o sobě neznamená, že na něj lze *a priori* nahlížet jako na návrh obstrukční, avšak takový návrh může tento dojem zcela jistě vyvolat. Pokud se pak navíc jedná o návrh podaný proti zadávacím podmínkám v poslední den lhůty pro podání nabídek (kdy je již velmi obtížné vytýkané vady případně zhojit), kdy navíc mnoho tvrzených problémů mohlo být řešeno v rámci vysvětlení zadávací dokumentace, případně námitkami podanými v průběhu lhůty pro podání nabídek, budí takto podaný návrh jisté podezření, že jeho pravým účelem není domoci se férové soutěže o veřejnou zakázku. I přes shora uvedené však lze již na tomto místě upozornit na skutečnost, že všechny případy jsou ze strany Úřadu posuzovány zcela objektivně.
33. V žádném případě nenaznačuji, že na obsáhlé námitky podané proti zadávací dokumentaci v poslední den lhůty pro podání nabídek bude ze strany Úřadu nahlíženo odlišně než na jiné (naopak Úřad napadeným rozhodnutím prokázal, že se návrhem zabýval velmi podrobně a ve všech směrech). Chci však povzbudit dodavatele, aby případné problémy zadávací dokumentace řešili primárně v době, kdy lze ještě ze strany zadavatele provést nápravu, neboť řešením ze strany Úřadu může být toliko zrušení zadávacího řízení. Je nutno si uvědomit, že účelem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek je zejména hospodárné nakládání

s veřejnými prostředky a zachování hospodářské soutěže, Úřad naopak nesmí sloužit jako nástroj konkurenčního boje mezi dodavateli.

34. Napadené rozhodnutí považuji za správné a velmi precizně a podrobně odůvodněné (i když některé pasáže odůvodnění budou určitým způsobem doplněny či korigovány), nemohu se tedy v žádném případě ztotožnit s opakovaným tvrzením navrhovatele, které se vine podaným rozkladem jako červená nit, a to že napadené rozhodnutí je nepřezkoumatelné. Tato výtka navrhovatele působí neoprávněně rovněž s ohledem na shora popsany charakter návrhu, který je jednak velmi obsáhlý a dále mnohdy pouze obecně formulovaný. Požadavek, aby předmětný návrh byl vypořádán do poslední námitky s tím, že hloubka tohoto vypořádání má o několik tříd převyšovat hloubku návrhové argumentace, je nepřijatelný. Zastávám naopak názor, že rozsah reakce na konkrétní námitky má být přiměřený jejímu významu a hloubce, plně v duchu závěrů obsažených v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2019, č. j. 10 As 252/2019-256, z jehož bodu 67 se podává následující: *„NSS dále konstatuje, že rozsah reakce na konkrétní námitky je spjat s otázkou hledání míry. Povinnost orgánů veřejné moci (včetně orgánů moci soudní) řádně odůvodnit svá rozhodnutí nelze vykládat jako povinnost detailně odpovědět na každou námitku. Proto zpravidla postačuje vypořádat alespoň základní námitky účastníka řízení (viz rozsudek NSS ze dne 30. 4. 2009, čj. 9 Afs 70/2008-130), případně dát i jen implicitní odpověď (srov. např. usnesení Ústavního soudu ze dne 18. 11. 2009, sp. zn. II. ÚS 2774/09, či rozsudek NSS ze dne 21. 12. 2011, čj. 4 Ads 58/2011-72). Takový postup je vhodný zejména u velmi obsáhlých podání; opačný postup by mohl vést až k absurdním důsledkům a k porušení zásady efektivit a hospodárnosti řízení. Za taková podání lze označit právě jednotlivá podání, která byla předkládána krajskému soudu v průběhu řízení o žalobě, ať už se jedná o samotnou žalobu, nebo jednotlivá vyjádření k ní. Nelze proto vytýkat krajskému soudu, že v rozsudku nereagoval jednotlivě na všechny uplatněné námitky. Z napadeného rozsudku jako celku je ovšem zřejmé, jakým způsobem se krajský soud vypořádal s žalobními námitkami a argumenty dalších účastníků řízení, jakými úvahami byl veden, jak uvážil o sporných otázkách; jeho závěry jsou srozumitelné. Napadený rozsudek je proto dostatečně odůvodněn a nelze jej považovat za nepřezkoumatelný. Pocity stěžovatelů, že se krajský soud nevypořádal s jejich argumentací, plynou z toho, že na tento rozsudek nepohlíží jako na celek, který jim v souhrnu, a to i implicitně, dává odpovědi na jimi vznesené argumenty.“* Ve světle shora uvedeného tak uzavírám, že napadené rozhodnutí nelze považovat za nepřezkoumatelné.
35. Shora uvedené závěry lze považovat za určité obecné východisko ve vztahu k vypořádání jednotlivých částí napadeného rozhodnutí a rozkladových námitek. Ačkoliv jsou jednotlivé námitky vypořádány podrobně a s ohledem na svá specifika, shora uvedené závěry se uplatní napříč celým rozhodnutím o rozkladu a bylo k nim přihlédnuto ve všech částech tohoto rozhodnutí, ke kterým se z povahy věci mohou vztahovat.

K námitce nemožnosti doplnění podkladů rozhodnutí ve fázi řízení o rozkladu

36. Vedle obecných východisek uvedených shora je před odůvodněním jednotlivých závěrů ve vztahu k částem napadeného rozhodnutí a návrhu nutno vypořádat procesní námitku navrhovatele obsaženou v jeho podání ze dne 28. 5. 2021. Tato námitka rozporuje procesní postup předsedy Úřadu, kterým na základě usnesení ze dne 27. 4. 2021 sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. ÚOHS-14033/2021/161/HBa uložil zadavateli, aby se vyjádřil ke stavu plnění DGP ke dni 30. 4. 2020 a tento stav doložil. Navrhovatel odkazuje v této souvislosti

na úpravu koncentrace řízení dle § 251 odst. 4 zákona a tvrdí, že uvedený postup nelze odůvodnit ani postupem dle § 50 odst. 3 správního řádu.

37. Námitku nepovažuji za důvodnou. Předně je třeba konstatovat, že tvrzení ohledně rozpracovanosti DGP a minimálního vlivu jejich výstupů na zadávací podmínky veřejné zakázky konstatoval zadavatel již ve svém vyjádření k návrhu ze dne 18. 1. 2021, kde zejm. v bodech 95 a 96 konstatuje, že do konce lhůty pro podání nabídek neexistovaly výstupy z doplňkových geologických průzkumů, které by výrazně ovlivnily předmětnou veřejnou zakázku, neexistovala žádná zpráva, která by zpřesňovala zadávací podmínky. Zadavatel zde připouští obecnou míru informačního zvýhodnění stávajících dodavatelů, kterou považuje za přirozenou a tvrdí, že ji svým postupem minimalizoval, následně uvádí informace k průběhu provádění doplňkového geologického průzkumu.
38. Pokud tedy bylo přistoupeno k doplnění podkladů ve vztahu k rozpracovanosti DGP ke dni 30. 4. 2020, bylo tak učiněno pouze k doplnění a doložení původních tvrzení zadavatele, a to v souladu s ustanovením § 3 správního řádu, dle něhož je Úřad povinen zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti. Koncentrace řízení omezuje toliko procesní práva účastníků řízení, nikoliv pravomoci Úřadu, nedošlo tak k nahrazení nutné aktivity zadavatele, který se k dané námitce vyjádřil již ve svém prvním podání ve věci. Navrhovateli pak bylo vyjádření zadavatele ze dne 14. 5. 2021 doručeno a byla mu poskytnuta dostatečná lhůta k vlastnímu vyjádření, které předložil dne 28. 5. 2021. Popsaný postup tak byl zcela v souladu se zákonem a nebyla jím porušena pravidla koncentrace řízení dle § 251 odst. 4 a 5 zákona ani rovnost účastníků.
39. V této souvislosti lze odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 22. 4. 2020, č. j. 31 Af 44/2018 – 261, zejména na jeho body 50-52, z nichž se podává následující: *„Stejně tak se soud ztotožňuje s argumentací žalovaného, že koncentrace řízení dle § 251 odst. 5 ZZVZ nemůže zbavovat žalovaného jedné povinnosti zjistit stav věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti (viz § 3 správního řádu), jedné s tím souvisejícího oprávnění opatřovat podklady pro vydání rozhodnutí, kterému odpovídá také povinnost součinnosti účastníků řízení (viz § 50 odst. 2 správního řádu). Smyslem stanovené lhůty je koncentrovat námitky a návrhy na provedení dokazování ze strany účastníků řízení do rané fáze správního řízení. Koncentrace řízení tedy představuje omezení procesních práv účastníků řízení nikoliv omezení pravomocí žalovaného. Opatřuje-li žalovaný v návrhovém řízení podklady rozhodnutí i po koncentrační lhůtě, může být jistě důsledkem takového postupu to, že takto získané podklady budou podporovat tvrzení některého z účastníků řízení. Takový důsledek ovšem nelze bez dalšího považovat za porušení rovnosti účastníků řízení. Koncentrace řízení totiž nezabavuje účastníky řízení oprávnění vyjádřit se k takto získanému podkladu (viz § 36 odst. 3 správního řádu), v čemž je imanentně zahrnuto také oprávnění navrhnout důkazy vyvracející relevanci, věrohodnost, pravdivost či platnost tohoto podkladu (zejména jde-li o podklad, s nímž nebyl účastník řízení do té doby seznámen). Koncentrace řízení je tedy sice de facto prolamována činností žalovaného směřující ke zjištění stavu věci, o němž nejsou důvodné pochybnosti, ovšem nikoliv jednostranně, tj. nejen ve vztahu k účastníkovi řízení, v jehož prospěch hovoří žalovaným nově získané podklady, nýbrž také ve vztahu ke všem zbývajícím účastníkům řízení. O porušení rovnosti účastníků by bylo možné hovořit pouze v případě, kdy by byla z postupu správního orgánu patrná snaha vlastní vyhledávací činností nahradit nezbytnou aktivitu účastníka řízení a účelově tak obejít koncentraci řízení dle § 251 odst. 5 ZZVZ. O takový případ se však v*

posuzované věci nejedná. Jak již soud uvedl výše, zadavatel měl povinnost ve lhůtě dle § 254 odst. 5 ZZVZ žalovanému sdělit důvody svého postupu (tj. vysvětlit, proč podle jeho názoru spadá jeho postup pod výjimku dle § 11 ZZVZ). Povinnost předložit plán činnosti dle § 13 odst. 2 ZZVZ mu ze zákona nevyplývala. Jelikož však byl plán činnosti nezbytným podkladem pro rozhodnutí žalovaného, neboť bez něj nemohl posoudit splnění podmínky § 11 odst. 1 písm. c) ZZVZ, bylo na místě tento podklad od zadavatele vyžádat. Zadavatel pak jeho předložením na výzvu ze strany žalovaného primárně plnil svou povinnost součinnosti. Postup žalovaného proto nelze hodnotit jako snahu o nahrazení aktivity zadavatele, nýbrž jako snahu o zjištění skutkového stavu, o němž nejsou důvodné pochybnosti (v souladu s ustanovením § 3 správního řádu), a to cestou, kterou zákon předvídá (viz § 50 odst. 2 správního řádu).“

40. Navrhovatel ke svému podání ze dne 28. 5. 2021 odkazoval na časopis Tunel, č. 4/2020, který ke svému vyjádření k podkladům rozhodnutí přiložil. Odkazoval nicméně i na jednotlivé smlouvy na provádění doplňkových geologických průzkumů, jejich přílohy a dodatky, které k vyjádření přiloženy nebyly, neboť se jedná o dokumenty zveřejněné v registru smluv. Navrhovatelem odkazované smluvní dokumenty jsem učinil součástí správního spisu, ovšem toliko za účelem zdokumentování jejich obsahu ke dni vydání rozhodnutí s ohledem na skutečnost, že byly uveřejněny na internetové stránce registru smluv. Jedná se o dokumenty, jejichž obsahem navrhovatel argumentuje a je s nimi důkladně seznámen, a současně se jedná o dokumenty vytvořené a zveřejněné zadavatelem. Z tohoto důvodu jsem vyhodnotil jako nadbytečné a v rozporu se zásadou ekonomie řízení vyzývat účastníky řízení k vyjádření k těmto podkladům rozhodnutí. Předmětné podklady byly oběma účastníkům řízení známy, navíc nejsou rozhodné pro meritorní rozhodnutí ve věci, ale toliko k vypořádání námitek rozkladu navrhovatele, kterému v jejich interpretaci nebylo přisvědčeno.

K výroku I

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

41. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje, že zadavatel uveřejnil řadu vysvětlení zadávací dokumentace. Pokud navrhovatel nesouhlasil s tím, že současně s některým vysvětlením nebyla adekvátně prodloužena lhůta pro podání nabídek, měl se proti postupu zadavatele bránit průběžně námitkami. Jednání zadavatele dle § 99 odst. 2 zákona je úkon, tedy lhůta pro podání námitek je 15denní a počíná plynout po jeho doručení navrhovateli, tedy netrvá nutně až do uplynutí lhůty pro podání nabídek. Námitky, které navrhovatel podal, jsou tak opožděné a řízení o tomto okruhu námitek je proto povinen zastavit podle § 257 písm. h) zákona.
42. Dle navrhovatele je lhůta pro podání nabídek součástí zadávacích podmínek, námitky proti jejímu neprodloužení jsou námitky proti zadávací dokumentaci, nelze to uměle oddělovat. Kromě toho sám Úřad ve svých rozhodnutích vyslovuje i opak. Jeho rozhodovací praxe je v tomto ohledu nekonzistentní a účelová, což navrhovatel demonstruje na řadě příkladů. Pokud byly námitky opožděné, měl Úřad pro tuto část návrhu zahájit řízení *ex offo*.
43. Zadavatel sděluje, že se ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí. Z obsahu námitek navrhovatele je dle jeho názoru jednoznačné, že směřovaly proti postupu zadavatele spočívajícímu ve způsobu prodloužování (či neprodloužování) lhůty pro podání nabídek, nikoliv proti samotnému obsahu vysvětlení zadávací dokumentace. Základní smysl a účel podání námitek má být brojit proti domnělému nezákonnému postupu zadavatele rychle

a neprodleně s tím cílem, aby bylo možné případný nezákonný postup zadavatele co nejdříve napravit.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

44. Výrok I napadeného rozhodnutí je založen na tom, že v zadávacím řízení je nutno odlišovat úkony zadavatele od zadávací dokumentace. Podá-li zadavatel vysvětlení zadávací dokumentace, stává se vysvětlení součástí zadávacích podmínek. Je-li naplněna hypotéza § 99 odst. 2 zákona, je zadavatel současně povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek a toto jeho jednání (úkon) je postupem v zadávacím řízení, proti němuž je třeba se bránit námitkami jen ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy bylo vysvětlení publikováno, neboť současně s ním měla být lhůta pro podání nabídek prodloužena dle § 99 odst. 2 zákona. Po přezkoumání těchto dílčích závěrů napadeného rozhodnutí jsem se s nimi ztotožnil, a to z následujících důvodů.
45. Zákon v oblasti přezkumu postupu zadavatele zjednodušeně řečeno odlišuje v § 242 námitky proti úkonům nebo opomenutím zadavatele, tedy jeho postupu v zadávacím řízení (dále též „**postup**“), a námitky proti podmínkám (kvalifikačním či zadávací dokumentaci).
46. Co se týká úkonů zadavatele, zákon neobsahuje žádný jejich souhrnný výčet. Z ustanovení § 241 odst. 2 zákona se podává, že „*námitky lze podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení...*“. Rovněž návrh lze podat dle § 250 odst. 1 zákona „*proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, zejména proti...*“. Zákon reflektuje, že právně lze jednat konáním nebo opomenutím.
47. Jakkoliv tedy zákon nepředkládá celý výčet možných úkonů, příp. opomenutí zadavatele, lze obsah tohoto pojmu dovodit z práva soukromého a postupem zadavatele bude takové jeho jednání, které vyvolává právní následky v zadávacím řízení. Pokud tedy zadavatel vysvětlením zadávací dokumentace ve smyslu § 98 provede změnu zadávacích podmínek, je povinen postupovat podle § 99 zákona, vyžaduje-li to povaha změny (nebo doplnění) zadávací dokumentace. Pokud zadavatel zveřejní ve Věstníku veřejných zakázek opravný formulář, kterým prodlouží lhůtu pro podání nabídek dle § 99 odst. 2 zákona, jedná se o jednání/úkon zadavatele.
48. Zadavateli je v posuzované věci vytýkáno, že zveřejnil řadu vysvětlení zadávací dokumentace, avšak porušil § 99 odst. 2 zákona tím, že neprodloužil přiměřeně lhůtu pro podání nabídek.
49. To, čeho se zadavatel dle navrhovatele dopustil, je opomenutí prodloužit lhůtu pro podání nabídek, či úkon spočívající v nedostatečném prodloužení lhůty pro podání nabídek. Obojí dle navrhovatele představuje porušení ustanovení § 99 odst. 2 zákona. Za situace, kdy byla dle navrhovatele naplněna hypotéza § 99 odst. 2 zákona (došlo ke změně zadávací dokumentace, která vyžadovala prodloužení lhůty pro podání nabídek), zadavatel dle jeho názoru nejednal v souladu s tímto ustanovením.
50. Námitky proti porušení § 99 odst. 2 nejsou a z povahy věci nemohou být námitkami proti zadávací dokumentaci, resp. proti zadávacím podmínkám. Tím, že zadavatel neprodlouží lhůtu pro podání nabídek v souvislosti s konkrétní změnou zadávací dokumentace, totiž zadavatel do zadávací dokumentace nezasahuje, pouze nečiní, co „*současně*“ se změnou zadávací dokumentace dle § 99 odst. 2 zákona činit má, čímž porušuje svou povinnost postupovat řádně v zadávacím řízení. Proti nezákonnému postupu zadavatele v zadávacím řízení je třeba se bránit námitkami ve lhůtách dle § 242 odst. 1 a 2 zákona, a to podle charakteru porušení

zákona. Tento právní názor nepředstavuje novinku v rozhodovací praxi, odkázat lze na rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0385/2020/VZ ze dne 30. 11. 2020, popř. na rozhodnutí odkazované Úřadem v bodu 124 napadeného rozhodnutí.

51. Lhůta pro podání námitek proti porušení § 99 odst. 2 zákona v případě, že zadavatel neprodlouží lhůtu pro podání nabídek vůbec, je tak dána ustanovením § 242 odst. 1 zákona, podle něhož *„námítky musí být zadavateli doručeny do 15 dnů ode dne, kdy se stěžovatel dozvěděl o domnělém porušení tohoto zákona zadavatelem“*. Nelze totiž využít speciálních ustanovení o běhu této lhůty. Pokud zadavatel lhůtu podle § 99 odst. 2 zákona prodlouží, ale nedostatečně, jedná se o porušení zákona oznamovaným úkonem a lhůta proti takovému porušení se řídí ustanovením § 242 odst. 2 zákona, které míří na námítky proti *„úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli“*. Ustanovení § 242 odst. 4 zákona se neuplatní, neboť upravuje běh lhůty v případě námitek proti zadávací dokumentaci.
52. Ohledně okamžiku, kdy navrhovatel začíná běžet subjektivní lhůta dle § 242 odst. 1 zákona, tedy kdy se navrhovatel o domnělém porušení zákona dozvěděl, lze vyjít z toho, že prodloužení lhůty pro podání nabídek je zadavatel povinen uveřejnit stejným způsobem jako původní délku lhůty (§ 99 odst. 1 zákona), tedy ve Věstníku veřejných zakázek. Tam může stěžovatel po změně zadávací dokumentace ověřit, zda k prodloužení lhůty, k němuž byl zadavatel povinen současně se změnou zadávací dokumentace, opravdu došlo, či nikoliv. Ve většině případů zadavatel přímo ve vysvětlení zadávací dokumentace deklaruje, že lhůta pro podání nabídek prodloužena nebude. Navrhovatel se tedy o případném porušení § 99 odst. 2 zákona dozvídá přímo z vysvětlení zadávací dokumentace a tento okamžik je rozhodující pro běh lhůty dle § 242 odst. 1 zákona.
53. Navrhovatel v bodu 16 rozkladu odkazuje na komentář zákona nakladatelství C. H. Beck, z něhož cituje, že nelze akceptovat závěr, že lhůta pro podání námitek proti vysvětlení zadávací dokumentace bude běžet samostatně a nezávisle na lhůtě pro podání námitek proti zadávací dokumentaci. S touto citací není odůvodnění rozhodnutí Úřadu, ani jeho upřesnění v tomto rozhodnutí v rozporu. Vysvětlení zadávací dokumentace se stává součástí zadávací dokumentace, zadávacích podmínek, tedy plynutí lhůty pro námítky proti němu se posuzuje dle § 242 odst. 4 zákona.
54. Odůvodnění rozhodnutí Úřadu ani tohoto rozhodnutí pak není v rozporu ani s dalším komentářem, který navrhovatel cituje (nakladatelství Leges), neboť dokumenty, které zadavatel publikuje, jsou součástí zadávací dokumentace a námítky proti nim lze rovněž uplatnit dle § 242 odst. 4 zákona.
55. Odůvodnění rozhodnutí Úřadu ani tohoto rozhodnutí není v rozporu ani s rozhodnutím Úřadu ze dne 13. 11. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0170/2020/VZ, č. j. ÚOHS-36399/2020/500/JBě, neboť v tamním případě žádal navrhovatel o odložení termínu prohlídky místa plnění (zadávací podmínka) a až v návaznosti na to o prodloužení lhůty pro podání nabídek. Primární námitkou tedy byla námitka proti zadávací podmínce, které však zadavatel nevyhověl, a nevyhověl tedy ani navazujícímu požadavku na prodloužení lhůty pro podání nabídek.
56. Úřad v napadeném rozhodnutí správně odlišuje situaci, kdy by vysvětlení zadávací dokumentace bylo námitkami napadáno věcně. Takové námítky by směřovaly proti zadávací

dokumentaci a lhůta pro jejich podání by končila až v okamžiku konce lhůty pro podání nabídek dle § 242 odst. 4 zákona.

57. Pokud jde o věcné námitky, které navrhovatel proti vysvětlení zadávací dokumentace v návrhu vznášel, byly vypořádány věcně v odůvodnění napadeného rozhodnutí k výroku III (v rozkladu uváděné námitky jsou vypořádány v bodu 333 a násl. napadeného rozhodnutí).
58. Namítá-li navrhovatel to, že neprodloužení lhůty dle § 99 odst. 2 zákona činí celou změnu zadávací dokumentace nezákonnou, nelze této námitce přisvědčit. Změnu zadávací dokumentace je nutno posuzovat v kontextu zadávací dokumentace, rovněž tak povinnost lhůtu adekvátně prodloužit je nutno posuzovat ve vztahu k tomu, jaká byla délka lhůty v okamžiku změny zadávací dokumentace.
59. Námitka rozkladu, že v předchozím rozhodnutí ze dne 15. 10. 2020, sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31700/2020/500/JBě, které se týká této veřejné zakázky, Úřad řádnost a včasnost podaných námitek v žádné z jejich částí nerozporoval, není zcela případná. Úřad se v tamní věci zabýval jedním úkonem zadavatele: rozhodnutím o námitkách, a to v jeho věcných pasážích. Úřad se tedy nezabýval otázkou běhu lhůt pro podání námitek proti postupu zadavatele dle § 99 zákona.
60. Navrhovatel zpochybňuje závěr Úřadu, že dodavatelé by měli brojit proti nezákonnému postupu zadavatele, který neprodlouží lhůtu dle § 99 odst. 2 zákona rychle a neprodleně. Tento závěr je však zcela korektní, neboť mají-li námitky proti porušení § 99 odst. 2 zákona plnit svou funkci, tedy funkci nápravy, tedy aby byl dodavatelům včas poskytnut delší čas pro zpracování nabídek, nelze ani k jinému závěru dospět. Na tomto místě je třeba podotknout, že námitky proti prostému neprodloužení lhůty dle § 99 odst. 2 zákona jsou – na rozdíl od věcného rozboru nezákonnosti zadávacích podmínek – úkonem poměrně administrativně i právně nenáročným. Není tedy ani praktický důvod, aby na jejich uplatnění byla vztahována lhůta dle § 242 odst. 4 zákona, když toto ustanovení navíc výslovně dopadá na námitky proti zadávací dokumentaci.
61. Navrhovatel uvádí, že námitky proti porušení § 99 odst. 2 zákona by mohly být myslitelně podány až po lhůtě pro podání nabídek, pokud by ke změně zadávací dokumentace došlo až ke konci lhůty pro podání nabídek. Pak by dle jeho názoru neměly žádnou „nápravnou funkci“, protože zadavatel by v té době již každopádně nebyl oprávněn lhůtu pro podání nabídek prodloužit. K této námitce lze uvést tolik, že zadavatel může i po uplynutí lhůty pro podání nabídek zvážit, zda svým postupem v zadávacím řízení neporušil zákon (zde jeho § 99), a tedy zda je na místě pokračovat v zadávacím řízení, či nikoliv. Nadto lze stejně tak pochybovat o tom, jaký smysl mají námitky proti porušení § 99 odst. 2 zákona v souvislosti s úkony, k nimž došlo před desítkami dnů, pokud je však navrhovatel vznese před samým koncem lhůty pro podání nabídek, kdy rovněž neexistuje prostor pro zjednání nápravy.
62. Pokud navrhovatel v rozkladu uvádí, že byl Úřad povinen zahájit o opožděných námitkách správní řízení z moci úřední, pak takový postup není vyloučen, avšak není automatický. V žádném případě neplatí, že by o každých námitkách, které Úřad obdrží, existovala povinnost zahájit správní řízení, jak dovozuje navrhovatel v bodu 27 rozkladu.
63. K námitkám proti výroku I napadeného rozhodnutí tedy uzavírám, že namítal-li navrhovatel porušení § 99 odst. 2 zákona, pak jeho námitky směřovaly proti postupu zadavatele a měly být

uplatněny ve lhůtě dle § 242 odst. 1 zákona v případě neprodloužení lhůty pro podání nabídek, neboť se mělo jednat o opomenutí zadavatele, a ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona v případě jejího nedostatečného prodloužení, neboť mělo jít o úkon v rozporu s § 99 odst. 2 zákona.

Ke zrušení výroku II

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

64. Úřad ve výroku II napadeného rozhodnutí zastavil část správního řízení podle § 257 písm. b) zákona, neboť návrh v části týkající se požadavku zadavatele na předložení dokladu o oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a v předmětu činnosti „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ dle Úřadu neobsahoval tvrzení o vzniklé nebo hrozící újmě na právech navrhovatele v důsledku spatřovaného porušení zákona zadavatelem. Důvodem byla skutečnost, že ačkoliv navrhovatel tvrdil, že jemu způsobená újma spočívá v nemožnosti účastnit se zadávacího řízení z důvodu nezákonných zadávacích podmínek, ve skutečnosti uvedenými živnostenskými oprávněními disponoval. Takové tvrzení újmy dle Úřadu neobstojí ve vztahu ke konkrétnímu tvrzenému pochybení.
65. Navrhovatel v rozkladu namítá, že způsob, kterým Úřad posuzuje možnost vzniku újmy či její hrozby, když neexistenci dovozuje pouze ze skutečnosti, že navrhovatel předmětnými „specifickými“ živnostenskými oprávněními disponuje, považuje za nesprávný a zcela v rozporu se způsobem, jak běžně při zkoumání existence újmy či rizika újmy postupuje. Dle praxe Úřadu postačí obecné konstatování o znemožnění účasti v zadávacím řízení za férových podmínek. V předchozím řízení (sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ) byla navíc újma aprobována. Úřad by se měl námitkou zabývat alespoň z moci úřední, neboť v případě živnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ shledal rozpor se zákonem (viz část návrhu č. 10).
66. Zadavatel se plně ztotožňuje se závěrem Úřadu, že navrhovateli nevznikla ani nehrozila žádná újma, a to jednak proto, že zadavatel neformuloval požadavek na duplicitní předkládání živnostenského oprávnění, a jednak proto, že navrhovatel disponoval všemi potřebnými živnostenskými oprávněními, a tedy mu žádná škoda nemohla vzniknout ani hrozit. Návrh je v této části dle zadavatele ryze účelový a šikanózní.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

67. Závěr Úřadu o zastavení řízení ohledně uvedené části návrhu podle § 257 písm. b) zákona je v dané situaci nesprávný. Část návrhu týkající se požadavku zadavatele na předložení dokladu o oprávnění k výkonu činností „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ považuji za nedělitelnou, o této části návrhu je tak nutno rozhodnout jednotně. Jak plyne z odůvodnění tohoto rozhodnutí obsaženého v bodech 271-314, dospěl jsem k závěru, že předmětnou část návrhu je nutno zamítnout dle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
68. V důsledku podřazení části návrhu, o kterém bylo rozhodnuto výrokem II napadeného rozhodnutí, pod meritorní posouzení části návrhu č. 10 (viz body 271-314 tohoto rozhodnutí) je tedy na místě výrok II napadeného rozhodnutí zrušit podle § 152 odst. 6 písm. a) správního

řádu s tím, že o dané části návrhu je tak rozhodnuto potvrzeným výrokiem III napadeného rozhodnutí. Ačkoliv se fakticky jedná o částečnou změnu právního názoru Úřadu, neprojevuje se tato změnou výroku dle § 90 odst. 1 písm. c) správního řádu, neboť výrok III napadeného rozhodnutí zahrnuje všechny části, o kterých není rozhodnuto jiným samostatným výrokiem, ale toliko změnou odůvodnění. Provedl jsem tedy pouze změnu odůvodnění napadeného rozhodnutí ve smyslu § 90 odst. 1 písm. c), čtvrtá věta správního řádu, stalo se tak doplněním tohoto odůvodnění v rámci odůvodnění rozhodnutí o rozkladu.

69. Tento postup je v souladu se zásadou jednotnosti řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 31. 8. 2009, č. j. 4 Ads 86/2008 – 198), avšak nesmí jím být porušena zásada dvojinstančnosti správního řízení (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 26. 3. 2008, č. j. 9 As 64/2007 – 98). Odborná literatura (JUDr. Josef Vedral, Ph.D.: Správní řád komentář. Bova Polygon, II. aktualizované a rozšířené vydání, Praha, 2012) uvádí, že k tomuto postupu by odvolací správní orgán měl sáhnout v případech, kdy je výroková část rozhodnutí správního orgánu I. stupně v souladu s právními předpisy i věcně správná, odůvodnění nicméně obsahuje určité rozpory, které ne zcela odpovídají obsahu výrokové části a které lze odstranit pomocí podkladů rozhodnutí obsažených ve spise. Změna odůvodnění naopak nebude zřejmě možná v případě, kdy výroková část rozhodnutí a jeho odůvodnění nemají oporu ve skutkových zjištěních obsažených ve spise. V takovém případě bude na místě rozhodnutí zrušit a věc vrátit k novému projednání orgánu I. stupně. Účelem tohoto postupu je co nejmenší zatěžování účastníků řízení opakovaným projednáním věci na úrovni správního orgánu I. stupně.
70. Domnívám se, že postupem, kterým je bez dalšího rušen výrok II napadeného rozhodnutí a jeho meritum je podřazeno pod změnu odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí týkajícího se části návrhu č. 10, dochází ke změně výroku, kterou správní řád svým § 90 odst. 1 připouští. Ačkoliv v daném případě není plně vyhověno rozkladu, nejedná se o rozpor s § 152 odst. 6 správního řádu a tam stanovenými podmínkami pro změnu rozhodnutí. Fakticky se totiž nemění podstata rozhodnutí. Navrhovatel i přes provedenou změnu (projevující se ve výrokové části napadeného rozhodnutí zrušením výroku II a potvrzením výroku III ve spojení s potvrzením výroku I, přičemž část návrhu, v jejímž rozsahu mělo být řízení výrokiem II zastaveno, je tímto rozhodnutím věcně zamítnuta jako zbývající část návrhu) neuspěl v žádné části svého návrhu, nedošlo tedy ke zhoršení jeho pozice a nebyla mu tak upřena možnost odvolat se. Při změně odůvodnění jsem vycházel z podkladů rozhodnutí obsažených ve spise a vzal v potaz veškerá vyjádření účastníků řízení.
71. Nad rámec shora uvedeného lze navíc doplnit, že i pokud by nedošlo k věcnému zamítnutí příslušné námitky, nebyl by postup Úřadu, kterým zastavil část správního řízení podle § 257 písm. b) zákona, procesně správným. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 9. 9. 2019 č. j. ÚOHS-R0163/2018/VZ-24906/2019/321/JSu, z jehož bodu 64 se podává následující: *„...Pokud navrhovatel nemohla vzniknout namítaným postupem zadavatele újma, návrh by tak z povahy věci nikdy nemohl obsahovat tvrzení ‘v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovatel vznikla nebo hrozí újma na jeho právech’ (...) Pokud újma navrhovatel tvzeným pochybením zadavatele vzniknout ani nemohla, nesvědčí mu aktivní legitimize k podání návrhu a pro rozhodnutí o návrhu se tak uplatní postup dle § 265 písm. b) zákona. Pokud tak Úřad zastavil správní řízení podle § 257 písm. b) zákona, nepostupoval správně. Rovněž lze poukázat na to, že postup dle § 265 písm.*

b) zákona lépe reflektuje konkrétní okolnosti dané věci, kdy vada podání návrhu je spatřována zejména v tom, že tvrzená újma nemohla navrhovateli ani vzniknout.“ Ačkoliv bylo uvedené rozhodnutí posléze zrušeno (v rámci řízení o přezkumu pro rozpor s principem *ne bis in idem*) a fakticky se nedá hovořit o rozhodovací praxi, citované právní závěry nebyly sporovány a lze je i nadále považovat za správné.

72. Úřad by tak mohl o dané části návrhu rozhodnout toliko podle § 265 odst. b) zákona, tedy návrh zamítnout, neboť nebyl podán oprávněnou osobou, které z podstaty věci tvrzeným porušením nikdy nemohla újma vzniknout. S ohledem na skutečnost, že jsem posuzoval část návrhu týkající se požadavku zadavatele na předložení dokladu o oprávnění k výkonu předmětných činností jako jeden celek, dospěl jsem k závěru, že část návrhu č. 10 je třeba jako celek zamítnout podle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
73. Jednotlivé námitky rozkladu směřující proti výroku II napadeného rozhodnutí tak již z logiky věci nemohou změnit závěry uvedené shora, přesto se k nim lze stručně vyjádřit. K otázce tvrzené nezákonnosti požadavku zadavatele na prokázání profesní způsobilosti lze odkázat na závěry obsažené v odůvodnění k části č. 10 návrhu, v níž bylo uzavřeno, že ani pokud by takové pochybení bylo shledáno, není na místě uložit nápravné opatření ve formě zrušení zadávacího řízení.
74. K otázce posouzení možnosti újmy ve vztahu k povinnosti předložit živnostenská oprávnění k živnostem „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, kterými navrhovatel disponuje, se lze plně ztotožnit se závěry napadeného rozhodnutí, tedy že taková újma spočívající v nemožnosti účastnit se zadávacího řízení navrhovateli z logiky věci vzniknout nemohla, neboť uvedenými živnostenskými oprávněními disponoval. V dané části návrhu tedy nemůže k vymezení újmy postačovat obecné konstatování o nezákonném postupu zadavatele. Pokud újma navrhovateli tvrzeným pochybením zadavatele vzniknout ani nemohla, nesvědčí mu aktivní legitimace k podání návrhu. Pro případné rozhodnutí o této části návrhu by se tak mohl uplatnit postup dle § 265 písm. b) zákona, v daném případě však došlo k meritornímu posouzení celé námitky a k zamítnutí dle § 265 písm. a) zákona, neboť námitka je věcně těsně spjata s případným neoprávněným požadavkem zadavatele na doložení dalšího živnostenského oprávnění pro živnost řemeslnou, a to „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“ a v tomto konkrétním případě se jeví vhodnější její meritorní vypořádání jako celku. Nelze však v žádném případě aprobovat přístup, dle kterého by měl být k podání návrhu aktivně legitimován takový subjekt, kterému tvrzeným pochybením zadavatele újma vzniknout nemůže. V opačném případě by *ad absurdum* mohl návrh ve věci podat téměř kdokoliv, což však není v souladu s úpravou obsaženou v § 250 zákona. Argumentace navrhovatele týkající se porovnání pojmu újmy a škody je tak zcela nepřipadná, pokud bylo uzavřeno, že újma nemůže vzniknout vůbec.
75. Jestliže navrhovatel namítá, že údajný požadavek zadavatele na všechna tři oprávnění k řemeslným živnostem měl být posuzován jako jeden celek, v této otázce bylo navrhovateli vyhověno a část návrhu týkající se profesní způsobilost byla vypořádána jako jeden celek, viz příslušná část odůvodnění tohoto rozhodnutí níže. Jestliže pak navrhovatel odkazuje na bod 152 rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31700/2020/500/JBě ze dne 15. 10. 2020, je nutno konstatovat, že zde rozhodoval Úřad o aktivní legitimaci

navrhovatele k podání návrhu jako celku, neboť zadavatel tuto rozporoval tak, že na základě koncernově koordinovaného rozhodnutí navrhovatele nepodávat nabídku nevznikla škoda a ani nehrozil její vznik. V žádném případě se zde Úřad věcně nezabýval aktivní legitimací k podání toliko části návrhu týkající se tvrzeného požadavku zadavatele na předložení živnostenských oprávnění, jimiž navrhovatel ve skutečnosti disponoval. Jeho obecné konstatování o nemožnosti vyvrácení skutečnosti, že zadávací podmínky jsou stanoveny tak, že znemožňují navrhovateli účast v zadávacím řízení, tak jistě nelze považovat za potvrzení, že navrhovateli může vzniknout újma z důvodu případného požadavku na předložení živnostenských oprávnění, jimiž disponuje.

76. Nelze přijmout ani argumentaci týkající se rozhodování o možnost újmy v případě, kdy jsou pochybnosti o tom, zda by byl navrhovatel schopen splnit kvalifikační předpoklady. V pochybnostech o možnostech vzniku újmy se totiž vždy uplatní přístup co největší možnosti přezkumu postupu zadavatele, avšak za předpokladu, že vznik újmy je alespoň možný. V případě navrhovatele však panuje naprostá jistota, že z důvodu dispozice s údajně (tedy dle výkladu zadávacích podmínek, který zastává navrhovatel) požadovanými živnostenskými oprávněními mu újma z logiky věci zcela jistě vzniknout nemůže, neexistuje tu tedy ani ona **možnost** vzniku újmy.
77. K námitkám směřujícím k možnosti přezkumu nezákonnosti zadávacích podmínek z moci úřední lze uvést toliko, že jsem přistoupil k věcnému vypořádání celé části návrhu týkající se profesní způsobilosti, námitka je tak bezpředmětná.
78. Na základě shora uvedených skutečností, na kterých není třeba ničeho měnit ani po zvážení příslušných námitek rozkladu, jsem rozhodl o zrušení výroku II napadeného rozhodnutí s tím, že v meritu odkazují na odůvodnění týkající se části č. 10 návrhu.

K potvrzení výroku III napadeného rozhodnutí

K části návrhu č. 1 „Nedostupnost zadávací dokumentace“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

79. Dle Úřadu byla část zadávací dokumentace – příloha č. 12 obsahující projektovou dokumentaci (dále též „**projektová dokumentace**“) označena jako důvěrná a zadavatel ji poskytoval jen oproti prohlášení mlčenlivosti, veřejná nebyla ani vysvětlení zadavatele, která se této části zadávací dokumentace týkala. Tato zadávací podmínka byla od počátku zveřejněna a není nezákonná.
80. Navrhovatel v rozkladu namítá, že projektová dokumentace nebyla uveřejněna na profilu zadavatele, byla poskytnuta jinak než elektronickou komunikací [porušení § 36 odst. 8 zákona, § 98 odst. 2 zákona a § 211 odst. 3 písm. d) zákona]. Úřad vůbec neposoudil, jestli projektová dokumentace obsahuje informace důvěrné povahy, ani jejich rozsah. Nezabýval se ani tím, zda nebylo možné tyto informace předat dle § 211 odst. 3 písm. d) zákona. Dokumentace žádné důvěrné ani citlivé informace neobsahuje. Rozhodnutí Úřadu je v této části nepřezkoumatelné, neboť z něj nejsou patrné důvody rozhodnutí. Úřad ani nerozlišil důvěrné a citlivé informace, pro něž však platí odlišný zákonný režim.
81. Zadavatel uvádí, že jeho postup byl v souladu s § 36 odst. 8 a § 96 odst. 2 zákona. Zákon nestanovuje žádnou kvalifikovanou povahu „důvěrné informace“, je proto nedůvodné dovozovat, že zadavatel je k tomuto postupu oprávněn pouze tehdy, pokud se jedná

o utajované skutečnosti, nebo pokud se formálně jedná o kritickou infrastrukturu státu. V zadávacím řízení byla dle zadavatele v co největší míře zohledněna zásada transparentnosti při zveřejňování jednotlivých úkonů, ale také ochrana obyvatelstva a možnost zneužití konkrétních informací plynoucích z projektové dokumentace.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

82. Zadavatel v posuzované věci označil část zadávací dokumentace (přílohu č. 12 – projektovou dokumentaci) jako důvěrnou ve smyslu ustanovení § 36 odst. 8 zákona. Tato příloha byla členěna do jedenácti částí (projektová zpráva, souhrnné části, situace stavby, technologická část, stavební část, stavba, inženýrské objekty, ZOV, náklady stavby, dokladová část a geodetická dokumentace). Z obsahu jednotlivých částí projektové dokumentace je zřejmé, že se jedná o soubory detailních informací o území, parametrech stavby, časových údajů o realizaci a členění nákladů.
83. Uvedená dokumentace byla dodavatelům poskytována na žádost doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích dle čl. 3 zadávací dokumentace. Zadavatel poskytoval projektovou dokumentaci na CD, a to dle § 96 odst. 2 zákona, podle něhož *„... v případě postupu podle § 36 odst. 8 může zadavatel příslušnou část zadávací dokumentace poskytnout jiným vhodným způsobem.“*
84. Navrhovatel v rozkladu především namítá, že Úřad neposuzoval, zda projektová dokumentace důvěrné informace obsahuje a zda tedy zadavatel mohl využít ustanovení § 36 odst. 8 zákona a postupy na něj navázané. K této námitce uvádím, že Úřad se charakterem informací obsažených v příloze 12 zadávací dokumentace zabýval stručně v bodu 160 napadeného rozhodnutí. S jeho stanoviskem, které důvěrnost informací nezpochybňuje, souhlasím a dodávám k němu, že dle řady obecných zdrojů systém pražského metra plní dvě základní funkce, dopravní a ochrannou.
85. Pro ilustraci lze uvést, že síť metra je páteří částí celého systému MHD v Praze, metro dlouhodobě přepravuje kolem 40 % všech cestujících MHD, přes 440 mil. ročně². Základní režim metra je dopravní, ochranný režim se používá v kritických situacích ve stavu nebezpečí dle zákona č. 240/2000 Sb., krizového zákona. Ačkoliv metro není prvkem kritické infrastruktury, je podle územní energetické koncepce hlavního města Prahy objektem důležitým pro zachování základní funkce hlavního města. Dle koncepce ochrany měkkých cílů pro roky 2017 – 2020 zpracované Ministerstvem vnitra ČR se jedná o tzv. měkký cíl. Projektová dokumentace v posuzované věci již neuvažuje s ochranným systémem metra, představuje však podklad pro vytipování prostor k využití pro improvizovaný kryt civilního obyvatelstva, viz část B projektové dokumentace.
86. Systém pražského metra je tedy klíčovým chráněným objektem města, v němž se nachází řada nákladných a významných systémů. Systém metra navíc obsahuje prvky, jejichž narušení může být zdrojem vážných nehod. Například nezabezpečený systém řízení metra anebo poruchy drážní techniky mohou zapříčinit nehodu s hrozbou úmrtí až stovek lidí. Vzhledem k uvedeným skutečnostem je nutností metro a jiné podobné systémy chránit a dbát o jejich bezpečnost,

² <https://www.tsk-praha.cz/static/udi-rocenka-2019-cz.pdf>

čehož lze dosáhnout různými preventivními ochrannými mechanismy, ochrannými prvky pro snížení rizik pohrom, zabezpečovacími nebo bezpečnostními systémy, atp.

87. Projektová dokumentace v příloze č. 12 obsahuje, jak již bylo výše řečeno, řadu poměrně detailních plánů, rozpisů, technických řešení, které jsou nezbytné pro zpracování nabídek, avšak současně poskytují řadu informací o území, o průběhu stavby a o stavbě samotné, včetně jejích dílčích prvků, a to v komplexní a koncentrované podobě. Vzhledem k tomu, o jak významnou stavbu se v posuzované věci jedná, se pak postup zadavatele, který označil projektovou dokumentaci jako důvěrnou, nejeví jako nedůvodný, příp. svévolný.
88. I zájem na transparentnosti zadávacího procesu a jeho kontrolovatelnosti veřejností musí mít své racionální meze. V posuzované věci zadavatel řádně uveřejnil celou zadávací dokumentaci s výjimkou přílohy č. 12, tedy veškeré informace o zakázce, požadavky na kvalifikaci, informace o způsobu hodnocení nabídek atd. včetně dalších čtrnácti příloh zadávací dokumentace a popisu obsahu projektové dokumentace. Tedy veřejnost měla přístup k parametrům a podmínkám zadávacího řízení s výhradou technických. Projektovou dokumentaci bylo nadto možno získat bez významných překážek, neboť zadavatel podmínil její předání jen písemnou žádostí a prohlášením o mlčenlivosti.
89. Odůvodňuje-li navrhovatel netransparentnost postupu zadavatele počtem souborů, které projektová dokumentace obsahuje, je tento argument nepřítomný. Projektová dokumentace jde do detailu a obsahuje samostatné soubory na dílčí i provizorní prvky, tedy počet souborů, ve kterých jsou informace obsaženy, není rozhodný. V této souvislosti podotýkám, že projektová dokumentace představuje rozsáhlý, strukturovaný celek. Pokud zadavatel má oprávněný důvod označit informace v něm obsažené jako důvěrné povahy, pak se jeví nekonceptní a nesmyslné, aby bylo rozlišováno, zda se některé dílčí informace mohly a měly z tohoto celku vyčlenit, aby mohly být zveřejněny. Takový postup mohl vést ke značné nepřehlednosti nejen samotné projektové dokumentace, ale potažmo i úkonů zadavatele, které se na část zadávací dokumentace v důvěrném režimu vážou.
90. Zákon sám pojem „důvěrná povaha informací“ použitý v § 36 odst. 8 zákona nedefinuje. Jeho obsah tak zůstává na aplikační praxi. V posuzované věci shledávám, že zadavatel do přílohy č. 12 zadávací dokumentace shromáždil detailní technické informace o významném a specifickém prvku infrastruktury. Pokud tyto informace kvalifikoval jako důvěrné, pak vzhledem k absenci definice „důvěrné povahy informací“, a tedy k široké možnosti uchopení tohoto pojmu, vzhledem k charakteru poptávaného plnění a vzhledem k charakteru informací, postupoval oprávněně a ustanovení § 36 odst. 8 zákona tak neporušil.
91. Neuveřejnil-li zadavatel vysvětlení zadávací dokumentace na profilu zadavatele, pak shodně s napadeným rozhodnutím konstatuji, že dle § 98 odst. 2 zákona se nezveřejňuje vysvětlení zadávací dokumentace týkající se částí dokumentace neuveřejňované dle § 96 odst. 2, tedy mj. dokumentace obsahující důvěrné informace.
92. Navrhovatel dále namítá, že se Úřad nezabýval tím, zda zadavatel neporušil i ustanovení § 211 odst. 3 písm. d) zákona stanovící výjimky z povinnosti elektronické komunikace pro případ informací citlivé povahy. Úřad totiž neřešil, zda projektová dokumentace informace zvláště citlivé povahy pro možnost postupu dle § 211 odst. 3 písm. d) zákona obsahovala.

93. K této námitce uvádím, že Úřad správně posuzoval soulad postupu zadavatele s ustanovením § 96 odst. 2 zákona, tedy se nezabýval § 211 odst. 3 písm. d) zákona ani z hlediska správnosti postupu zadavatele, ani z hlediska toho, zda projektová dokumentace obsahovala informace zvláště citlivé povahy.
94. Zadavatel označil informace jako důvěrné dle § 36 odst. 8 zákona. Dostupnost této části zadávací dokumentace se tak řídí § 96 odst. 2 zákona, podle něhož platí: *„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.“*
95. Zákon tedy v § 96 odst. 2 zákona rozlišuje dvě situace, kdy nelze některou část zadávací dokumentace zpřístupnit na profilu zadavatele. První situací je omezení technického charakteru (§ 211 odst. 3 písm. a) a b) zákona) a druhou situací jsou omezení daná požadavky na ochranu citlivých či důvěrných informací (§ 211 odst. 3 písm. d) zákona a § 36 odst. 8 zákona). Pro tyto případy zadavatel dle zákona nemusí část zadávací dokumentace, které by se kterýkoliv z těchto důvodů týkal, uveřejňovat na profilu zadavatele a dodavatelům je oprávněn ji poskytnout jiným vhodným způsobem. Zákon pak jmenuje odeslání či předání ve stanovené lhůtě.
96. Ustanovení § 96 odst. 2 zákona tedy pro důvěrné informace ve smyslu § 36 odst. 8 zákona představuje specifickou výjimku z povinnosti elektronické komunikace danou § 211 odst. 3 zákona, neboť zadavateli výslovně umožňuje důvěrné informace odeslat či *předat*. Úřad nebyl povinen zabývat se tím, zda zadavateli svědčila výjimka z elektronické komunikace dle § 211 odst. 3 písm. d) zákona, a to ani tehdy, pokud ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 zadavatel směřoval výjimku pro důvěrné informace a pro zvláště citlivé informace. Výjimka dle § 211 odst. 3 písm. d) se na situaci zadavatele nevztahovala, naopak se na něj vztahovala rovnocenná výjimka pro potřeby dle § 96 odst. 2 zákona, a to dle § 36 odst. 8 zákona.
97. Zadavatel v posuzované věci od počátku avizoval důvěrnou povahu projektové dokumentace a srozumitelně též informoval o podmínkách k jejímu získání, které mělo dle podrobných instrukcí probíhat osobním předáním v sídle zástupce zadavatele. Zadavatel tedy zcela v souladu se zákonem využil možnost, kterou mu dává ustanovení § 96 odst. 2 zákona, a Úřad jeho postup správně vyhodnotil jako korektní.
98. V postupu zadavatele stran projektové dokumentace jsem neshledal prvky nezákonnosti či netransparentnosti, nadto žádný dodavatelský subjekt, ani navrhovatel sám nenamítal, že by mu zadavatel odmítl projektovou dokumentaci předat či že by její předání ztěžoval.

K části návrhu č. 2 „Nepřiměřeně krátká lhůta pro podání nabídek“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

99. Dle Úřadu činila lhůta pro podání nabídek původně 62 dní (do 9. 3. 2020), zákonné minimum je 30 dní. Lhůta byla později postupně prodloužena do 30. 4. 2020 a celkově činila 114 dnů. Lhůta je přiměřená náročnosti zadávacích podmínek a dostatečná. Zadavatel obdržel celkem

tři nabídky. Nacenení položek v soupisu prací bylo možno provést za použití cenové soustavy. Doklady o uznání odborné kvalifikace se měly dokládat až v rámci součinnosti před uzavřením smlouvy. Informační náskok dodavatelů provádějících doplňkový geologický průzkum byl kompenzován délkou lhůty pro podání nabídek a tím, že byl naceňován položkový rozpočet. Zadavatel realizoval předběžné tržní konzultace uveřejněné na jeho profilu již v září a říjnu 2019, kterých se mohli dodavatelé účastnit.

100. Navrhovatel v rozkladu namítá, že Úřad pro své závěry neuvedl žádné důvody, žádné podklady, rozhodnutí je nepřezkoumatelné. Není korektní posuzovat přiměřenost délky lhůty vůči základní zákonné lhůtě, neboť ta je nastavena pro nadlimitní veřejnou zakázku s hodnotou 137 mil. a výše, tedy mnohem méně než v posuzované věci. Zakázka je vysoce specifická, což cenové soustavy nereflktují (čas, rozsah stavby, umístění). Počet nabídek nemá vypovídací hodnotu. Pozdější prodlužování lhůty je zcela irelevantní. Úřad se měl při posouzení lhůty obrátit na znalce. Úřad diskriminuje zahraniční dodavatele, návrh, aby byl použit internetový překladač, je absurdní. Úřad nesprávně posoudil, zda nebyli zvýhodněni konkrétní dodavatelé, kteří si mohli začít nabídku připravovat rok předem. Byli zvýhodněni konkrétní dodavatelé, kteří se podíleli na geologickém průzkumu a měli přesnější informace o plnění zakázky, tím jsou jejich nabídkové ceny neporovnatelné. Úřad není odborně způsobilý k posouzení významu prováděného doplňkového geologického průzkumu.
101. Zadavatel uvádí, že průměr délky lhůty k předpokládané hodnotě veřejné zakázky je nesmyslný, navrhovatel neuvádí, jaká lhůta by dle jeho názoru přiměřená byla a proč. Úřad se dle názoru zadavatele řádně zabýval tím, zda lhůta pro podání nabídek reflektuje skutkové okolnosti šetřené veřejné zakázky, a zda ji lze tudíž opravdu označit za lhůtu dostatečnou z pohledu zásady přiměřenosti. Správně je dle zadavatele poukázáno na 3 podané nabídky. Skutečnost, že zahraniční dodavatelé mají z důvodu jazykové bariéry ztížený přístup k podání nabídky, považuje zadavatel za přirozený jev stejně jako určité „zvýhodnění“ dodavatelů provádějících geologický průzkum.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

102. Navrhovatel v rozkladu, jakož i předtím v návrhu, brojí proti nepřiměřeně krátké lhůtě pro podání nabídek. V této souvislosti nelze přehlédnout charakter jeho námitek, který je veskrze povšechný a námitky by bylo možné prakticky použít proti jakékoliv jiné veřejné zakázce. Navrhovatel argumentuje množstvím položek, které bylo třeba nacenit, specifiky stavby, krátkostí lhůty pro zahraniční dodavatele. Pro svou obecnost nezbuzují navrhovatelovy námitky konkrétní pochybnost o nepřiměřenosti lhůty pro podání nabídek. Jakkoliv je Úřad vázán zásadou vyšetřovací, je na navrhovateli, aby přinášel relevantní tvrzení – jaké konkrétní kroky nebyl schopen ve stanovené lhůtě realizovat, jaké konkrétní části nabídky nemohl zpracovat apod.
103. Navrhovatel sice navrhoval, aby byl k přiměřenosti délky lhůty pro podání nabídek vypracován znalecký posudek, nicméně koncepčně je stěžejí akceptovatelné, aby Úřad nechával zpracovat znalecké posudky ke každé obecné námitce, k níž je návrh na zpracování znaleckého posudku připojen, nezavdává-li námitka konkrétní důvodné pochybnosti o správnosti postupu zadavatele. Z návrhu totiž není zřejmé, z jakého důvodu je dle navrhovatele lhůta pro podání nabídek příliš krátká. Zda a proč jsou problémem kvalifikační podmínky, proč je problémem ocenění položek, popř. něco jiného a z jakého důvodu. Nadto není ani zřejmé, jaké by měly

být znalci položeny otázky, aby bylo možno dospět ke stanovení „objektivně“ přiměřené lhůty pro podání nabídek za situace, kdy čas potřebný pro zpracování nabídek se odvíjí od kapacit a zkušeností dodavatele. Je nesporné, že zakázka je technicky složitá, avšak (resp. právě proto) nepochybně cílí na velké a zkušené dodavatele či skupiny dodavatelů disponující specializovanými týmy, které jsou schopné jednotlivé části nabídky efektivně sestavit.

104. Ve věci není sporné, že zadavatel zahájil dne 10. 1. 2020 zadávací řízení, v němž stanovil lhůtu pro podání nabídek do 9. 3. 2020, lhůta pro podání nabídek tak činila 62 dnů. Z vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 10. 2. 2020 vyplývá, že dne 10. 2. 2020 byl zadavatel požádán, aby lhůtu pro podání nabídek z důvodu složitosti zakázky a předpokládané účasti zahraničních dodavatelů prodloužil tak, aby celkem činila 6 měsíců. Z vysvětlení zadávací dokumentace ze dne 13. 2. 2020 vyplývá, že byl zadavatel opět požádán o prodloužení lhůty pro podání nabídek z důvodu potřeby překladu zadávací dokumentace o 60 dnů (z tehdy platného konce lhůty dne 17. 3. 2020 na 17. 5. 2020). Na tuto žádost zadavatel sdělil, že lhůta pro podání nabídek činí více než dva měsíce a prodloužena nebude. Zadavatel lhůtu pro podání nabídek prodlužoval o jednotky dní z důvodu dalších vysvětlení zadávací dokumentace, tedy např. z vysvětlení zadávací dokumentace č. 12 je patrné, že již dne 19. 2. 2020 bylo dodavatelům známo, že lhůta pro podání nabídek je stanovena do 2. 4. 2020.
105. Zadavatel byl posléze požádán o prodloužení lhůty pro podání nabídek z důvodu opatření proti nemoci COVID-19 (vyplývá z vysvětlení zadávací dokumentace č. 24 ze dne 20. 3. 2020). Této žádosti nevyhověl. Opakované naléhavé žádosti o prodloužení lhůty z důvodu COVID-19 a z důvodu vysokého množství doplnění a vysvětlení zadávací dokumentace zadavatel vyhověl, tedy dne 1. 4. 2020 ve vysvětlení zadávací dokumentace avizoval, že *„se rozhodl prodloužit lhůtu pro podání nabídek tak, aby od okamžiku prodloužení činila cca 1 kalendářní měsíc“*. Lhůta byla prodloužena do 30. 4. 2020 (viz vysvětlení zadávací dokumentace č. 28).
106. Z uvedené rekapitulace vyplývá, že v únoru 2020, tedy zhruba v půlce původně stanovené lhůty pro podání nabídek byl zadavatel dvakrát požádán o prodloužení lhůty pro podání nabídek, a to z důvodu účasti zahraničních dodavatelů. Koncem března 2020 byl zadavatel žádán o prodloužení lhůty pro podání nabídek z důvodu komplikací způsobených vládními opatřeními proti šíření viru. Vyplývá z ní rovněž to, že 1. 4. 2020 zadavatel garantoval lhůtu pro podání nabídek do 30. 4. 2020. Z dokumentace o zadávacím řízení plyne rovněž to, že o přílohu č. 12 zadávací dokumentace si požádalo a byla předána více než dvěma desítkám dodavatelů.
107. Na rozdíl od navrhovatele jsem přesvědčen, že i průběh zadávacího řízení do podání nabídek a počet podaných nabídek mají vypovídací schopnost o tom, zda byla lhůta pro podání nabídek přiměřená, či nikoliv. Jak vyplývá z dokumentace, o zakázku měly zájem více než dvě desítky dodavatelů. Z dotazů dodavatelů vznesených v průběhu zadávacího řízení je patrné, že tyto dotazy nepotvrzují námitky, které proti délce lhůty vznesl navrhovatel. Dodavatelé ve svých dotazech řešili detailně jednotlivé sporné či chybějící položky výkazu, který měli ocenit, nicméně nepochybnili, že by položky nebyly v dané lhůtě nacenitelné pro svoje množství či specifický charakter vymykající se možnostem cenových soustav. Takové námitky vznesl až navrhovatel těsně před uplynutím lhůty pro podání nabídek.
108. Při posouzení délky lhůty ve vztahu k množství položek, které měly být naceněny, nelze přehlédnout, že zadavatel po dodavatelích nežádal „kreativitu“. Nežádal zpracování nabídky

v podobě „Design and build“, v níž by dodavatel byl ve lhůtě pro podání nabídek nucen nejen sestavit cenovou nabídku, ale především nejprve identifikovat způsob provádění díla, jeho parametry a k tomu příslušné činnosti a jejich ocenění. Zadavatel od dodavatelů vyžadoval toliko ocenění již abstrahovaných položek.

109. Při posouzení důvodnosti navrhovatelovy námítky jsem se zaměřil na délky lhůt pro podání nabídek v případech tunelových staveb, u nichž se předpokládaná hodnota pohybovala v řádu miliard, a v nichž proto bylo možno předpokládat účast zahraničních dodavatelů, složitost a komplexnost plnění a adekvátní odborné a ekonomické kvality dodavatelů. Ve věci řešené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0407/2010 týkající se zakázky „*Výstavba metra V. A (Dejvická – Motol) – technologická část*“ s předpokládanou hodnotou 3 mld. Kč činila lhůta pro podání nabídek 55 dnů, přičemž zákonné minimum představovala lhůta 52denní. Veřejná zakázka „*Prodloužení trasy metra A*“, tzn. stavba s předpokládanou hodnotou 13 mld. Kč, zahájená v roce 2009, měla původní lhůtu pro podání nabídek 34 dnů, když šest týdnů před zahájením zadávacího řízení bylo publikováno předběžné oznámení, a celková délka lhůty pro podání nabídek po prodloužení činila 64 dnů. Ve veřejné zakázce „*Stavba č. 0065 „Strahovský tunel 2. stavba část B-hloubený tunel) stavební část a stavba č. 9524 „Strahovský tunel 3. stavba 9. etapa...stavební a technologická část*“ s předpokládanou hodnotou 3,75 mld. Kč byla při zahájení zadávacího řízení dne 12. 9. 2008 stanovena lhůta pro podání nabídek do 3. 11. 2008 a s uveřejněním opravného formuláře dne 3. 11. 2008 byla lhůta prodloužena do 18. 11. 2008, tedy činila původně 52 dnů, posléze 67. V souvislosti s odkazovanými zakázkami pak dlužno podotknout, že se jednalo o zadávací řízení zahajovaná v době „před elektronizací“, tedy v době, kdy určitou časovou zátěž představovala již primárně listinná podoba komunikace a zpracování nabídek.
110. Z předchozího odstavce je patrné, že zadavatelem stanovená lhůta pro podání nabídek nepředstavuje v porovnání s obdobnými zadávacími řízeními žádný exces, je spíše delší – původně stanovená byla v délce 62 dnů, postupným prodloužením dosáhla délky 114 dnů.
111. Na tomto místě považuji za vhodné korigovat závěry napadeného rozhodnutí ohledně možnosti zahraničních dodavatelů použít k překladu zadávací dokumentace internetový překladač. Internetový překladač zatím stále není nástrojem, který by byl schopen postihnout přesný význam překládaného textu a není jej možné bez dalšího využít k překladu textu odborného zvláště tam, kde detail může hrát rozhodující roli. V otázce účasti zahraničních dodavatelů však považuji za podstatné, že nutnost kompletně přeložit zadávací dokumentaci není faktorem, který má vliv na rozhodnutí zahraničního dodavatele o tom, že se zúčastní zadávacího řízení. Nadto jde o běžný jev (zadavatel typicky zpracovává zadávací podmínky ve svém rodném jazyce), který nemá vliv na okruh uchazečů o veřejnou zakázku. Překlad celé zadávací dokumentace však má vliv na zpracování nabídek zahraničních dodavatelů. Ani v tomto ohledu ale neplatí, že by byla lhůta pro podání nabídek stanovena v nepřiměřeně krátké délce (nabídku ostatně podaly i zahraniční subjekty, a to v rámci všech tří konsorcií, které se zadávacího řízení účastní). Nemůže zůstat bez povšimnutí, že lhůta pro podání nabídek byla v průběhu zadávacího řízení prodloužována, čímž byl zahraničním dodavatelům vytvořen větší (nad rámec dostatečného) časový prostor pro podání nabídek. To dále svědčí o tom, že běh lhůty pro podání nabídek a její délka nediskriminovaly zahraniční dodavatele.
112. V souvislosti s problematikou zahraničních dodavatelů a překladu nelze přehlédnout, že výhrady proti délce lhůty pro podání nabídek zazněly na počátku února 2020 (vysvětlení

zadávací dokumentace č. 4 ze dne 10. 2. 2020 a č. 5 ze dne 13. 2. 2020), zhruba v půlce původně stanovené lhůty pro podání nabídek. Zadavatel v uvedené době obdržel dvě žádosti o prodloužení lhůty, které se zahraničních dodavatelů týkaly, první z nich šířeji formulovanou a směřující k tomu, že delší lhůta umožní mezinárodním dodavatelům účast, druhou z nich cílící toliko na prodloužení lhůty za účelem překladu zadávací dokumentace. Zadavatel sice žádné z těchto žádostí nevyhověl, nicméně o necelý týden později, tedy 19. 2. 2020, již lhůtu pro podání nabídek prodloužil o dalších deset dní do 2. 4. 2020. Posléze došlo ještě ke dvěma dalším prodloužením lhůty pro podání nabídek a dva týdny před jejím uplynutím, tedy 1. 4. 2020 zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek až do 30. 4. 2020. Pokud zahraničním dodavatelům působila původně stanovená lhůta pro podání nabídek časovou tíseň, jak by implikovaly žádosti o prodloužení lhůty podané v polovině února roku 2020, pozdějšími kroky zadavatele byla lhůta opakovaně prodloužována a žádná další žádost reflektující znevýhodnění zahraničních dodavatelů již nebyla zadavateli adresována.

113. Další dvě žádosti o prodloužení lhůty pro podání nabídek (vysvětlení zadávací dokumentace č. 24 ze dne 20. 3. 2020 a vysvětlení zadávací dokumentace č. 28 ze dne 1. 4. 2020) se již týkaly jen vládních protipandemických opatření a v souvislosti se druhou z nich zadavatel dne 1. 4. 2020 deklaroval, že lhůtu pro podání nabídek prodlouží do 30. 4. 2020.
114. Co se týká námitky brojící proti „náskoku“ společností provádějících dodatečný geologický průzkum, směřuje tato námitka proti dvěma aspektům tvrzeného náskoku. Jednak časovému – je tvrzeno, že společnosti provádějící dodatečný geologický průzkum měly k dispozici projektovou dokumentaci rok předem, jednak věcnému – je tvrzeno, že společnosti provádějící dodatečný geologický průzkum měly v době podání nabídek přesnější představu o parametrech území, což mohlo ovlivnit jejich nabídkovou cenu. V souvislosti s délkou lhůty pro podání nabídek je relevantní první aspekt námitky. V této souvislosti souhlasím se závěry napadeného rozhodnutí – přirozený časový náskok dodavatelů provádějících dodatečný geologický průzkum byl kompenzován dostatečnou lhůtou pro podání nabídek a rovněž způsobem, jakým zadavatel žádal stanovit nabídkovou cenu, tj. oceněním konkrétních položek. Zadavatel nestanovil zadávací podmínky takovým způsobem, že by přirozenou výhodu některých dodavatelů zdůraznil a tím je bezdůvodně zvýhodnil. V tomto duchu nelze jeho postup shledat nezákonným. Na okraj podotýkám, že z námitek navrhovatele není patrné, jak se vlastně delší znalost projektové dokumentace mohla ve zpracování nabídek projevit.
115. Co se týká věcného aspektu informačního náskoku, k tomu se vyjádřím v části odůvodnění tohoto rozhodnutí zabývající se námitkami proti neúplnosti zadávací dokumentace (geologický průzkum).
116. Ze všech uvedených důvodů pak považuji námitky směřující proti délce lhůty pro podání nabídek za nedůvodné.

K části návrhu č. 3 „Nedostatečné prodloužení lhůty pro podání nabídek“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

117. Úřad k této části návrhu shledal, že většina námitek proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek je opožděných a rozhodl o nich výrokem I napadeného rozhodnutí. Jako včasné vyhodnotil pouze námitky proti neprodloužení lhůty v souvislosti s vysvětlením zadávací

dokumentace č. 38. Zabýval se proto tím, zda měla být společně s tímto vysvětlením zadávací dokumentace lhůta pro podání nabídek prodloužena a shledal, že nikoliv. Změna zadávacích podmínek spočívala v tom, že zadavatel u určité části stavby nepředpokládá, že by bylo dosaženo varovného stavu 2 či 3 (šlo o varovné stavy jen pro propojku sever), proto je ze zadávací dokumentace odstranil. Tato změna nemusela být provázena prodloužením lhůty pro podání nabídek, neboť nemohla mít vliv na okruh uchazečů (vyšší varovné stavy na jiných místech zadávací dokumentace zůstaly). K tomu, že zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek až po několika vysvětleních zadávací dokumentace, Úřad konstatoval, že takovému postupu zadavatele nic nebrání.

118. Dle rozkladových námitek navrhovatele Úřad ignoroval podstatnou část návrhu (body 69-94), nezabýval se částí návrhu k vysvětlení zadávací dokumentace č. 39 (bod 78 návrhu). Nezabýval se ani tím, že z prodloužení lhůty pro podání nabídek nebylo zřejmé, proč je lhůta prodloužována. Lhůta měla být navíc prodloužena o celou svou původní délku, avšak Úřad se charakterem provedených změn zadávací dokumentace rovněž nezabýval. Vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 provedlo změnu podmínek pro realizaci díla a podle konstantní rozhodovací praxe Úřadu se v případě zmírnění zadávacích podmínek jedná o změnu, která by mohla mít vliv na počet účastníků zadávacího řízení. Úřad se odklání od vlastní rozhodovací praxe.
119. Zadavatel uvádí, že shodně jako Úřad považuje za podstatné ozřejmit, jakým způsobem se mění lhůta pro podávání nabídek, nikoliv přesnou návaznost na jednotlivá doplnění zadávací dokumentace. Zadavatel souhlasí s tím, že případné změny zadávací dokumentace nemohly rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

120. Navrhovatel v první řadě rozkladem brojí proti tomu, že Úřad ignoroval podstatnou část jeho návrhu. Body 69-94 návrhu, které zůstaly dle navrhovatele napadeným rozhodnutím opomenuty, se týkají nedostatečného prodloužení lhůty pro podání nabídek tím, že zadavatel lhůtu buď vůbec neprodloužil, nebo ji prodloužil, ale ne o celou lhůtu, nebo ji prodloužil, ale ne přiměřeně.
121. Touto částí návrhu se Úřad v napadeném rozhodnutí zabýval, a sice ve výroku I napadeného rozhodnutí a jeho odůvodnění, jak Úřad ostatně vysvětluje v bodu 204 napadeného rozhodnutí. Jde totiž o to, že jednotlivá (ne)prodloužení lhůty pro podání nabídek představují dílčí úkony zadavatele v zadávacím řízení dle § 99 odst. 2 zákona. Pokud měl navrhovatel za to, že zadavatel svým jednáním ustanovení § 99 odst. 2 zákona porušil, mohl a měl se proti porušení bránit ve lhůtě stanovené v ustanovení § 242 odst. 2 zákona, což však neučinil. Proto jsou jeho námitky proti dílčím úkonům zadavatele opožděné.
122. Úřad se věcně – správně – zabýval jen námitkami proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek v souvislosti s vysvětlením zadávací dokumentace č. 38, neboť tam byla lhůta pro podání námitek zachována.
123. Navrhovatel napadenému rozhodnutí vytýká v rozkladu i to, že se nezabývá námitkou neprodloužení lhůty v souvislosti s vysvětlením zadávací dokumentace č. 39, kterou

navrhovatel vznesl v bodu 78 návrhu. V tomto bodu návrhu³ však navrhovatel toliko polemizuje s tím, jak zadavatel v rozhodnutí o námitkách vypořádal jeho námitky proti změně zadávací dokumentace ve vysvětlení č. 38. Vysvětlení č. 39 se v tomto bodu návrhu objevuje jen v citaci, kterou navrhovatel dokládá svou argumentaci. Z formulace návrhu není naprosto zřejmé, že navrhovatel svým návrhem napadá i vysvětlení zadávací dokumentace č. 39 a z jakého důvodu tak činí.

124. Každopádně vysvětlení zadávací dokumentace č. 39 se v první části zabývá vyjasněním položek týkajících se zajištění přípravy pro plánovaná výtvarná díla, jsou vypuštěny ty položky, které by musel dodat výtvarník. Ve druhé části zadavatel upřesňuje, že manuál pro řešení veřejných toalet není v zadávací dokumentaci obsažen, neboť veškeré informace jsou uvedeny přímo v projektu. Z obsahu vysvětlení je zřejmé, že se jedná o drobná dílčí upřesnění, která nejsou způsobilá měnit okruh uchazečů nebo zasáhnout výrazněji do podob nabídek a nevyžadují prodloužení lhůty pro podání nabídek. Ostatně ani navrhovatel sám netvrdí nikde žádnou skutečnost, která by svědčila o opaku.
125. Co se týká vysvětlení zadávací dokumentace č. 38, v souvislosti s nímž měla být dle navrhovatele prodloužena lhůta pro podání nabídek, zabýval se jím Úřad v napadeném rozhodnutí zevrubně v bodech 204 – 217 napadeného rozhodnutí a s jeho závěry se zcela ztotožňuji. Zadavatel v tomto vysvětlení zadávací dokumentace uvedl, že nepředpokládá ve vztahu k některým objektům překročení 2. či 3. varovného stavu. Tyto stupně varovného stavu však zůstaly v zadávací dokumentaci zachovány ve vztahu k jiným objektům. Proto není zřejmé, jak mohla tato změna zadávací dokumentace rozšířit okruh dodavatelů v zadávacím řízení, neboť zadávací podmínky nebyly touto změnou zmírněny, jak tvrdí navrhovatel. O zmírnění zadávacích podmínek by se jednalo v případě, kdy by se zadávacího řízení mohl po změně podmínek účastnit širší okruh uchazečů, jimž předchozí podoba zadávacích podmínek v účasti v zadávacím řízení bránila. Pokud však vyšší varovné stavy jinde v zadávacích podmínkách zůstávají, není zřejmé, jak by mohlo jejich zmírnění u jednoho z objektů rozšířit

³ Bod 78 návrhu: »Dále Navrhovatel uváděl v bodu 66. námitek další změnu ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 ze dne 23. 4. 2020, spočívající v tom, že „část kapitoly 4.2.6 zůstala v technické zprávě omylem. Jak je zřejmé z jejího nadpisu, jedná se o varovné signály pro propojku sever. Zadavatel nepředpokládá překročení 2. ani 3. varovného stavu.“. Proto byla příslušná část technické zprávy odstraněna. Zadavatel na str. 20 a 21 rozhodnutí o námitkách opět uvádí, že není zřejmé, co měl Zadavatel tímto postupem porušit, jelikož Navrhovatel údajně nenamítá žádnou nezákonnost. Navrhovatel však namítá nezákonnost hned v následujícím bodu 67. námitek, ve kterém konstatuje, že změny „provedené Zadavatelem ve Vysvětlení/ změně zadávací dokumentace č. 34, 38 a 39 jsou takového charakteru, že Zadavatel měl podle ZZVZ prodloužit lhůtu o celou její původní délku.“ Následně Navrhovatel uvádí v bodě 68 námitek, že „z výše uvedené rekapitulace Vysvětlení/změn zadávací dokumentace je zřejmé, že jde o změny podstatné. Změny týkající se samotného předmětu díla a způsobu jeho provádění, kdy je jejich součástí změna zadávací dokumentace, opakovaná změna projektové dokumentace, výkazu výměr i závazného návrhu smlouvy o dílo (obchodních podmínek). Nejde rozhodně o změny formální, ale naopak o změny, které nepochybně mohou rozšířit okruh potenciálních účastníků zadávacího řízení ve smyslu § 99 odst. 2 ZZVZ, neboť jde často o změny způsobující snížení rozsahu díla a změkčení podmínek.“ Navrhovatel i v bodě 70 námitek uvedl, že v jednání Zadavatele spatřuje porušení zákona, a to konkrétně rozpor s § 99 odst. 2 ZZVZ, tj. neprodloužení lhůty z důvodu změny zadávací dokumentace, která může zapříčinit rozšíření možného okruhu účastníků zadávacího řízení, a současně taktéž rozpor se zásadou transparentnosti (§ 6 odst. 1 ZZVZ). Pro úplnost Navrhovatel konstatuje, že tuto svoji argumentaci zopakoval i v závěrečné rekapitulaci námitek (bod 323). Pro úplnost Navrhovatel opětovně odkazuje na svoji výše uvedenou argumentaci k povinnosti Zadavatele podrobně a srozumitelně se vyjádřit ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách, neboť Zadavatel na místo toho, aby námitku Navrhovatele řádně vypořádal, uvádí, že „dospěl k závěru, že prodloužení není nutné, což ani v námitkách stěžovatel nijak nerozporuje“.

okruh dodavatelů. Lze souhlasit s Úřadem v tom, že jde o marginální změnu zadávacích podmínek.

126. V této souvislosti podotýkám, že z hlediska posouzení uvedené změny zadávací dokumentace je nerozhodné, proč k ní zadavatel přistoupil, tedy zda na základě chyby v zadávací dokumentaci, či na základě zjištění v DGP. Co se týká vlivu této změny na dobu realizace veřejné zakázky a její cenu, nepromítá se změna do nabídek, neboť je zřetelně stanoveno, co a jak má být naceněno, zadavatel změnou zadávací dokumentace dosáhl souladu se skutečným stavem, což ostatně nesporně ani navrhovatel.
127. Pokud se změna varovného stavu později promítne do realizace veřejné zakázky, jak namítá navrhovatel v bodu 100 rozkladu, zákon k řešení takových situací poskytuje nástroje (§ 222 zákona). V rámci nynějšího rozhodnutí o rozkladu nelze předjímat, jaká změna závazku by se udála a zda by se jednalo o podstatnou změnu, a na základě takového předpokladu zasahovat již nyní do průběhu zadávacího řízení. Vedle toho je otázkou, zda by se vůbec jednalo o změnu závazku. Nelze opomíjet to, co zmínil Úřad v bodě 218, a sice že se jedná o měřený kontrakt. Nižší „odběr“ měřených jednotek (ať už práce nebo materiálu) nemusí představovat změnu závazku (není-li smluvně stanoven jejich pevný počet) a jistá proměnlivost rozsahu prací je měřenému kontraktu vlastní.
128. Namítá-li navrhovatel, že zadavatel postupoval při prodloužení lhůty pro podání nabídek nepřehledně, že nebylo zřejmé, k jakým důvodům a vysvětlením se prodloužení lhůty váže, souhlasím s napadeným rozhodnutím obecně v tom, že zadavateli nic nebrání, aby k prodloužení lhůty přistoupil až v souvislosti s několika vysvětleními zadávací dokumentace. Oproti navrhovateli jsem přesvědčen, že z jednotlivých vysvětlení zadávací dokumentace je patrné, že se zadavatel snažil postupovat přehledně a srozumitelně. Při prodloužení lhůty pro podání nabídek tak uváděl, k jakým vysvětlením zadávací dokumentace se prodloužení lhůty váže. Prodloužení lhůty dále konkrétně neodůvodňoval, nicméně takovou povinnost ze zákona nemá a lze ji dovodit až pro případ, že by byl jeho postup dle § 99 odst. 2 zákona napaden námitkami, o nichž by zadavatel musel rozhodnout.
129. Ze všech uvedených důvodů tedy konstatuji, že námitky z tohoto okruhu jsem neshledal důvodnými.

K části návrhu č. 4 „Neúplnost zadávací dokumentace (stavební povolení)“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

130. V této části návrhu navrhovatel brojí proti neúplnosti zadávací dokumentace z důvodu absence stavebního povolení. Úřad uzavřel, že zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení v souladu s § 36 odst. 3 zákona (předmět veřejné zakázky byl dostatečně definován v projektové dokumentaci), přičemž dodavatele seznámil se skutečností, že doposud nebylo vydáno stavební povolení. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 uvedl zadavatel k dodavatelům, že závazná stanoviska dotčených orgánů nebudou zasahovat do časového plánu ani ceny díla, toto sdělení shledal Úřad v souladu se zásadou poctivosti dle § 7 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „OZ“). Jelikož všichni dodavatelé měli k dispozici stejné informace, měla by případná změna vyplývající ze stavebního povolení na všechny dodavatele stejný dopad. Úřad uzavírá, že žádný z dodavatelů tak absencí stavebního povolení nemůže

být diskriminován. Absence stavebního povolení, resp. změny z něj vyplývající představují riziko, o kterém byli všichni dodavatelé s předstihem vyrozuměni, přičemž, jako u všech jiných zadávacích řízení, je na uvážení dodavatele, zda v takovém případě podá nabídku na veřejnou zakázku, či nikoliv. Případné změny předmětu VZ bylo možno dle názoru Úřadu řešit postupem dle § 222 zákona.

131. Navrhovatel v rozkladu namítá, že lze očekávat změny díla na základě stavebního povolení, do procesu vydání zasahují i občanská sdružení. Stavební povolení považuje za nutnou součást zadávací dokumentace, aby tato byla v souladu s § 36 odst. 3 zákona a zásadou transparentnosti. Odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu (rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0018/2019/VZ a sp. zn. ÚOHS-S0066/2017/VZ). Úřadem zmíněnou zásadu poctivosti nelze akceptovat ve vztahu k Úřadu. Navrhovatel tvrdí, že změnou stavebního povolení bude změněn i rozsah díla a není jisté, zda bude moci být pokryt postupem dle § 222 zákona. Úřad měl nechat tuto odbornou otázku posoudit ze strany znalce (tj. do jaké míry může stavební povolení následně změnit předmět veřejné zakázky). Dle navrhovatele nelze přenášet riziko odpovědnosti za nedostatečně vymezený předmět veřejné zakázky na dodavatele.
132. K neúplnosti zadávací dokumentace spočívající v absenci stavebního povolení zadavatel sděluje, že navrhovatel zde vychází výhradně z obecné úvahy, že bez vydaného stavebního povolení nemohou být zadávací podmínky úplné, zákon však povinnost učinit stavební povolení součástí zadávací dokumentace nestanoví. Zadavatel trvá na tom, že postupoval v souladu se zákonem a specifikoval předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel uvádí, že zahajování zadávacího řízení bez stavebního povolení je běžná praxe, poukazuje na omezenou platnost stavebního povolení v kontrastu s možnou délkou zadávacího řízení.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

133. V otázce absence stavebního povolení lze v plném rozsahu odkázat na závěry napadeného rozhodnutí obsažené v jeho bodech 222-270, s nimiž se ztotožňují a doplňují je o následující.
134. Předně je třeba souhlasit s obecným závěrem, že ze zákona nevyplývá pro zadavatele povinnost učinit stavební povolení součástí zadávací dokumentace, a to ani prostřednictvím aplikace zásady transparentnosti. Zákon jasně stanoví, že zadavatel poskytne zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, z této povinnosti jistě nelze vyvozovat povinnost poskytnout stavební povolení v případě, že veřejnou zakázkou je stavba povolení podléhající (srov. rovněž bod 259 napadeného rozhodnutí). Nelze totiž vycházet z navrhovatelem citovaného rozhodnutí Úřadu ze dne 5. 4. 2017, č. j. ÚOHS-S0066/2017/VZ-11673/2017/542/PKn, neboť dopadá na odlišnou situaci, jedná se o ojedinělé rozhodnutí, které nezakládá legitimní očekávání (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016-99) a navíc byl právní názor obsažený v tomto rozhodnutí překlenut rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0014/2018/VZ-09831/2018/322/HSc ze dne 3. 4. 2018. Navrhovatelem uvedené rozhodnutí vydané v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0066/2017/VZ sice konstatuje, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup stanovený v § 44 odst. 1 ZVZ v návaznosti na § 6 odst. 1 ZVZ tím, že nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky, když v návrhu smlouvy o dílo toto specifikoval i prostřednictvím stavebního povolení, které však uchazečům o veřejnou zakázku neposkytl, toto rozhodnutí

však nebylo podrobena přezkumu ze strany předsedy Úřadu. Naopak rozhodnutí Úřadu ze dne 3. 1. 2018, č. j. ÚOHS-S0297/2017/VZ-00113/2018/511/ŠNo, které obsahovalo totožný právní názor, bylo následně zrušeno právě rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0014/2018/VZ-09831/2018/322/HSc ze dne 3. 4. 2018, které se otázkou vlivu stavebního povolení na obsah zadávacích podmínek zabývalo v obecné rovině (tedy nikoliv pouze ve vztahu ke konkrétní stavbě, jak tvrdí navrhovatel) a kterým bylo uzavřeno, že absence stavebního povolení neznamená nutně porušení zákona. Navíc v obou posuzovaných případech (sp. zn. ÚOHS-S0066/2017/VZ a ÚOHS-S0297/2017/VZ) se řešila situace, kdy zadavatel odkázal na stavební povolení přímo ve smlouvě o dílo (tedy zavázal dodavatele k realizaci veřejné zakázky v souladu se stavebním povolením), avšak stavební povolení součástí zadávacích podmínek neučinil. Nyní je naopak řešena situace, kdy přímo z návrhu smlouvy o dílo plyne, že stavební povolení dosud nebylo vydáno, avšak bude předáno dodavateli bezodkladně po uzavření smlouvy. Toto je podstatný rozdíl zejména s ohledem na posouzení transparentnosti postupu zadavatele, neboť netransparentní se může jevit (ne však se vždy jeví) nikoliv skutečnost, že zadavatel nedisponuje stavebním povolením, ale skutečnost, že zadavatel zavazuje smlouvou o dílo dodavatele k postupu dle stavebního povolení, které však dodavateli nepředá.

135. Ačkoliv tedy obě konečná rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-S0066/2017/VZ a ÚOHS-S0297/2017/VZ dopadají na poněkud jiný případ, než je posuzován nyní, lze z rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R0014/2018/VZ-09831/2018/322/HSc ze dne 3. 4. 2018 citovat v otázce obecného vztahu stavebního povolení k zadávacím podmínkám následující: *„Je třeba si uvědomit, že proces zadávání veřejné zakázky v případě rozsáhlejších stavebních prací, které podléhají stavebnímu povolení, je poměrně komplikovaný a zdlouhavý, kdy od počátečního záměru provést určitou stavbu až do doby její realizace uplyne často i několik let. Za tuto dobu musí zadavatelé mnohdy absolvovat veřejnou diskusi o projektu, pořídit projektovou dokumentaci, získat vyjádření dotčených správních orgánů, vlastníků a správců sítí a absolvovat proces zadávání veřejné zakázky. Případný záměr provést určitou stavbu tak bývá již dopředu dostatečně dlouhou dobu znám širokému okruhu osob. Získání stavebního povolení je pak s ohledem na přípravnou fázi projektů často již pouze rutinní záležitostí, kdy se neočekává jakýkoliv zásadní zásah do již připraveného projektu. Stavební povolení pak má omezenou platnost a navíc možnosti stavebního úřadu zasáhnout do podmínek realizace stavby jsou pouze omezené a závislé na okolnostech, které je možno zjistit dopředu. (...) Jeví se tedy krajně nepraktické, aby zadavatelé museli vždy před zadáním veřejné zakázky na stavební práce vyčkat vydání stavebního povolení, když navíc mohou i v případě proběhlého zadávacího řízení od záměru realizovat stavbu upustit nebo tento odložit, například v případě nedostatku financí.“*
136. Na tomto místě lze rovněž upozornit na skutečnost, že zadávací řízení je specializovaným druhem kontraktačního procesu, jehož výsledkem je uzavření smlouvy, v daném případě smlouvy o dílo. Mezi požadavky na specifikování díla ve smlouvě o dílo a požadavky na specifikování díla v rámci zadávacího řízení (v rovině zadávací podmínky) tedy můžeme spatřovat jistou (nikoliv zanedbatelnou) míru podobnosti. Zadávací podmínky tedy musí předmět veřejné zakázky (dílo) specifikovat minimálně v takovém rozsahu, v jakém má být dílo specifikováno v samotné smlouvě o dílo. Z judikatury Nejvyššího soudu se přitom podává, že chybějící stavební povolení není důvodem neplatnosti smlouvy o dílo (srov. rozsudek Nejvyššího soudu ze dne 2. 2. 2015 sp. zn. 23 Cdo 2080/2013). Platí rovněž, že stavební

povolení zavazuje stavebníka, nikoliv přímo zhotovitele, a je to stavebník, který nese odpovědnost za porušení povinností uložených ve stavebním povolení, a to bez ohledu na to, zda stavební práce prováděl sám nebo prostřednictvím svého smluvního partnera (srov. rozhodnutí Nejvyššího soudu ze dne 22. 4. 2003, sp. zn. 25 Cdo 2102/2002). Pokud tedy platí, že i bez stavebního povolení lze jasně specifikovat předmět smlouvy o dílo, kterým je stavba (typicky prostřednictvím projektové dokumentace), měly by tytéž podklady v obecné rovině stačit pro specifikaci předmětu veřejné zakázky (díla) v zadávacích podmínkách.

137. Upozornit lze rovněž na trend výstavby systémem „Design and build“, kdy předmět díla zahrnuje jak zhotovení projektové dokumentace, tak stavby. Je zjevné, že v případě použití tohoto postupu stavební povolení ani nemůže být součástí zadávacích podmínek, neboť dosud neexistuje projektová dokumentace. Odkázat lze v této souvislosti nad rámec nosných důvodů rozhodnutí např. na smlouvu o dílo uzavřenou zadavatelem Nemocnice Rudolfa a Stefanie Benešov, a. s., nemocnice Středočeského kraje, viz <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/15883027?backlink=2mw16>. Nelze přitom vyloučit situaci, kdy z konkrétních okolností určité veřejné zakázky bude vyvozeno nedostatečné vymezení zadávacích podmínek v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, které bude souviset i s absencí stavebního povolení, avšak ze shora uvedené argumentace jasně plyne, že rovnítko mezi absencí stavebního povolení a porušení zásady transparentnosti klást nelze.
138. Máme-li shora uvedené obecné závěry vztáhnout na konkrétní případ šetřené veřejné zakázky, lze konstatovat, že zadavatel si v průběhu zadávacího řízení jistě uvědomoval skutečnost, že na předmětnou stavbu není dosud vydáno stavební povolení. Vůči dodavatelům však zcela jasně deklaroval, že podmínky ze stanovisek, rozhodnutí a povolení jsou zapracovány v zadávací dokumentaci a že předmětné dokumenty budou zhotoviteli předány po uzavření smlouvy o dílo, přičemž podmínky, které budou teprve zohledněny v dopracování realizační dokumentace, nemají dopad do časového plánu ani ceny díla. Toto prohlášení učinil zadavatel vůči dodavatelům ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2, tedy v rámci kontraktačního procesu mezi subjekty soukromého práva. Jestliže Úřad nahlížel na toto prohlášení zadavatele prizmatem § 7 OZ (srov. bod 260 napadeného rozhodnutí), nevyvodil z něj závěr, že následné podmínky skutečně nebudou mít dopad do časového plánu ani ceny díla, ale uzavřel, že zadavatel předložil zadávací dokumentaci tak, jak co nejdříve odrážela jeho úmysl. V žádném případě Úřad nevyvodil na základě aplikace zásady poctivosti závěr, z něhož by plynulo, že následné změny nebudou mít vliv na provádění díla. Takový závěr ani učinit nelze, neboť u veřejné zakázky takto velkého rozsahu a dlouhé doby realizace jsou určité změny v budoucnu vysoce pravděpodobné. Domněnka poctivosti tedy nebyla aplikována ve vztahu mezi Úřadem a zadavatelem (zde její aplikace skutečně možná není), ale jako určitý aspekt zadavatelova úkonu směřovaného vůči dodavatelům.
139. Jak dále správně uzavřel Úřad v bodě 266 napadeného rozhodnutí, je zadavatel připraven i na situaci, kdy by z obsahu stavebního povolení vyplynuly změny podstatnějšího charakteru, které by bylo nutno řešit postupem dle § 100 odst. 1 zákona nebo § 222 zákona. Zde je nutno zvážit i samotný charakter veřejné zakázky, která je nesmírně složitým stavebním dílem. Z této složitosti plyne nejen poněkud extrémní délka souvisejících řízení (jak stavebního, tak zadávacího), ale také míra možné podrobnosti zadávacích podmínek s ohledem na detailní popis díla. I laikovi musí být zřejmé, že u rozsáhlejších stavebních děl, jejichž provádění se předpokládá v horizontu několika let, se takřka nelze vyvarovat průběžných změn a úprav.

Současně i samotné stavební povolení nebude popisovat dané dílo zcela detailně. Navíc samotné stavební řízení počítá s možností dodatečných změn stavby, viz § 118 zákona č. 183/2006 Sb. o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „**stavební zákon**“).

140. V otázce vymezení předmětu veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení lze rovněž odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008-103, kde se uvádí následující: *“Vymezení předmětu v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky (§ 44 odst. 1 ZVZ) je tedy základním pravidlem, od něhož se zadavatel nemůže odchýlit, nicméně míra vymezení související se způsobem realizace plnění je skutečně limitována objektivní možností zadavatele disponovat v době zpracovávání zadávací dokumentace dostatečně konkrétními informacemi a objektivní možností vše slovy nebo obrazem v rámci zadávacích podmínek popsat, a musí podle zdejšího soudu zohledňovat i odpovídající odbornou úroveň dodavatelů – a předpokládat jejich dostatečnou zdatnost. Je tomu tak podle zdejšího soudu shodně jako v případech kontraktace běžných obchodněprávních vztahů.”* Uvedené pravidlo tak lze vztáhnout i na situace, kdy podkladem pro specifikaci stavby bude toliko projektová dokumentace, neboť stavební povolení je již pouze určitou „licencí“ vydanou orgánem veřejné správy postupem upraveným ve stavebním zákoně, kdy tento postup je s ohledem na zákonnou úpravu předvídatelný, a to zejména pro dodavatele, kteří se stavebnictvím zabývají. Ostatně zadavatel obdržel v případě veřejné zakázky 3 nabídky, je tedy zjevné, že nejméně 3 subjekty byly schopny dle předložených podkladů svou nabídku zpracovat. Lze se zároveň logicky domnívat, že relevantní okruh dodavatelů (velké stavební společnosti) má zkušenost s tím, jak vypadá stavební povolení na podobně rozsáhlé projekty a v jakém rozsahu může stavební povolení modifikovat projektovou dokumentaci. V souladu se shora uvedeným (kdy dále lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 25. 10. 2017, č. j. 62 Af 121/2016-196) je pak předpoklad, že po dodavatelích obecně lze vyžadovat přijetí přiměřené míry podnikatelského rizika. Riziko budoucích změn vyvolané podobou stavebního povolení do přípustné míry podnikatelského rizika nepochybně spadá.
141. Jestliže navrhovatel poukazuje na rozsáhlé změny předmětu veřejné zakázky, které mohou být stavebním povolením vyvolány, je nutno zdůraznit, že se jedná pouze o vyvracení opačného tvrzení Úřadu bez jakékoliv hlubší či konkrétnější argumentace. Ostatně navrhovatel nepoukazuje na jedinou konkrétní změnu předmětu veřejné zakázky, u níž by existovala vysoká pravděpodobnost vzniku v důsledku vydání stavebního povolení. Jak bylo konstatováno shora, vždy existuje určitá možnost následné změny předmětu veřejné zakázky na základě různých vlivů (tím spíše u takto rozsáhlé veřejné zakázky), tedy nikoliv pouze v důsledku vydání stavebního povolení, se kterou však zadavatel počítal a postup v takovém případě řádně ošetřil. Charakter stavebního povolení je popsán v bodě 262 napadeného rozhodnutí a je zjevné, že možnosti změny předmětu díla ze strany stavebního úřadu jsou značně omezené. Navrhovatel tak fakticky nebrojí proti konkrétnímu nevymezení zadávacích podmínek v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, ale pouze proti samotné absenci stavebního povolení, ačkoliv ze zákona nevyplývá povinnost jej v zadávacích podmínkách předložit.
142. K argumentaci navrhovatele týkající se nemožnosti následné změny předmětu veřejné zakázky prostřednictvím postupu dle § 222 zákona lze uvést pouze toliko, že institut následné změny

závazku nemůže zasahovat do povinnosti zadavatele vymezit zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, neboť zadavatel je v zadávacích podmínkách povinen vymezit předmět díla tak, jak je mu znám v okamžiku jeho vymezení, a nikoliv tak, jak mu bude znám v budoucnosti (srov. opakovaně závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008-103).

143. Je nutno vyslovit souhlas rovněž se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v bodě 267, které poukazují na to, že navrhovatelem uváděná směrnice Ministerstva dopravy č. V-2/2021 ze dne 15. 9. 2015 je „pouze“ směrnicí doporučující určitý postup, pro který stanovuje závazná pravidla, která jsou ukládána pouze v rámci subordinace vůči danému ministerstvu (tedy nejsou pro zadavatele závazná), nikoliv závazným pravidlem, které by zadavatelům neumožňovalo postupovat odlišným způsobem. Je nutno souhlasit s tvrzením Úřadu, že postup vedení zadávacího řízení v okamžiku, kdy dosud není vydáno stavební povolení, není zdaleka ojedinělý.
144. Zcela nad rámec nosných důvodů rozhodnutí a pouze pro dokreslení situace lze jako příklad veřejné zakázky na stavbu, kde bylo vedeno zadávací řízení před vydáním stavebního povolení, uvést s použitím veřejně dostupných zdrojů například zadávací řízení zadavatele Správa železnic, státní organizace na veřejnou zakázku „Elektrizace a zkapacitnění trati Libina - Uničov“ viz <https://www.vestnikverejnychzakazek.cz/Form14/Display/181652>, kde byla lhůta pro podání nabídek stanovena na 18. 9. 2020, stavební povolení bylo vydáno dne 15. 10. 2020 viz https://www.ducr.cz/images/drurad/2020/15_10_2020_Libina_-_Uni%C4%8Dov_-_oprava.pdf. Za zmínku rovněž stojí, že navrhovatel sám je jedním z dodavatelů této veřejné zakázky, smlouva o dílo byla uzavřena dne 22. 12. 2020 (viz <https://smlouvy.gov.cz/smlouva/15157731?backlink=qib6u>) a je v ní výslovně uvedeno, že „*stavební povolení bude předáno bez zbytečného odkladu před podpisem smlouvy vítěznému uchazeči*“. Daná veřejná zakázka se navíc týká rozsáhlé dopravní drážní stavby v hodnotě cca 1,5 mld. Kč. Již tento příklad dokazuje, že praxe vedení zadávacích řízení v souběhu se stavebním řízením je běžná, aprobovaná a dokonce se s ní setkal i navrhovatel.
145. Na základě shora uvedeného lze uzavřít, že závěry, které učinil Úřad v otázce navrhovatelem tvrzené neúplnosti zadávací dokumentace z důvodu absence stavebního povolení, jsou správné a navrhovatel je svými rozkladovými námitkami nijak nezpochybil. Zastávám stanovisko, že není úkolem Úřadu zevrubně zkoumat projektovou dokumentaci a případné možnosti vlivu stavebního povolení na předmět veřejné zakázky, tím méně za účasti znalce, neboť není jasné, jak by ustanovený znalec posuzoval dopady stavebního povolení, které v daném okamžiku ani neexistuje. Námitka týkající se stavebního povolení tak nemůže spadat pod potřebu vyřešení odborné otázky, jak to předvídá § 56 správního řádu, když navrhovatel své obavy o změnu předmětu veřejné zakázky vznáší pouze ve zcela obecné rovině. Naopak k vypořádání námítky bylo přistoupeno s ohledem na její obsah, tedy tak, že byla jakožto obecná teze (postavená na tvrzené nutnosti zahrnout stavební povolení do zadávací dokumentace) vyvrácena rovněž obecně.

K části č. 5 návrhu „Neúplnost zadávací dokumentace – geologický průzkum“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

146. Úřad k této části návrhu konstatoval, že zadavatel prováděl v průběhu let 2010 - 2017 geologické průzkumy. Na základě nich namodeloval kvalifikovaný odhad, který slouží pro

zpracování nabídek dodavateli, zadavatel zpracoval soupis prací určený k ocenění dodavateli (11 tis. položek). Dodavatelé tak měli k dispozici týž soupis prací, který na ně dopadá bez větších rozdílů. V době, kdy plynula lhůta pro podání nabídek, ještě neexistovaly relevantní výstupy z DGP. Pokud v té době byly k dispozici dílčí informace z DPG, nejednalo se o informace, které by mohly přípravu nabídek ovlivnit. Výsledky DPG mají dopad do realizační dokumentace, do realizační fáze stavby. I pokud by existoval informační náskok dodavatelů provádějících DPG, mohl mít i zcela opačný efekt, než domýšlí navrhovatel. Určitou přirozenou výhodou zpracovatelů DPG nelze považovat za nezákonnou.

147. Navrhovatel závěry Úřadu v rozkladu zpochybňuje, dle jeho názoru z odůvodnění rozhodnutí nelze seznat, jak Úřad dospěl k závěru, že výsledky DPG nejsou pro plnění zakázky podstatné. To je otázka na znalce, kterého však Úřad neoslovil. Úřad neprovedl žádné důkazy a důkazy, které předložil navrhovatel, se nezabýval (harmonogramy geolog. prací), nekriticky převzal tvrzení zadavatele. Zadavatel porušil zásadu transparentnosti, když výsledky dodatečných průzkumů neposkytl uchazečům. Současně porušil zásadu rovného zacházení, neboť dodavatelé realizující průzkum měli podstatně více informací než ostatní (z průzkumu i z projektové dokumentace, kterou měli s ročním předstihem).
148. Zadavatel uvádí, že lhůta pro podání nabídek i podklady byly zcela přiměřené a dostatečné pro zpracování nabídek, případné informace z DGP navíc nemohou zásadně ovlivnit realizaci předmětné zakázky. Zadavatel navíc v době podání nabídek neměl k dispozici výstupy z DGP, které by výrazně ovlivnily předmětnou veřejnou zakázku. Zadavatel trvá na tom, že ke dni podání nabídek neměli zhotovitelé DGP k dispozici takové informace, které by je mohly jakkoli zvýhodnit oproti ostatním dodavatelům, výsledky doplňkového geologického průzkumu tak nemohly mít dopad do nabídkových cen účastníků, jelikož žádný účastník takovými výsledky nedisponoval.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

149. Navrhovatelova rozkladová argumentace je v této části rozkladu vedena v několika liniích. Navrhovatel tvrdí, že zhotovitelé DGP měli výhody plynoucí z toho, že se značným předstihem disponovali projektovou dokumentací veřejné zakázky, dále z toho, že měli informace z DGP, které ostatním dodavatelům nebyly poskytnuty, a konečně z toho, že byli lépe obeznámeni s prostředím realizace veřejné zakázky.
150. K námitkám týkajícím se jednotlivých tvrzených výhod zhotovitelů DGP předesílám, že zákon stanoví povinnost zpracovat zadávací podmínky takovým způsobem, aby nedocházelo k bezdůvodnému zvýhodnění nebo omezení některých dodavatelů. Faktické zvýhodnění některých dodavatelů, kteří disponují konkurenční výhodou plynoucí například z jejich postavení na relevantním trhu nebo například i z toho, že jsou stávající dodavatelé poptávaného plnění, není porušením zákonné povinnosti (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 13. 4. 2021, č. j. 29 Af 63/2020-213).
151. Co se týká výhody plynoucí z držení projektové dokumentace, jedná se o výhodu přirozenou, podobnou výhodě, kterou má v řadě jiných zadávacích řízení stávající dodavatel poptávaného plnění. V případě projektové dokumentace zadavatel výhodu kompenzoval délkou lhůty pro podání nabídek, která byla shledána dostatečnou pro zpracování nabídek. Nadto nelze přehlédnout, že i navrhovatel tuto výhodu pouze zmiňuje, netvrdí žádné její specifické důsledky ani žádný konkrétní negativní dopad do svých právních poměrů. Lze se však obtížně

domýšlet, jak a co by mohla pouhá delší znalost projektové dokumentace při zpracování nabídek ovlivnit, když tato dokumentace sama o sobě ke zpracování nabídky nedostačuje.

152. Namítá-li navrhovatel, že zadavatel byl povinen učinit součástí zadávací dokumentace i poznatky z DGP, nelze této námitce přisvědčit. Je zadavatelovým právem i povinností zpracovat zadávací dokumentaci tak, aby co nejlépe odpovídala plnění, které má být na jejím základu poskytováno. Z toho však neplyne povinnost učinit součástí zadávací dokumentace veškerou dokumentaci, kterou má zadavatel k veřejné zakázce k dispozici. Zadavatel je pouze povinen obsáhnout do zadávací dokumentace takové údaje, které vystihují předmět plnění veřejné zakázky a jiné její klíčové aspekty natolik detailně, že dodavatelé budou schopni podat nabídky, a které současně zajišťují, že podané nabídky budou porovnatelné.
153. V posuzované věci je nutno tyto obecné závěry modifikovat v tom smyslu, že zadavatel byl povinen zahrnout do zadávací dokumentace takové informace, které již z DGP získal, a to zejména proto, aby – v tomto konkrétním případě – kompenzoval výhodu, která z tohoto informačního náskoku mohla plynout dodavatelům DGP.
154. Navrhovatel předložil v průběhu správního řízení harmonogramy provádění DGP. Z nich vyplývá, že v době zpracování nabídek měla být již k dispozici řada dílčích výsledků jednotlivých DGP. Úřad se harmonogramy v napadeném rozhodnutí zabýval, a to v bodu 407 napadeného rozhodnutí s tím, že dle časových harmonogramů předložených vybranými dodavateli v rámci veřejných zakázek na DGP ověřil, že termín vyhodnocení ražeb byl v části případů stanoven až po konci lhůty pro podání nabídek v posuzované věci. Nadto přihlédl k tvrzení zadavatele o vlivu epidemiologické situace na průběh DGP, který způsobil posun v plánovaných pracích tak, že do konce dubna nebyly činnosti dle harmonogramů dokončeny.
155. K doplnění tvrzení a důkazů ohledně skutečného stavu prací v jednotlivých DGP jsem vyzval zadavatele v průběhu řízení o rozkladu. Zadavatel k této výzvě doplnil své vyjádření, viz úvod části V tohoto rozhodnutí. Svá tvrzení zadavatel doložil situačním výkresem s vyznačením plánované trasy metra linky D a stavu DGP ke dni 30. 4. 2020 a inženýrskogeologickou dokumentací k jednotlivým DGP. Současně zadavatel sdělil, že k 30. 4. 2020 z DGP neexistoval žádný výstup, který by se odchyloval od geologických zjištění, na jejichž základě byla zpracována zadávací dokumentace.
156. V rámci vyjádření k podkladům rozhodnutí se k doplnění údajů vyjádřil svým podáním ze dne 28. 5. 2021 navrhovatel.
157. Navrhovatel ve svém vyjádření k informacím doplněným zadavatelem v úvodu uvedl, že je považuje za zkreslené a nepravdivé, a trvá na tom, že zadavatel, potažmo dodavatelé provádějící jednotlivé DGP měli řadu informací z provádění DGP, které nebyly do zadávací dokumentace vtěleny a které představují významné zvýhodnění zhotovitelů DGP v posuzovaném zadávacím řízení.
158. K těmto argumentům navrhovatele především uvádím, že o skutečnostech uvedených ve vyjádření zadavatele je na místě pochybovat až ve chvíli, kdy k tomu vede jasné a dostatečně konkrétní podezření. Tvrzení zadavatele a jím předložené doklady nelze *a priori* považovat za nepravdivé či zmanipulované, není-li to v řízení prokázáno. Pokud navrhovatel tvrdí, že z veřejně dostupných informací lze nepravdivost zadavatelem předložených údajů jednoduše ověřit, vyjádřím se k tomu níže.

159. Rovněž předesílám, že pro znění zadávacích podmínek v posuzované věci je třeba rozlišovat poznatky zhotovitelů DGP, které přirozeně nabyli v průběhu provádění DGP, od poznatků zadavatele, které by se odlišovaly od původních východisek, na jejichž základě byly zadávací podmínky zpracovány a současně, jejichž znalost by nedůvodně zvýhodňovala zhotovitele DGP.
160. Jak je řečeno níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel nikdy zcela nemůže eliminovat určité přirozené výhody těch zhotovitelů, kteří mají o předmětu plnění více informací než ostatní dodavatelé, pokud je nabyli při plnění jiných smluv pro zadavatele nebo jiným přirozeným způsobem.
161. Podstatné pro posouzení postupu zadavatele jsou takové informace, které zadavatel v průběhu zadávacího řízení měl, které při provádění DGP získali i někteří zhotovitelé DGP a které byly současně odlišné od informací uvedených v zadávací dokumentaci, a mohly tak mít vliv na výši nabídkových cen.
162. DGP byly zadány k části PAD1b, PAD4, VO-OL a OL1 a navrhovatel zpochybňuje tvrzení zadavatele ohledně každé z nich. Proto se k částem DGP vyjádřím jednotlivě.

Ad a) PAD1b

163. Jak již bylo výše rekapitulováno, v části PAD1b byla k dubnu 2020 téměř dohloubena vstupní jáma, nebylo však zahájeno realizování vodorovného průzkumného vrtu o délce 205 m, který byl účelem dané části DGP. Vstupní jáma je navíc mimo budoucí trasu metra D, tedy mimo předmět plnění veřejné zakázky. Průzkumný vrt, kvůli kterému byl tento DGP prováděn, nebyl ke dni 30. 4. 2020 ani zahájen. Zhotovitel tohoto DGP tak nemohl mít dle zadavatele ke dni podání nabídek žádné relevantní informace, které by mu mohly zjednat v zadávacím řízení výhodu.
164. Navrhovatel tyto informace vyvrací s tím, že ze změnového listu 01/PAD1 ze dne 6. 2. 2020 vyplývá, že v šachtě byly zjištěny jiné geologické podmínky, a v důsledku toho se muselo upravit technické řešení, proto došlo k prodloužení lhůty pro realizaci o 52 dnů. K námitce navrhovatele upozorňuji, že hloubená vstupní jáma se nachází mimo předmět plnění veřejné zakázky a až z této šachty měl být veden průzkumný vrt. Pokud byly podmínky v šachtě jiné, než předpokládala smlouva na tento DGP, není taková informace pro posouzení této věci relevantní. Naopak skutečnost, že se při hloubení šachty vyhodnocovaly zastižené podmínky, je přirozená, neboť takový postup je nezbytný pro bezpečný postup prací.
165. Cituje-li navrhovatel k tomuto DGP změnový list 02/PAD1b a změnový list 09/PAD1b, jde o změnové listy ze dne 7. 10. 2020, tedy z doby více než 5 měsíců po lhůtě pro podání nabídek. Navíc ze změnového listu 09/PAD1b, přílohy č. 1 dodatku č. 2 ke smlouvě na provádění DGP, vyplývá to, co ostatně cituje i navrhovatel ve svém podání: horizontální průzkumný vrt zhavaroval v délce 140 m vlivem tektonického porušení horninového masivu. Tento změnový list však rovněž konstatuje, že průzkumný vrt nebyl realizován v celé délce až do zásadní oblasti, tj. odstavných kolejí (tzn. především v blízkosti objektu Enterprise). Pro zajištění potřebných výsledků průzkumných prací byly v blízkosti objektu Enterprise navrženy tři nové vertikální průzkumné vrty (pod různými úhly) IN300, HG300 a HG301, které byly koncipovány tak, aby byly využitelné pro geotechnický monitoring stavby v další fázi - během výstavby metra D - a zároveň doplnily informace z posledních 65 m původního záměru. Průzkumné

práce jsou zaměřené na ověření geologických, hydrogeologických a geotechnických podmínek ražby přístupové štoly do stanice Pankrác a přilehlého úseku křížení této přístupové štoly s trasou metra D pod budovou Enterprise.

166. Pokud navrhovatel v bodu 44 svého vyjádření k podkladům rozhodnutí uvádí, že v odborném časopisu Tunel č. 4/2020 je dokonce uvedeno, že byla ražba průzkumného díla zahájena již 11. 1. 2020, není tato námitka případná, neboť článek, na nějž navrhovatel odkazuje (str. 17 a 18 časopisu), se týká DGP v části PAD4, nikoliv v části PAD1b.
167. Účelem DGP v části PAD1b bylo provedení průzkumného vrtu a vyhodnocení poznatků z něj. Ničím, co namítá navrhovatel, není vyvráceno, že průzkumný vrt nebyl k datu podání nabídek ani zahájen. Naopak ze změnových listů z října 2020, na něž navrhovatel odkazuje, je patrné, že až teprve v tomto období se řešilo, jak dosáhnout účelu smlouvy poté, kdy se průzkumný vrt nepodařilo realizovat v celé délce. Ze všeho uvedeného tak vyplývá, že stav prací v DGP PAD1b ke dni podání nabídek nedával zadavateli žádný výstup, který by mohl být relevantní pro posuzované zadávací řízení.

Ad b) část PAD4

168. V části PAD4 měla být zhotovena šachta a ražby, které částečně kopírují směrové a výškové vedení a částečně i tvar budoucích tunelů stanice Pankrác D. Cílem díla bylo dle sdělení zadavatele ověření účinnosti chemických horninových injektáží a zjištění změn vlastností proinjektovaného prostředí. Ke dni podání nabídek byla vyhloubena jáma a byla zrealizována část ražby v délce celého profilu. Realizace pokusných injektáží, které byly nezbytné pro naplnění primárního účelu této části DGP, byla dle zadavatele zahájena až v červenci 2020. Realizace geotechnické rozrážky včetně pokusů *in situ* probíhá dle sdělení zadavatele až v květnu 2021. Informace, které mohl získat zhotovitel tohoto DGP, by vyplynuly z provádění prací (hloubení jámy a provádění ražby), které měly představovat podstatu tohoto DGP a které nebyly ke dni podání nabídek ani zahájeny.
169. Navrhovatel zpochybňuje pravdivost a věrohodnost uvedených tvrzení zadavatele, přičemž odkazuje na smlouvu o dílo uzavřenou na tento DGP, z jejíž přílohy č. 5 (harmonogramu prací) cituje termíny jednotlivých průzkumných štol, průzkumů atd. K těmto argumentům uvádím, že navrhovatel přehlíží, že smluvní termíny provádění prací byly změněny dodatkem č. 1 ze dne 25. 9. 2020 uzavřeným k této smlouvě. Z harmonogramu, který je přílohou č. 2 dodatku, vyplývá, že ke dni podání nabídek měla být realizována stavební jáma, mikropilotový deštník a mělo být započato s ražbou průzkumné štoly. Měla být vyražena průzkumná štola TYP1 a I. kalota průzkumné štoly TYP2, měl být proveden presiometrický vějíř PP1 a presiometrické a geofyzikální zkoušky v těchto typech ražeb bez injektáží. Až v době po podání nabídek měla být provedena injektáž masivu, ražby dalších průzkumných štol TYP 3 a 4 a především presiometrické a geofyzikální zkoušky po injektáži jak již zhotovených štol, tak i štol, které měly být vyraženy po lhůtě pro podání nabídek, smykové a zatěžovací zkoušky atd. Z harmonogramu prací tak vyplývá, že ke dni podání nabídek byly práce na DGP v samých počátcích, kdy prakticky nemohly existovat žádné rozhodné výstupy.
170. Pokud navrhovatel argumentuje změnovým listem 02/PAD4, který byl přílohou dodatku č. 2 ze dne 17. 12. 2020 (nikoliv dodatku č. 1, jak uvádí navrhovatel), jedná se o změnový list z července 2020, tedy z doby po podání nabídek.

171. Pokud navrhovatel uvádí, že na základě situace na místě došlo již zjara 2020 ke změně technologické třídy výrubu na TT5b s použitím chemických injektáží, pak k této námitce uvádím, že zadavatel s touto situací v zadávací dokumentaci posuzované zakázky počítal a pro objekt SO 11-20 (Stanice Pankrác D) jsou naceňovány technologické třídy výrubu TT4, TT5a a TT5b, a to pro horninu suchou, mokrou, naceňována má být mj. i chemická injektáž.
172. Dle navrhovatele z vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 (dotaz č. 7) vyplývá, že tazatel znal situaci v podzemí. Dotaz č. 7 ve vysvětlení zadávací dokumentace a odpověď na něj byly publikovány takto:
173. *„V souvislosti probíhajícími ražbami průzkumných děl v rámci doplňkového IGP pro trasu metra D dochází s velkou pravděpodobností k snížení hladiny podzemní vody v širokém okolí nově ražených průzkumných děl. S odvodňováním horninového masivu je spojeno sedání objektů v okolí ražeb. Jedná se o objekty pozemní (na povrchu), ale i o objekty podzemní, jako je provozovaná trasa C pražského metra, kabelový kolektor, vodovody atd. Spolu se sedáním zřejmě dochází i ovlivňování konstrukcí těchto podzemních objektů. Dochází k rozvírání a svírání pracovních a dilatačních spár, může dojít i k rozvoji trhlin. Po dokončení stavebních prací na nové lince pražského metra D dojde zřejmě s postupným uzavřením a zaizolováním (zatěsněním) nově vybudovaných konstrukcí k postupnému nastoupení hladiny podzemní vody (vrácení hladiny) na původní úroveň. Některá poškození se projeví hned, je ale možné, že některá takto vzniklá poškození se projeví s velkým časovým opožděním. Jak bude řešena případná sanace, opravy těchto objektů, zejména pak dnes provozované linky C pražského metra?*
- Odpověď zadavatele: Zadavatel uvádí, že ukončení ražeb se předpokládá cca 3 roky před dokončením díla, tj. za provozu s cestujícími. Pokud potřeba výše uvedených prací na objektech zasažených ražbou nastane do doby předání díla, čerpají se prostředky na tyto činnosti z objektů Sanace nadzemních objektů. Pokud budou tyto práce třeba po předání díla, bude tento stav řešen individuálně.“*
174. Z dotazu č. 7 je patrné, že tazateli je znám faktický stav podzemní vody při provádění DGP, nicméně z dotazu ani z odpovědi na něj není jasné, jaká z této znalosti plyne konkrétní výhoda konkrétnímu dodavateli, ani to, jak by měla být odpověď zadavatele do zadávací dokumentace případně vtělena a navrhovatel k tomu ani ničeho netvrdí.
175. Argumenty dalšími dotazy z vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 nejsou přílehlivé, neboť tyto dotazy nemají vztah k DGP. Dotaz č. 2 navazuje na vysvětlení zadávací dokumentace č. 23 z 20. 3. 2020, jde o dotaz veskrze obecný, týkající se nejasností ve způsobu stanovení výchozí hodnoty varovného stavu, mezních hodnot sedání a doplnění varovných stavů pro stanici Pankrác. Do hlavní části stanice Pankrác (ve směru k objektu Gemini, který je v dotazu zmiňován) navíc měla směřovat závěrečná část štoly DGP VO-OL, která však ke dni podání nabídek nedosahovala ani do třetiny své předpokládané délky. Z odpovědi na dotaz č. 2 je navíc patrné, že zadavatel odpovídá obecně s odkazem na to, že probíhají DGP, z nichž dosud nejsou data, a výsledky DGP se stanou součástí realizační dokumentace. Další dotazy č. 4, 5 a 6 se pak týkají stanice Olbrachtova, tedy jiného území.
176. Navrhovatel opakuje své tvrzení, že společnost Metrostav, resp. S u b t e r r a, disponovala množstvím informací přímo z podzemí a přesně znala skutečný stav, který neodpovídal předpokladům uvedeným v zadávací dokumentaci veřejné zakázky. Pokud navrhovatel tvrdí,

že z článku v časopisu Tunel je patrné, že dotaz č. 2 na mezní hodnoty a limity budov musel položit zhotovitel DGP, tedy společnost Metrostav, která je i autorem článku, pak dlužno uvést, že taková skutečnost z dotazu č. 2 nevyplývá. Pokud je v článku uvedena tabulka dokládající změny technologických tříd, pak konstatuji, že se nejedná o změnu oproti zadávací dokumentaci, neboť uváděné třídy výrubu v ní uvedeny jsou. Článek je navíc publikován v č. 4/2020 a časopis je čtvrtletník, tedy v článku jsou pojaty informace mapující průběh DGP za rok 2020, nikoliv pouze za jeho první kvartál. Z článku nelze dovodit nic víc, než že se v průběhu provádění DGP částečně změnila třída výrubu DGP (TT5a na TT5b). Vzhledem k tomu, že zadavatel v zadávací dokumentaci v posuzované věci počítá se všemi třídami výrubu, které byly v DGP použity (třída TT4, TT5a a TT5b), není zřejmé, jak víc by dle navrhovatele měl zadavatel na situaci vzniklou při DGP reagovat a jak více než faktickou znalostí štol TYP1 a kaloty štol TYP2 byl zvýhodněn zhotovitel DGP v části PAD4.

177. Pokud navrhovatel tvrdí, že na základě dotazu č. 7 vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 došlo ke změnám mezních hodnot uvedených v zadávací dokumentaci a tříd výrubu, není zřejmé, na čem se jeho tvrzení zakládá, v návaznosti na tento dotaz k žádné změně zadávací dokumentace nedošlo.
178. K argumentu navrhovatele, že dokument, jímž zadavatel svá tvrzení dokládá, byl vytvořen 14. 5. 2020, avšak upraven byl 12. 5. 2021, uvádím, že tento údaj o ničem nevyovídá. K podobným záznamům v metadatech dochází i při změně názvu dokumentu a jeho uložení, ne nutně tím, že by bylo zasaženo do jeho obsahu. To platí i o dalších dokumentech, k nimž navrhovatel tuto svou námitku vznáší.
179. K poznatkům z části PAD4 tedy uvádím, že jsem po přezkoumání tvrzení a dokladů předložených zadavatelem a konfrontovaných s dokumenty, na něž odkázal navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí, shledal, že nebylo prokázáno, že by zadavatel ke dni podání nabídek disponoval takovými údaji, které mohly pro zhotovitele DGP v části PAD4 představovat neoprávněnou výhodu.

Ad c) VO OL

180. V části VO - OL měla být vyhloubena šachta v prostoru zařízení staveniště VO-OL a poté měl být ražen přes 300 m dlouhý tunel, ve směru budoucí trasy metra do budoucí stanice Pankrác. V tomto DGP byla vyhloubena šachta (jáma), ražby byly sice započaty, ale ke dni podání nabídek byly dokončeny v cca jedné třetině. Nebylo započato se zkouškami horninových injektáží k ověření geomechanických vlastností prostředí (významný účel daného DGP). Zhotovitel tohoto DGP tak měl dle zadavatele k dispozici informace týkající se hloubení jámy v místě budoucího staveniště a ze 100m ražby. Dle přesvědčení zadavatele takové informace nebyly způsobilé vytvořit zhotoviteli jakoukoliv nepřiměřenou či neoprávněnou výhodu.
181. Navrhovatel oproti sdělení zadavatele uvádí, že již z hloubení šachty a vyražení 100 m ražeb muselo být k dispozici obrovské množství dat, jimiž disponuje zhotovitel DGP, který je průběžně vyhodnocuje. Navrhovatel odkazuje na časový harmonogram, který byl přílohou smlouvy o dílo.
182. K těmto argumentům uvádím, že zhotovitel DGP nepochybně fakticky disponoval informacemi o stavu a průběhu hloubení jámy a ražby tunelu, nicméně doba plnění smlouvy byla dodatkem prodloužena, tedy nelze přehlédnout, kdy těmito informacemi mohl disponovat.

Z aktualizovaného harmonogramu plnění (příloha č. 2 dodatku č. 2 ke smlouvě o dílo na část VO OL) je zřejmé, že k datu podání nabídek byla hotova tolíko výstavba těžní jámy, mikropilotový deštník a část tunelu o. v. 5,0, což ostatně ve svém podání konstatuje i navrhovatel. Hlavní práce, tedy geologické vyhodnocení ražeb a zkoušky presiometrického profilu, byly plánovány až na konec roku 2020 popř. na rok 2021.

183. Změnový list č. 02/VO-OL ze dne 20. 11. 2019, kterým navrhovatel argumentuje, konstatuje tolíko rozpor mezi množstvím položek v rámci kapitoly geotechnický monitoring, v důsledku čehož se počet položek navyšuje. Není jasné, jaký by měl být jeho význam pro posuzované zadávací řízení.
184. Změnový list č. 03/VO-OL ze dne 30. 4. 2020, který cituje navrhovatel, konstatuje změnu geologických podmínek při ražbě, na základě čehož došlo k úpravě vstrojení ve TT5a, později došlo k další změně zatřídění výrubu do TT5b. Z tohoto změnového listu, datovaného mimochodem až v den podání nabídek, vyplývá konkrétní reakce stavby na zastižené geologické podmínky. Zadávací dokumentace posuzované veřejné zakázky nicméně pro stanici Olbrachtova i související objekty počítá s třídami výrubu, které byly při DGP použity.
185. Změnový list č. 04/VO-OL, na který navrhovatel odkazuje, je datován až 5. 5. 2020, tedy po uplynutí lhůty pro podání nabídek. Z něj je patrné, že geologické podmínky na místě dílčího výrubu směrem ke stanici Pankrác jsou nepříznivější, než jak předpokládal podrobný geologický průzkum. Z těchto důvodů zhotovitel DGP žádal objednatele o pokyn k rozšíření inženýrskogeologického průzkumu a k prodloužení doby realizace průzkumu.
186. Navrhovatel z tohoto změnového listu dovozuje, že zhotovitel DGP měl více informací z podzemí, než ostatní uchazeči, což ho nutně zvýhodňovalo. S tímto názorem navrhovatele se nemohu ztotožnit z několika důvodů – ze změnového listu vyplývá, že práce na průzkumné štole byly v počátcích, vyplývá z něj i to, že geologické podmínky byly méně příznivé, než se původně předpokládalo, dále z něj vyplývá, že o tom zhotovitel DGP věděl. Ze změnového listu nicméně naprosto nevyplývají takové informace, na které by měl – *nota bene* v situaci odehrávající se kolem konce lhůty pro podání nabídek – více reagovat zadavatel, který již pro objekty v této oblasti počítal s vysokými technologickými třídami výrubu právě z důvodu očekávané geologické nepředvídatelnosti území. Ze změnového listu vyplývá i to, že zhotovitel DGP si je vědom, že je situace horší, avšak právě proto žádá o provádění dalších inženýrskogeologických průzkumů. To mj. potvrzuje, že sám neměl situaci zmapovanou, a především, i kdyby měl časový prostor, stěží by našel způsob, jak *horší* situaci zohlednit ve svůj prospěch v nabídce v posuzovaném zadávacím řízení.
187. Navrhovatel tvrdí, že z jím jmenovaných dokladů vyplývá, že situace v podzemí byla zcela jiná, než bylo předpokládáno v době vytváření zadávací dokumentace, což zadavatel záměrně zamlčuje. K tomu uvádím, že dokumenty, které navrhovatel cituje, nic takového nepotvrzují. Ze změnového listu č. 04/VO-OL sice vyplývají v dílčích úsecích zhoršené podmínky, nicméně se jedná o relativně krátké úseky v rámci předpokládané celkové délky průzkumné štole. Naopak už ze změnového listu 05/VO-OL je zřejmé, že v metrech 70,97 – 139,00 jsou užívány předpokládané technologické třídy, byť v modifikovaném rozsahu.
188. Ani v části DGP VO-OL jsem tedy neshledal, že by bylo jakkoliv prokázáno, že by zadavatel neoprávněně zvýhodnil zhotovitele DGP oproti ostatním uchazečům v zadávacím řízení, neboť ke dni podání nabídek nebyly z provádění této části DGP k dispozici žádné relevantní výstupy.

Ad d) OL1

189. V části OL1 měla být dle zadavatele zhotovena hloubená jáma, následně měly být raženy tunely geologického průzkumu. Z dokumentace předložené zadavatelem se podává, že mělo být vytvořeno průzkumné dílo umístěné mimo polohu I. etapy trasy metra D. Dle sdělení zadavatele má sloužit k ověření stability budovy Rezidence Rozhledna a okolních budov na ulicích Antala Staška a Na Strži, tedy v oblastech, které budou dle zadavatele stavbou metra dotčeny až v dalších etapách. V rámci tohoto DGP byla dokončena hloubená jáma, štola v plném profilu a část ražeb kaloty. Vzhledem k tomu, že průzkumné dílo je situované mimo polohu výstavby I. etapy trasy metra D, nemají dle zadavatele jakékoli poznatky z provádění tohoto DGP pro posuzovanou věc relevanci.
190. Navrhovatel ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí zadavateli oponuje a uvádí, že zadavatel význam tohoto DGP účelově bagatelizuje, neboť je zřejmé, že průzkum je prováděn na samém konci budoucích tunelů, které jsou předmětem veřejné zakázky, proto jde o oblast pro realizaci zakázky naprosto klíčovou, jde o DGP, který slouží ke zjištění vlivu realizace na okolní budovy a zajištění sanačního tunelu. Navrhovatel odkazuje na smlouvu o dílo na tuto část DGP, z níž vyplývá, že soupis prací zcela vyvrací tvrzení zadavatele o tom, že průzkumná štola slouží pouze k sanačním opatřením a neprobíhaly zkoušky. Z harmonogramu prací, který je přílohou smlouvy, je dle navrhovatele zřejmé, že zhotovitel DGP disponoval množstvím informací přímo z podzemí, neboť před podáním nabídek byla realizována jak šachta, tak průzkumná štola. Muselo být realizováno i značné množství zkoušek ze šachty i z průběhu realizace průzkumných štol.
191. K námitkám navrhovatele především považuji za vhodné uvést na pravou míru obsah tvrzení zadavatele v jeho vyjádření. Zadavatel v bodu 28 svého vyjádření o DGP v části OL1 uvádí: *„Předmětem díla byla hloubená jáma a její primární ostění zajištěné pomocí převrtávaných pilot a vlastní práce hloubení jámy. Jáma je umístěna v prostoru zařízení staveniště OL1. Ve druhé části projektu je pak řešena ražba tunelů geologického průzkumu. Tvar tunelů byl zvolen tak, aby umožnil sanační opatření pod budovou na rohu ulic Antala Staška a Na Strži, která je označovaná jako Rezidence Rozhledna. Primárním úkolem tohoto díla bylo ověření napěťo-deformačního stavu horniny přímo pod pilotami budovy Rezidence Rozhledna a pod základy dalších objektů. Z uvedeného popisu vyplývá, že průzkumné dílo je situované za stanicí Olbrachtova, tzn. zcela mimo polohu výstavby I. etapy trasy metra D (tedy mimo předmět plnění veřejné zakázky) a slouží k ověření stability budovy Rezidence Rozhledna a okolních budov, které však budou výstavbou dotčeny až v dalších etapách, které ještě nebyly v rámci hlavní stavby ze strany investora vypsány. Ražba probíhala z šachty mimo budoucí traťové tunely metra směrem pod ulici Antala Staška do blízkosti nového objektu Rezidence Rozhledna.“* Zadavatel tedy netvrdí, že by se mělo jednat o sanační dílo. Naopak je uváděno, že jde o dílo průzkumné a jeho účelem je ověření stavu hornin pod konkrétními budovami.
192. Není sporu o tom, že v průběhu hloubení a ražby je průběžně monitorován a vyhodnocován průběh prací a zhotovitel DGP o tom má informace, neboť jinak by ani postup prací nebyl možný, jak již bylo řečeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Nicméně smysl a účel těchto průběžně získávaných informací směřuje k zajištění bezpečného a optimálního průběhu provádění DGP. Jinými slovy řečeno, jsou tyto informace pouze prostředkem a je třeba je odlišit od informací získaných jako výsledek DGP, což je podstatné zvláště v této části DGP, který je prováděn mimo budoucí I. fázi metra D.

193. Z harmonogramu prací, který je přílohou č. 5 smlouvy o dílo na tento DGP, je evidentní, že ke konci dubna 2020 měla být teprve hotova ražba průzkumné štoly. Geologické vyhodnocení ražeb mělo proběhnout až v květnu 2020. Navíc i v tomto DGP došlo k posunutí termínu plnění díla, tedy termín dokončení ražby průzkumné štoly byl posunut až na červenec 2020. Termíny průzkumných prací – 4 vrtů, které měly objasnit geomechanické parametry horninového masivu – byly přesunuty až na září 2020. Přitom až na základě dokumentace nejen ze štoly, ale i z průzkumných vrtů, laboratorních zkoušek a měření ve vrtech, mohl zadavatel nabýt informace relevantní pro realizaci posuzované veřejné zakázky.
194. Pokud navrhovatel trvá na tom, že jsou zhotovitelé tohoto DGP zvýhodnění, není zřejmé jak. Stav prací v části OL1 ke dni konce lhůty pro podání nabídek poskytoval jen omezený přehled o území nacházejícím se navíc mimo předmět nyní zadávané zakázky.
195. Odkazuje-li navrhovatel v bodech 82-84 vyjádření k podkladům rozhodnutí na vysvětlení zadávací dokumentace č. 38, konkrétně na dotaz č. 2, který jeho přesvědčení potvrzuje, je nutno říct, že tento odkaz je zcela nepřípadný. V dotazu č. 2 je řešena stanice Pankrác, která se nachází na zcela opačném konci nyní poptávané stavby, než DGP část OL1.
196. K DGP v části OL1 tedy uzavírám shodně jako v případě částí ostatních tak, že jsem neshledal, že by zadavatel ke dni konce lhůty pro podání nabídek disponoval takovými informacemi, které by představovaly pro zhotovitele této části DGP jakoukoli neoprávněnou výhodu.
197. Z vyjádření zadavatele a především z dokumentů, které v řízení o rozkladu předložil, jsem ověřil, že DGP se k datu podání nabídek v posuzované věci nacházely ve fázích, v nichž z nich zadavatel nedisponoval žádnými výstupy s výjimkou informací o průběhu prací. Nic tedy nenasvědčuje tomu, že by ke dni nabídek existovaly informace z DGP, o které by zadavatel mohl alespoň hypoteticky doplnit zadávací dokumentaci. Z podkladů předložených zadavatelem a rovněž z dokumentů, s nimiž ve svém vyjádření pracuje navrhovatel, je rovněž patrné, že téměř nelze hovořit ani o přirozeném informačním náskoku dodavatelů realizujících DGP, a to jednak z důvodu raných fází jednotlivých částí DGP, jednak proto, že zastižené podmínky odpovídaly s drobnými odchylkami geologickým podmínkám předpokládaným v zadávací dokumentaci.
198. Aby šlo o pochybení na straně zadavatele, musel by disponovat dodatečnými informacemi, které by mohly ovlivnit zadávací řízení, a neposkytnout je ostatním dodavatelům. Z průběhu realizací DGP je ale patrné, že žádná část DGP se nenacházela v takové fázi, aby zadavatel disponoval před uplynutím lhůty pro podání nabídek takovými informacemi, které by do zadávacího řízení měl zanést. Zadavatel konzistentně uváděl, že takové informace neměl. Tvrzení navrhovatele tento závěr nezpochybňují a zjištěný skutkový stav tomuto závěru naopak svědčí.
199. Na základě výše uvedeného je tak patrné, že zadavatel nepochybil, neboť v době podání nabídek nebyly k dispozici žádné výstupy z DGP, které by měly být součástí zadávacích podmínek. Námitky týkající se výhody zhotovitelů DGP jsou spekulativní, neboť rozsah a význam DGP byl v porovnání s rozsahem a komplexností posuzované veřejné zakázky okrajový, navíc DGP se v době podání nabídek fakticky nacházely v počátečních fázích, což dále limitovalo možnost zhotovitelů DGP využít informace v nich získané a tím byl dále limitován – byť přirozený – informační náskok těchto dodavatelů.

K části č. 6 návrhu „Nejasnost zadávací dokumentace (seznam stavebních prací)“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

200. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje, že zadavatel stanovil v odst. 5.6.1 písm. a) bod i. zadávací dokumentace kvalifikační podmínku v podobě předložení referencí na tři dopravní tunelové stavby s raženými tunely o finančním objemu min. 2,5 mld. Kč za práce: ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů, realizované v posledních deseti letech. Dle Úřadu je požadavek jednoznačný, vyjadřuje preference zadavatele a předkládané reference nemusí nutně položkově odpovídat požadovaným pracím, jde o podstatu činnosti.
201. Dle námitek rozkladu je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, Úřad se nevypořádal s argumenty navrhovatele nebo je ignoroval. Pojmy „ražení, ostění, izolace“ jsou nejednoznačné, protože jsou vágní a nestandardní. Zadávací podmínky jsou netransparentní pro neobvyklé spárování konkrétních prací v zadávací dokumentaci s pracemi v referenční zakázce. Úvaha, že pojmy uvedené zadavatelem nemusí odpovídat položkám v soupisu prací, je v rozporu se zadávací dokumentací. Ze soupisu prací navíc nelze zjistit jejich finanční objem. Úřad podmínku vykládá, jako by soupis prací nebyl navázán na výkaz výměr. Informace o konečnosti výčtu prací byla uvedena až v rozhodnutí o námitkách. Zadávací podmínky nejsou jednoznačné a Úřad je vykládá za zadavatele a nevysvětluje, na čem svůj výklad zakládá.
202. Zadavatel uvádí, že znění zadávací dokumentace v tomto směru nepřipouští různé výklady, odborně kvalifikovanému dodavateli muselo být vymezení kvalifikačních předpokladů zcela srozumitelné. Zadavatel nikde neuvedl, že pojmy musí odpovídat položkám soupisu prací a zejména nikde neodkazoval na položky soupisu prací, ale pouze na jeho části.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

203. Po přezkoumání odůvodnění napadeného rozhodnutí v jeho bodech 289 – 306 ve světle námitek rozkladu konstatuji, že napadené rozhodnutí netrpí vadami, které jsou mu v rozkladu vytýkány, a s jeho závěry se ztotožňuji.
204. Sporné ustanovení odst. 5.6.1 zadávací dokumentace stanoví: *„Dodavatel prokazuje splnění podmínek technické kvalifikace analogicky dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ předložením seznamu stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních deset (10) let před zahájením zadávacího řízení, včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení těchto stavebních prací, z něhož bude vyplývat, že dodavatel v posledních deseti (10) letech před zahájením zadávacího řízení realizoval (dokončil) minimálně níže uvedené stavební práce:*
- a) výstavba nejméně tří dopravních tunelových staveb s raženými tunelovými úseky s následujícími minimálními parametry:*
- i. finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části Soupisu prací (ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů) musí na každé dopravní tunelové stavbě dosahovat finančního objemu min. 2,5 mld. Kč bez DPH (...).“*
205. Z tohoto článku zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel požaduje referenci z provádění konkrétního typu stavby (dopravní tunelová s raženými tunelovými úseky), v níž objem prací na třech částech (ražených částech, izolaci a definitivním ostění) prováděl v objemu min. 2,5 mld. Kč dodavatel předkládající referenci. Z citované zadávací podmínky naopak nevyplývá to, co dovozuje navrhovatel, a sice že by měly položky soupisu prací odpovídat položkám

v referenční zakázce, nevyplývá z ní ani, že by byl kvalifikační požadavek navázán na soupis prací s výkazem výměr, že by se mohlo jednat o stavbu silniční, že by se v případě tří činností jednalo pouze o příkladný výčet nebo že by bylo možné předložit i referenci, v níž by dodavatel některou ze tří činností neprováděl.

206. Pojmy, které zadavatel použil v zadávací dokumentaci, je třeba vykládat takovým způsobem, který (pokud zadavatel zároveň nestanoví opak) jde ku prospěchu širě hospodářské soutěže. Použil-li zadavatel široké obecné pojmy, kterými definoval požadavky na referenční zakázky, je nutno je chápat a vykládat tak, aby množina relevantních referenčních zakázek (při zachování smyslu požadavků na reference) byla co největší. Naopak pokud by zadavatel definoval požadavky na referenční zakázky těsně, technickým popisem, bude spektrum referenčních zakázek nutně užší, čímž by teprve zadavatel omezil soutěž o zakázku.
207. V případě tohoto okruhu námitek se více než u jiných nabízí otázka, proč navrhovatel v pochybnostech o významu zadavatelem použitých pojmů a v pochybnostech o své kvalifikaci nevyužil institut vysvětlení zadávací dokumentace. Svým dotazem a obdrženým vysvětlením zadávací dokumentace mohl včas rozptýlit nejen obecné pochybnosti o významu zadavatelem užitých pojmů, ale mohl tento institut využít i k vyřešení nejasností ohledně zařazení či relevanci konkrétních položek, které by ve svých referenčních zakázkách považoval za sporné.
208. Navrhovatel namítá, že pojmy ražené části, izolace a definitivní ostění tunelů jsou vágní. Jedná-li se skutečně o pojmy, jejichž obsah dodavatel není schopen určit ani s odbornou péčí, je těžko uvěřitelné, že žádost o vysvětlení této části zadávací dokumentace nepoložil kterýkoliv jiný dodavatel. Nelze totiž přehlédnout, že dotazů a žádostí o opravu či upřesnění zadávací dokumentace byla v zadávacím řízení vznesena řada, a to včetně dotazů na jednotlivé položky typu specifikace cementu pro injektáž horninových svorníků, specifikace pomocných výztužných příhradových rámců atd. Jdou-li dotazy dodavatelů do těchto detailů, přičí se zdravému rozumu, aby zásadní část kvalifikačních podmínek zůstala dodavateli opomenuta a nevyjasněna, jinými slovy aby všichni dodavatelé strpěli tak zásadní nejasnost zadávací dokumentace. V posuzované věci nejenže nebyl žádný dotaz k bodu 5.6.1 zadávací dokumentace vznesen, ale dokonce došlo k podání tří nabídek.
209. Nezpochybňuji odpovědnost zadavatele za podobu zadávacích podmínek a za to, že vyhovují všem zákonným požadavkům, nezpochybňuji ani to, že zákon nestanoví dodavateli povinnost klást zadavateli v průběhu lhůty pro podání nabídek dotazy. Zadávací řízení je ovšem kontraktní proces svého druhu. Vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je vztahem soukromoprávním, a to nejen ve fázi po uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, nýbrž i v průběhu jejího kontraktace (viz např. rozsudek zdejšího soudu ze dne 25. 4. 2013, č. j. 31 Af 38/2012-52, rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 7. 8. 2013, č. j. 1 Afs 57/2013-39). Samotný proces kontraktace mezi zadavatelem a dodavatelem je nicméně ovládán povinnostmi dodržet požadavky vyplývající ze zákona, který závazně upravuje postup zadavatelů coby jedné kontraktní strany směřující k tomu, aby takový úplatný smluvní vztah vznikl, a zároveň upravuje i kontraktní postupy dodavatelů coby druhé kontraktní strany.
210. V takovém vztahu nepochybně platí i ustanovení soukromého práva, zde mám na mysli konkrétně § 5 OZ zakotvující speciální postavení a povinnosti „odborníka“, jímž je podle tohoto ustanovení každý, kdo se „ve styku s jinou osobou přihlásí k odbornému výkonu jako příslušník určitého povolání nebo stavu“. V zadávacím řízení je odborníkem dodavatel, coby profesionál

nebo specialista v oblasti, ve které působí. Dodavatelé tedy mají obecnou povinnost postupovat odborně a profesionálně. Tento závěr lze vyvodit i z rozsudku Soudního dvora Evropské unie ze dne 29. 3. 2012 ve věci sp. zn. C-599/10, kde je uvedeno: „*Tito zájemci si ostatně nemohou stěžovat na to, že veřejný zadavatel nemá v tomto ohledu žádnou povinnost, jelikož nejasnost nabídky vyplývá pouze z toho, že porušili svoji povinnost postupovat s řádnou péčí při sepisování této nabídky, které podléhají stejně jako ostatní zájemci.*“⁴

211. Má-li být prostředí veřejného zadávání kultivované, nelze přehlížet, jak zadavatel či dodavatel v zadávacím řízení, tedy v tomto formalizovaném procesu kontraktace, vystupují. V tomto případě si je navrhovatel jako profesionál v oboru vědom dle svého tvrzení zásadní vady v kvalifikační podmínce. Na tuto vadu nicméně neupozorní, nevyvine žádnou – u vážného zájemce o uzavření smlouvy racionální a očekávatelnou – snahu o včasné a řádné vyjasnění podmínky tak, aby mohl být kontraktační proces předpokládaným způsobem završen, nýbrž zadávací podmínku obsáhle napadne v okamžiku, kdy již není možná ani změna podmínky ani její vysvětlení či upřesnění.
212. Aniž bych hodnotil odbornost či profesionalitu navrhovatelova postupu, snižují okolnosti vznesení této námítky významným způsobem její „hodnověrnost“, a to tím spíše, že v zadávacím řízení o posuzované kvalifikační podmínce nikdo žádné pochybnosti nevyjádřil, a to přestože zcela shodné neurčité pojmy (ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů) se v zadávací dokumentaci objevují ještě několikrát (v požadavcích na osoby, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky – bod 5.6.3 zadávací dokumentace).
213. K tomuto okruhu námitek tedy uzavírám, že jsem je neshledal důvodnými, když jsem dospěl ke shodným závěrům, jako vyslovil Úřad v napadeném rozhodnutí, a vzhledem k okolnostem považuji námítky za účelové.

K části návrhu č. 7 „Nejasnost zadávací dokumentace (vyhrazené a další změny)“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

214. Ohledně této části návrhu Úřad v napadeném rozhodnutí shledal, že zadavatel v zadávacích podmínkách vyhradil změny závazku stran měřené zakázky, změny informačního systému, dodatečného materiálu pro výtvarníky, ceny díla, záměny položek, upřesnění díla a rozšíření díla. Úřad konstatuje, že jeho možnost vyjadřovat se ke smluvním a obchodním podmínkám, je omezená, může řešit jen excesy. Navíc i samotná nezákonná možnost změny nevádí, pokud ji zadavatel nevyužije. Změna objemu v dílčích kategoriích technologické třídy výrobu reflektuje podstatu veřejné zakázky, jejíž objem má být v části stanoven měřením. Ani na ostatních změnách nespátřuje Úřad nic excesivního, zadavatel seznamuje dodavatele s budoucími možnostmi (výtvarná díla, informační systém). Ostatní změny ani nespádají do kategorie vyhrazených, jsou to nepodstatné změny dle § 222 odst. 4-7 zákona.
215. Navrhovatel je oproti tomu toho názoru, že pokud některé změny, které zadavatel označil za vyhrazené, nejsou vyhrazenými změnami, jsou definovány nezákonně a nelze presumovat poctivost zadavatele. Změny, které jsou nezákonně stanoveny již v zadávacích podmínkách, nelze dle navrhovatele přejít s tím, že je zadavatel možná v budoucnu neuplatní. Neurčité a nesrozumitelné změny totiž vnášejí do zadávacího řízení nejistotu stran předmětu plnění. Nezákonnost vymezení vyhrazených změn nelze ospravedlnit ani tím, že se jedná o měřené

⁴ Zvýraznění textu provedeno předsedou Úřadu.

kontrakt, když je navíc zřejmé, že se principy měření na změny neuplatní, jelikož nejde jen o množství, nýbrž o změny v předmětu plnění. Ohledně změny technologické třídy výrubu navrhovatel namítá, že se nejedná pouze o změny či upřesnění množství v rámci tříd výrubu, nýbrž o změnu třídy výrubu, nejedná se tedy o uplatnění principu měření, na kterém jsou založeny tzv. měřené kontrakty. Úřadu uniká podstata a opakuje argumenty zadavatele. Zadavatel počítá u jednotlivých staveb s určitou třídou výrubu. Pokud by se ale třída výrubu u stavby změnila, nelze převzít jednotkovou cenu pro tuto třídu z jiné stavby. K dalším změnám navrhovatel uvádí, že je napadené rozhodnutí rozporné – tvrdí, že nejde o vyhrazené změny, a současně tvrdí, že nejsou nezákonné a nesrozumitelné.

216. Zadavatel uvádí, že i pokud by se při formulaci vyhrazených změn skutečně dopustil rozporu se zákonem, nejednalo by se o pochybení, které by bylo způsobilé ovlivnit výběr dodavatele. K takovému pochybení by dle zadavatele v této hypotetické situaci mohlo dojít teprve v okamžiku umožnění změny závazku dle dotčených článků vzoru smlouvy, pokud by současně nebyly naplněny podmínky pro uplatnění § 222 zákona. Ve vztahu k vyhrazené změně závazku v případě změny tříd výrubu zadavatel tvrdí, že navrhovatel v rozkladu uplatňuje zcela novou argumentaci ohledně tříd výrubu, proto by se k ní vzhledem k zásadě koncentrace řízení nemělo přihlížet.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

217. Před vypořádáním námitek rozkladu předesílám, že Úřad v napadeném rozhodnutí korektně avizuje, že jeho možnost vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám je omezená. Úřad může v rámci přezkumu pouze posuzovat, zda nejsou zjevně nepřiměřené požadovanému cíli a zda nepředstavují neúnosné narušení některé ze základních zásad zákona. Rozsah přezkumné pravomoci je tedy omezen.
218. Právě řečené nachází oporu např. v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 76/2018-226 ze dne 3. 1. 2019, v němž je uvedeno: *„Přestože smluvní podmínky se obecně nacházejí mimo možnosti přezkumu ze strany žalovaného, neboť jistě není (a nemůže být) úkolem žalovaného, aby při přezkoumání úkonů zadavatele hodnotil vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávních podmínek stanovených zadavatelem v zadávací dokumentaci, a tím se stal arbitrem výlučně soukromoprávního střetu představ zadavatele i dodavatele ohledně konkrétních parametrů jejich vzájemného závazkového vztahu, v případech sporu mezi zadavatelem a dodavatelem ohledně dodržení především § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ konkrétním nastavením těch zadávacích podmínek, jež se po uzavření smlouvy projeví jako podmínky smluvní, žalovaný pravomoc k posouzení těchto podmínek má – a pro svoje rozhodování ohledně zákonnosti postupu zadavatele podle ZZVZ je posoudit musí. Excesivně nastavené zadávací podmínky, byť by se měly projevit coby podmínky smluvní „až“ po uzavření smlouvy, tedy po skončení zadávacího řízení, mohou mít mnohdy shodně negativní vliv na účast dodavatelů v zadávacím řízení jako kupř. nepřiměřeně nastavené podmínky kvalifikace či hodnocení nabídek, neboť mohou působit stejně eliminačně, a tudíž nepřiměřeně a diskriminačně, a tedy jejich konkrétním nastavením (coby součást zadávacích podmínek) může k porušení ZZVZ dojít.“*
219. I když ustanovení o výhradě změny (z toho důvodu, že se mohou týkat i klíčových atributů veřejné zakázky, včetně například výběru nového dodavatele dle § 100 odst. 2 zákona) není učebnicovým příkladem smluvních podmínek, zároveň nejde o „tvrdé“ zadávací podmínky

(například mechanismus výběru dodavatele, který se uplatní v zadávacím řízení), jelikož není jisté, že v budoucnu skutečně nastanou. Ustanovení o výhradě změny tedy obecně stojí – mj. i pro účely jejich přezkumu – na půli cesty mezi „tvrdými“ zadávacími podmínkami a smluvními podmínkami. Nesprávným vymezením ustanovení o výhradě změny tedy zadavatel může porušit obecnou povinnost stanovit zadávací podmínky v souladu se zákonem (např. dle § 36 odst. 1 nebo 3 nebo § 6 zákona), což vyvolává povinnost reagovat uložením nápravného opatření dle § 263 odst. 3 zákona. Aby k takovému porušení došlo, musí dovozená nesprávnost výhrady změny dosahovat takové intenzity, že je schopna ovlivnit účast dodavatelů na zadávacím řízení. Výhrady změny tedy musí být natolik nejasná, aby to mohlo některé dodavatele odradit od účasti v zadávacím řízení, nebo natolik zvýhodňující, aby tím byl některý dodavatel v zadávacím řízení skutečně zvýhodněn. Předseda Úřadu si je vědom rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 29. 5. 2020, č. j. 29 Af 46/2019-56, avšak shora uvedený názor není s tímto rozsudkem v rozporu.

220. Navrhovatel tento závěr nerozporuje, ovšem je nadále toho názoru, že změny, které zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci jako vyhrazené, vyhrazenými změnami nejsou a tato skutečnost zasahuje natolik do vymezení předmětu plnění, že to činí nezákonnými zadávací podmínky.
221. Podle § 100 odst. 1 zákona si zadavatel může v zadávacích podmínkách vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody. Aby mohl zadavatel popsanou změnou uplatnit, je nezbytné, aby splnil kumulativně 2 podmínky ve smyslu § 100 odst. 1 zákona:
- 1) podmínky pro vyhrazenou změnu a její obsah musí být jednoznačně vymezeny
 - 2) změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky.
222. První podmínka tedy směřuje k podobě konkrétního smluvního ustanovení, které musí být stanoveno dostatečně jasně. Druhá podmínka vymezuje přípustný rozsah takové změny, kterou je myšlen zákaz změny celkové povahy veřejné zakázky. Zákon současně upřesňuje, že tato změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek. V posuzovaném případě tak Úřad postupoval správně, když nejprve přistoupil k posouzení, zda byly tyto zákonné podmínky zadavatelem splněny.
223. Změny, které si vyhradil zadavatel, lze rozdělit do dvou skupin. Změny, které zadavatel definuje jen dle § 100 zákona, a změny, které definuje dle § 100 a některého z odstavců ustanovení § 222 zákona.
224. V první skupině se nacházejí změny představované změnou spočívající v měřené zakázce (bod 3.3.1 zadávací dokumentace, část vyhrazené změny závazku), změna informačního systému (bod 3.3.2 tamtéž) a změna dodatečného materiálu pro výtvarníky (bod 3.3.3 tamtéž). Tyto změny jsou uvedeny i v čl. 9 návrhu smlouvy o dílo pod body 9.3-9.5.
225. První ze změn, tedy změna spočívající v měřené zakázce reflektuje samotnou podstatu závazku coby měřeného kontraktu, v němž bude až při provádění prací možno stanovit jejich skutečný objem. Tady lze uvažovat o tom, že vůbec nejde o výhradu změny závazku, protože závazek v původní podobě připouští proměnlivost co do rozsahu odebraného plnění. Výslovné promítnutí tohoto pravidla do zadávací dokumentace, byť by i o výhradu změny nešlo, nelze chápat jako stanovení výhrady změny v rozporu se zákonem. Pokud se týká navrhovatelem

tvrzeného rozporu stran technologické třídy výrubu, který zadavatel rovněž zahrnul do tohoto okruhu změn, ten jsem neshledal. Zadavatel v soupisu prací nechává pro ražené tunely a štoly vyšší třídy výrubu, což potvrzuje jeho tvrzení, že jsou navrženy s ohledem na to, že ražba bude probíhat pod zastavěným územím a pod trasou metra C a že výrub třídy 1 a 2 vůbec nepředpokládá. U jednotlivých stavebních objektů je zpravidla naceněno několik předpokládaných tříd výrubu a i v případě, že by došlo k takové změně třídy výrubu, na kterou by soupis prací explicitně nepamatoval, je z bodů 6.22 a 6.23 návrhu smlouvy o dílo patrné, jakým způsobem se stanoví cena změněné třídy výrubu.

226. Ve vztahu k určení třídy výrubu by zadavatel pochybil v případě, kdyby záměrně nebo v hrubé nedbalosti uvedl dodavatele v omyl a některým dodavatelům zpřístupnil informace o tom, o jakou třídu výrubu se skutečně jedná. Z dokumentů, které prochází správním spisem, není patrné, že by taková situace nastala v nyní řešeném případě. I kdyby zadavatel při stanovení třídy výrubu pochybil v důsledku nedostatku informací o faktickém stavu, nemusí se jednat o pochybení na jeho straně, s takovou situací pracuje ustanovení § 222 zákona. Zadavatel zadávací podmínky zpracovává na základě informací, které má k dispozici. Jsou-li mu některé informace nedostupné a zároveň po něm nelze přiměřeně požadovat, aby si je obstaral, nedopouští se pochybení, pokud tyto informace nepromítne do zadávacích podmínek, a to i za předpokladu, že tyto informace zasáhnou do průběhu realizace veřejné zakázky.
227. K ochraně dodavatelů jde navíc ustanovení bodu 9.6 návrhu smlouvy o dílo, podle něhož platí, že soupis prací je rozpočtem s nezaručenou úplností dle § 2622 OZ. To znamená, že zhotovitel může požadovat zvýšení ceny, objeví-li se v případě rozpočtu s výhradou nezaručené úplnosti při provádění díla potřeba činností do rozpočtu nezahrnutých, pokud nebyly předvídatelné v době uzavření smlouvy.
228. Neshledávám opodstatněnou ani námitku rozporu mezi ustanovením bodu 3.3.1 zadávacích podmínek týkající se vyhrazených změn v měřené zakázce a bodu 9.3 smlouvy, neboť bod 9.3 návrhu smlouvy o dílo řeší změny v měřené zakázce a nadto změny v technologické třídě výrubu, přičemž je obojí vyhrazeno jako změny dle § 100 odst. 1 zákona a stanovuje, že budou řešeny postupem měření a oceňování prací dle čl. 6 smlouvy, z jehož dikce je patrné, že na měřené části zakázky bude použit bod 6.4 a na změny v technologické třídě výrubu bude aplikován bod 6.22 a 6.23. Tato vyhrazená změna tedy jednoznačně uvádí, za jakých podmínek k ní bude přistoupeno a nemění povahu veřejné zakázky, naopak z ní naprosto logicky vyplývá.
229. Jde-li o vyhrazené změny týkající se změny informačního systému, nelze – jak správně posoudil Úřad – toto ustanovení považovat za více než upozornění na to, že může v průběhu řady let, kdy má probíhat realizace veřejné zakázky, dojít ke změně informačního systému. Jakkoliv je nešikovné podřadit toto upozornění do rubriky vyhrazených změn, neboť jeho vymezení je velmi obecné, není v tomto okamžiku naprosto zřejmé, jak by mohlo toto ustanovení zasáhnout do práv či postavení dodavatelů ucházejících se o veřejnou zakázku. Totéž platí o vyhrazené změně dodatečného materiálu pro výtvarníky.
230. V případě vyhrazených změn pod body 9.7-9.11 návrhu smlouvy o dílo se dle jejich formulace evidentně nejedná o vyhrazené změny. Zadavatel do zadávací dokumentace převzal ustanovení § 222 odst. 4, 5 a 7 zákona, které modifikoval o určení role technického a autorského dozoru a o možnost nařídit dodavatelům změnu podle § 222 odst. 4 zákona v rozsahu tam uvedeném. Ačkoliv zadavatel body 9.7-9.11 návrhu smlouvy podřadil pod

újednání o vyhrazených změnách, bude se jednat o změny dle § 222 zákona a zadavatel není oprávněn vyjmout jejich hodnotu z limitů daných § 222 zákona, z textace daných ustanovení navíc ani neplyne, že by tak zadavatel chtěl učinit. Prostor pro přezkum postupu zadavatele však nastane až tehdy, kdy zadavatel přijme danou změnu závazku.

231. K tomuto námitkovému okruhu tedy uzavírám, že v případě změn, které zadavatel v zadávacích podmínkách uvedl jako vyhrazené, se s výjimkou změn spočívajících v měřené zakázce a změně třídy výrubu nejedná o vyhrazené změny a není na místě přezkum těchto částí zadávací dokumentace dle ustanovení § 100 zákona. Zadavatel je nicméně povinen při realizaci veřejné zakázky v situacích dle § 222 zákona postupovat podle tohoto ustanovení a není oprávněn vyjmout hodnotu těchto „nevýhrazených“ změn plnění z limitů § 222 zákona.

K části návrhu č. 8 „Nejasnost zadávací dokumentace, diskriminace (ČJ realizační tým)“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

232. Úřad posoudil požadavek zadavatele na znalost češtiny/slovenštiny u vybraných osob. Zadávací podmínky jsou v tomto ohledu složité, nicméně z nich vyplývá, že podmínka v čl. 22 smlouvy znamená, že personál v příloze 3 smlouvy (14 osob) musí komunikovat na potřebné úrovni, nebo je třeba trvalá přítomnost tlumočnicka a tato podmínka je zpřísněna podmínkou v čl. 5 zadávací dokumentace, podle které odborný personál (typu vedoucí odstřelu a stavbyvedoucí, celkem 8 osob ze 14) musí umět česky pro potřeby odborné komunikace na úrovni B2 a bez tlumočnicka. Zadávací podmínky tedy nejsou rozporné. Navíc je zadavatel vysvětlil ve vysvětlení č. 3.
233. Dle Úřadu nejsou požadavky zadavatele diskriminační, neboť jsou vůči všem dodavatelům stejné. Jsou i opodstatněné, neboť se – v případě hlavního odborného personálu – jedná o osoby, s nimiž je třeba komunikovat bezodkladně a které odpovídají i za soulad prací s českými normami, pročež je třeba, aby jim rozuměly.
234. Navrhovatel se závěry Úřadu nesouhlasí. Dle námitek rozkladu Úřad nezákonně aproboval kombinaci požadavků na členy realizačního týmu, kterými ve svém důsledku snížil množinu dodavatelů, kteří mohou být úspěšní, na jediného dodavatele – Metrostav a. s. Ke zpřísnění zadávacích podmínek došlo v rámci předběžných tržních konzultací na základě žádosti dvou společností a zadavatel tuto změnu neumí vysvětlit.
235. Takto nastavené požadavky jsou dle navrhovatele diskriminační a nedůvodně omezují soutěž – znemožňují účast zahraničních dodavatelů. Osoby, které musí umět česky bez tlumočnicka, jsou vybrány nahodile. Navrhovatel odkazuje na zakázku Výstavba trasy I. D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum, kde takto přísné podmínky nebyly, u klíčových osob stačil tlumočnick.
236. Úřad dle názoru navrhovatele nesprávně posoudil ty podmínky, které stanovovaly rozporně požadavky na jazykovou vybavenost členů realizačního týmu v zadávací dokumentaci a ve smlouvě. Domýšlí jejich smysl za zadavatele. Zadavateli nic nebránilo rozpor v zadávací dokumentaci a smlouvě odstranit změnou smlouvy. Úřad rovněž nesprávně posoudil, proč nestačí znalost českého jazyka na úrovni požadované ČKAIT.

237. Zadavatel uvádí, že návrh smlouvy odpovídá zadávacím podmínkám, je přesvědčen, že svůj požadavek na znalost jazyka u klíčových osob řádně odůvodnil, a že se nejedná pouze o účelové zdůvodnění.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

238. K tomuto námitkovému okruhu v první řadě uvádím, že zadávací podmínky týkající se znalosti českého jazyka nepovažuji za rozporné a způsob, jakým je pojímá napadené rozhodnutí, považuji za správný a jediný možný. Zadavatel v příloze 3 smlouvy vyměňuje 14 osob, u nichž žádá komunikaci v českém jazyce, z čl. 5 zadávací dokumentace pak vyplývá, že u 8 osob nelze tuto znalost nahradit tlumočnickem. Z vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 je zřejmé, že význam a vztah těchto dvou podmínek byl v zadávacím řízení zřejmý.
239. Zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 a i později ve svých vyjádřeních svůj požadavek na znalost českého/slovenského jazyka u členů odborného personálu vysvětlil a odůvodnil. Rozsáhlé odůvodnění svého požadavku uvedl zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3. To je v napadeném rozhodnutí obsáhle citováno (bod 352) a lze na něj odkázat. Zadavatel v něm ke každé požadované profesi uvádí konkrétní důvody, pro které pro tu kterou profesi považuje za nutnou znalost českého jazyka. Tyto důvody jsou zřejmé, srozumitelné a opodstatněné.
240. Jde o veřejnou zakázku, která bude plněna soustavnou činností, na území ČR, po předpokládanou dobu 7,5 roku, ve spolupráci nejen s pracovníky zadavatele, ale i s pracovníky dalších dodavatelů, s představiteli hl. města, s orgány dohledu a dozoru z různých oblastí státní správy atd., přičemž se jedná o stavební činnost, při které je vyšší riziko vzniku neočekávaných a rizikových situací vyžadujících bezprostřední operativní reakce. Zadavatelův požadavek na to, aby klíčový odborný personál ovládal český jazyk na úrovni B2, je za těchto okolností důvodný.
241. Při posouzení požadavku na znalost českého jazyka členů realizačního týmu je – tak jako u dalších zadávacích podmínek – třeba vyvažovat účelnost a potřebu takového požadavku vůči omezení soutěže, které nutně představuje. Zadavatelův požadavek se vzhledem ke komplexnímu a dlouhodobému charakteru plnění jeví jako významný faktor kvalifikace, čímž převažuje i nad skutečností, že jím může být výrazně omezena soutěž o zakázku.
242. Námitku navrhovatele, že požadavkem na znalost českého jazyka se možnosti dodavatelů zužují toliko na společnost Metrostav a. s., nicméně považuji za nepodloženou a spekulativní. Zadavatel rovnocenně připouští znalost slovenského jazyka, což otevírá soutěž o zakázku i slovenským dodavatelům. Podpůrně uvádím, že ze všech tří podaných nabídek se podává, že osoby uváděné jako odborný personál, kterými dodavatelé prokazovali svou technickou kvalifikaci, jsou v právním vztahu k několika společnostem, nikoli pouze ke společnosti Metrostav a. s., a i osoby jiné než české nebo slovenské národnosti prohlašují, že budou podmínku znalosti českého jazyka splňovat. Podané nabídky lze v tomto ohledu chápat jako průzkum svého druhu, neboť mají vypovídací hodnotu ohledně poměrů, které panují na relevantním trhu.
243. Skutečnost, že zadavatel v zadávacím řízení týkajícím se DGP nepožadoval přímo znalost českého jazyka, ale dal možnost využití tlumočnicka, je pro posouzení této věci nerozhodná, neboť se jednalo dle svého předmětu plnění o odlišnou, mnohem méně komplexní a časově

i personálně náročnou zakázku. Argumentuje-li navrhovatel konkrétní veřejnou zakázkou, lze nalézt řadu jiných veřejných zakázek, v nichž zadavatelé naopak znalost českého jazyka u členů realizačního týmu vyžadovali, např. „I/42 Brno, VMO Žabovřeská I – etapa II“, „D1 Modernizace, úsek 12, EXIT 90 Humpolec - EXIT 104 Větrný Jeníkov (2020)“ atd.

244. Způsob, jakým Úřad posoudil požadavek zadavatele na znalost českého jazyka vůči podmínkám ČKAIT, považuji za korektní. Zadavatel svůj požadavek dostatečným způsobem odůvodnil a není rozhodné, zda jsou požadavky ČKAIT na znalost jazyka mírnější, či nikoliv. V této souvislosti lze jen podotknout, že i ČKAIT apeluje na to, aby osoby vykonávající vybrané činnosti ve výstavbě byly schopny česky komunikovat natolik, aby nebyla ohrožena bezpečnost a zdraví osob, neboť právě výkon regulovaných činností může život, zdraví nebo bezpečnost osob vážně ohrozit.
245. K tomuto okruhu námitek tedy pro vše výše uvedené uzavírám, že ani námitky proti rozporuplnosti a diskriminačnímu charakteru požadavku na znalost českého jazyka jsem neshledal důvodnými.

K úvodní části návrhu „K dalším skutečnostem týkajícím se veřejné zakázky“ a k části návrhu č. 9 „Střet zájmů, zvýhodnění některých účastníků, předběžná tržní konzultace“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

246. V těchto částech návrhu navrhovatel brojí proti střetu zájmů a zvýhodnění některých dodavatelů, dále proti netransparentnímu průběhu předběžných tržních konzultací.
247. Dle Úřadu zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když poskytl dodavatelům realizujícím doplňkové geologické průzkumy - DGP v rámci veřejných zakázek na DGP projektovou dokumentaci, která byla shodná s projektovou dokumentací posuzované veřejné zakázky, a dále když ostatním dodavatelům neposkytl další dokumentaci (realizační dokumentaci geologických průzkumů a dokumentaci skutečného provedení těchto průzkumů), kterou možná v určitém rozsahu disponoval, a výstupy a informace z DGP, čímž nedošlo ke zvýhodnění dodavatelů realizujících DGP. Skutečnost, že dodavatelé DGP měli k dispozici projektovou dokumentaci veřejné zakázky, je přirozený jev. Projektová dokumentace byla dostatečným podkladem pro nabídku, veřejná zakázka byla navíc měřeným kontraktem. Dodavatelé měli rovné příležitosti, k veřejné zakázce byly vedeny i předběžné tržní konzultace, byla avizována v tisku. Činnost RAMO nemá souvislost se zadávacím řízením. Předběžné tržní konzultace byly zveřejněny dostatečně dle § 36 odst. 4 zákona.
248. Navrhovatel považuje přístup k výsledkům DGP za zvýhodnění. Projektová dokumentace je hlavní součástí zadávací dokumentace, určití dodavatelé ji měli k dispozici o rok dříve, než jiní. Úřad otázku významu DGP a přístupu k projektové dokumentaci o rok dříve nedostatečně odborně posoudil, měl jmenovat znalce. Zpracovatel DGP je ve střetu zájmů k realizaci veřejné zakázky (obdoba s vyhotovením projektové dokumentace). Rozporuje argumentaci Úřadu, že se každý mohl účastnit zadávacího řízení na DGP a že případné odchylky lze zhojit měřeným kontraktem. Absurdní je dle navrhovatele závěr Úřadu, že znalost DGP mohla mít na vypracování nabídky i negativní vliv. RAMO má dle navrhovatele všechny informace o veřejné zakázce, které bylo možno využít při přípravě nabídky. Navrhovatel zpochybňuje i předběžné tržní konzultace jako netransparentní, případný soulad s § 36 odst.

4 zákona neznamená soulad se zásadou transparentnosti. I Úřad pro ochranu osobních údajů shledal postup zadavatele nezákonným.

249. Zadavatel předně znovu opakuje, že zadávací dokumentace obsahovala naprosto dostatečnou sumu informací pro přípravu vzájemně porovnatelných nabídek, zadavatel realizuje předmět plnění jako měřený kontrakt, který je ze své povahy schopen legitimně reagovat na budoucí výsledky DGP. Tvrdí dále, že do konce lhůty pro podání nabídek neexistovaly výstupy z DGP, které by výrazně ovlivnily předmětnou veřejnou zakázku, neexistovala žádná zpráva, která by zpřesňovala zadávací podmínky. Zadavatel trvá na tom, že ke dni podání nabídek neměli zhotovitelé DGP k dispozici takové informace, které by je mohly jakkoli zvýhodnit oproti ostatním dodavatelům, navíc doložený podrobný geologický průzkum je naprosto dostatečný podklad pro dokumentaci pro stavební povolení a zadávací dokumentaci stavby.
250. Dle zadavatele se RAMO vůbec nepodílí na realizaci či průběhu zadávacího řízení a ani nemá žádný vliv na výsledek zadávacího řízení, případný střet zájmů v tomto směru není možný. V otázce předběžných tržních konzultací zadavatel tvrdí, že zcela transparentně a přístupně pro všechny potenciální dodavatele uveřejnil své dotazy, přičemž paralelně oslovil konkrétní dodavatele. Následně v zadávací dokumentaci uveřejnil veškeré informace v souladu s § 36 odst. 4 zákona. Argumentaci navrhovatele v intencích zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon č. 106/1999 Sb.**“), považuje zadavatel za zcela irelevantní.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

251. V této části napadeného rozhodnutí dospěl Úřad k závěru, že zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když poskytl dodavatelům realizujícím DGP v rámci veřejných zakázek na DGP projektovou dokumentaci, která byla shodná s projektovou dokumentací posuzované veřejné zakázky, a dále když ostatním dodavatelům neposkytl další dokumentaci (realizační dokumentaci DGP a dokumentaci skutečného provedení těchto průzkumů), kterou možná v určitém rozsahu disponoval, a výstupy a informace z DGP, čímž nedošlo k nezákonnému zvýhodnění dodavatelů realizujících DGP. Závěry napadeného rozhodnutí obsažené v bodech 402-414 jsou tedy správné (po doplnění skutkových zjištění viz další bod tohoto rozhodnutí) a lze na ně v plném rozsahu odkázat a doplnit je o následující.
252. V rámci této části návrhu navrhovatel namítal jednak zvýhodnění dodavatelů realizujících DGP tím, že měli informace z tohoto průzkumu, které nebyly předány ostatním dodavatelům, a jednak tím, že tito dodavatelé disponovali projektovou dokumentací pro veřejnou zakázku s téměř ročním předstihem před dodavateli ostatními.
253. Úřad učinil skutková zjištění týkající se realizace 4 veřejných zakázek na provedení DGP, na tato zjištění uvedená v bodech 405-407 napadeného rozhodnutí lze v plném rozsahu odkázat, avšak byla shledána nutnost doplnění těchto skutkových zjištění k otázce, v jakém rozsahu skutečně disponoval zadavatel informacemi z DGP před uplynutím lhůty k podání nabídek do veřejné zakázky. Proto byl usnesením ze dne 27. 4. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. ÚOHS-14033/2021/161/HBa zadavatel vyzván, aby se vyjádřil k tomu, v jakém stádiu plnění byly jednotlivé smlouvy na zajištění doplňkových geologických průzkumů k 30. 4. 2020, jaké byly zjištěny odchylky od výsledků geologických průzkumů, na jejichž základě byla zpracována zadávací dokumentace k veřejné zakázce a rovněž k doložení veškerých dokumentů prokazujících tvrzení, která zadavatel ve svém vyjádření uvede.

K učinění uvedeného úkonu byla zadavateli v reakci na jeho vlastní žádost stanovena usnesením předsedy Úřadu ze dne 11. 5. 2021, sp. zn. ÚOHSR0060/2021/VZ, č. j. ÚOHS-15523/2021/161/HBa dodatečná lhůta. K uvedené výzvě podal zadavatel dne 14. 5. 2021 vyjádření, jehož obsah je shrnut v bodech 13-14 tohoto rozhodnutí shora a lze na něj v plném rozsahu odkázat. Podstatnou informací podanou zadavatelem je, že ani jeden z DGP nebyl ke dni 30. 4. 2020 ukončen a předán s relevantními výsledky zadavateli a dále že ke dni 30. 4. 2020 nevyplynuly ani z průběhu DGP žádné poznatky, které by mohly mít vliv na nutnost změny projektové dokumentace k veřejné zakázce. Ačkoliv navrhovatel tyto závěry i celý obsah podání zadavatele ze dne 14. 5. 2021 zpochybňoval, nebyly jeho námitky posouzeny jako relevantní, jak plyne z bodů 271-314 tohoto rozhodnutí shora. Je tedy zjevné, že před uplynutím lhůty k podání nabídek nedisponoval dosud zadavatel relevantními výsledky z DGP, které by mohl a měl sdílet v rámci zadávací dokumentace, případní dodavatelé tak nemohli být informacemi zjištěnými z DGP zvýhodnění nad rámec přirozeného zvýhodnění souvisejícího s realizací přidružené veřejné zakázky (viz níže).

254. V souvislosti s tvrzeným zvýhodněním dodavatelů provádějících DGP navrhovatel rovněž tvrdil, že DGP ovlivňují tvorbu ceny. Tento závěr však navrhovatel nijak konkrétně nespécifikoval. Naopak v rámci námitek k této části rozhodnutí (v souvislosti s námitkou zvýhodnění z důvodu dispozice s projektovou dokumentací v ročním předstihu) o návrhu uvádí, že projektová dokumentace je jediný dokument specifikující s dostatečnou přesností předmět díla. Přitom, jak bylo zjištěno v průběhu řízení, ke zhotovení projektové dokumentace výsledky DGP vůbec nebyly použity. Úřad sám v bodě 411 napadeného rozhodnutí (na který lze ostatně odkázat v plném rozsahu) nepopírá, že výstupy z DGP mohou vést k upřesnění potřebného množství měrných jednotek, které se následně principem měřeného kontraktu projeví předvídaným způsobem do celkové ceny, kterou zadavatel ve výsledku za zhotovení díla zaplatí. Takový vliv však nelze spatřovat ve fázi koncipování nabídkové ceny, ale případně až v průběhu realizace veřejné zakázky. Tento postup zcela koresponduje s principem měřeného kontraktu, který je schopen reagovat na průběžné změny díla, které u takto náročného díla zcela jistě vzniknou. Otázkou měřeného kontraktu tak není argumentováno ke zhojení informačního náskoku, jak uvádí navrhovatel, ale je jí vysvětleno, že **případné výstupy z doplňkových geologických průzkumů budou zohledněny až v průběhu realizace veřejné zakázky a nemohly tak mít vliv na tvorbu nabídkové ceny**. Nabídková cena musí odpovídat zadávacím podmínkám tedy projektové dokumentaci, případné výstupy z DGP v ní ani zohledněny být nemají a navrhovatel nijak konkrétně nespécifikuje, v jakém směru by se tyto výstupy v nabídkové ceně měly projevit. V duchu obecných závěrů o přiměřenosti vypořádání jednotlivých námitek návrhu uvedených v úvodu odůvodnění tohoto rozhodnutí tak lze konstatovat, že není úkolem Úřadu vyhledávat možné konkrétní faktické dopady znalosti vysoce odborných informací z DGP do tvorby nabídkové ceny. Z vyjádření zadavatele ze dne 14. 5. 2021 a jeho příloh navíc plyne, že případné informace zjištěné z DGP jednotlivými dodavateli ani nemohly mít vliv na změnu projektové dokumentace k veřejné zakázce.
255. Navíc pokud bylo zjištěno, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek sám nedisponoval relevantními informacemi, které by dodavatelům poskytl, nemůže případná znalost těchto informací ze strany dodavatelů realizujících DGP být přičítána k jeho tíži. Takovou znalost pak lze považovat toliko za „přirozené“ zvýhodnění dodavatele, vzniklé v důsledku realizace související veřejné zakázky (viz následující bod tohoto rozhodnutí), neboť dodavatelé jen stěží

mohli zabránit tomu, aby se v průběhu realizace DGP dozvěděli v určité fázi určité informace např. o složení hornin apod. Fakt, že někteří dodavatelé mohou mít přirozenou výhodu ve vztahu ke konkrétnímu zadávacímu řízení, nesvědčí o nezákonnosti takového zadávacího řízení a zadavatel nemá povinnost takovou výhodu stírat (viz rozsudek níže). Argumentace možností znevýhodnění dodavatele, který by měl přístup k poznatkům z DGP (viz první polovina bodu 413 napadeného rozhodnutí), pak byla ze strany Úřadu označena pouze jako spekulace zjevně nad rámec nosných důvodů rozhodnutí, je nadbytečné se jí tedy zabývat.

256. K námitce týkající se zvýhodnění určitých dodavatelů, kteří disponovali projektovou dokumentací k veřejné zakázce v ročním předstihu, lze uvést následující. Lze se plně ztotožnit s napadeným rozhodnutím v tom názoru, že takové „zvýhodnění“ je přirozeným jevem v rámci zadávacích řízení. Jde totiž o přirozenou vlastnost trhu, která se projevuje i v běžných kontraktačních vztazích. Obdobný právní názor je vyjádřen i v rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 13. 4. 2021, č. j. 29 Af 63/2020-213, z něhož se podává následující: *„Krajský soud pak také souhlasí s žalovaným a předsedou Úřadu, že i v situaci, kdy by společnost TESCO SW (či obecně každý eventuálně vybraný dodavatel provizorního ISMS) mohla do jisté míry kalkulovat s tím, že se stane vybraným dodavatelem nového ISMS, nebylo by možné jednoduše říci, že jde o zvýhodnění v rozporu se ZZVZ. Jak totiž uvedl předseda Úřadu např. v bodě 37. svého rozhodnutí, je začasté nevyhnutelné, že stávající dodavatel plnění bude zvýhodněn oproti novému dodavateli, a to např. s ohledem na lepší znalost zadavatele, jeho potřeb, dosavadního materiálového a jiného vybavení, či na to, že již má vybudovanou příslušnou infrastrukturu pro uspokojení potřeb zadavatele apod. V podrobnostech soud odkazuje na již zde zmíněný bod rozhodnutí předsedy Úřadu, přičemž se hlásí k úvaze, že takovouto „přirozenou“ výhodu stávajícího dodavatele by zadavatel musel kompenzovat diskriminací takového dodavatele, aby snížil „přirozenou“ konkurenční nevýhodu nového uchazeče („vyzývatele“). Takováto eliminace imanentních vlastností trhu by ale těžko v konečném důsledku mohla vést k možnosti získat plnění za nejlepší cenu a tím k hospodárnému nakládání s prostředky.“*
257. Lze konstatovat, že případné přirozené zvýhodnění dodavatelů mohlo vzniknout v důsledku postupu zadavatele, který zadal veřejné zakázky na DGP samostatně a v předstihu před posuzovanou veřejnou zakázkou. Tento postup zadavatele je však nutno respektovat, neboť je v podstatě jeho volbou, jaký postup k naplnění svého cíle, kterým je zde výstavba linky metra, zvolí, pokud je tento postup souladný se zákonem. Jak bylo konstatováno v napadeném rozhodnutí (zejm. bod 407), zadavatel svůj postup dostatečně odůvodnil časovou úsporou (kdy pro realizaci DGP již měl vyřízeno stavební povolení, avšak pro realizaci veřejné zakázky nikoliv) a nelze na něm shledat nic nezákonného.
258. V otázce tvrzeného zvýhodnění některých dodavatelů tím, že měli k dispozici projektovou dokumentaci k realizaci veřejné zakázky v předstihu, lze uvést, že není podstatné, zda určití dodavatelé disponovali projektovou dokumentací déle než jiní, ale zda všichni dodavatelé měli dostatečně dlouhou dobu k přípravě svých nabídek. V důsledku přirozených jevů na trhu totiž nelze nikdy naprostou rovnost dodavatelů zajistit. Tato otázka byla zodpovězena shora v bodech 99-116 týkajících se části návrhu č. 2 tohoto rozhodnutí tak, že lhůta pro podání nabídek byla stanovena přiměřeně a dostatečně.
259. Není tedy rozhodné, že určití dodavatelé mohli mít část zadávací dokumentace k dispozici déle, protože tato „výhoda“ vyplynula ze souvisejícího zadávacího řízení, ale je rozhodné

pouze to, zda zadávací lhůta byla stanovena pro všechny dodavatele v dostatečné délce. Lze jen těžko soudit, jak měl zadavatel dle navrhovatele v dané situaci postupovat, aby naplnil svou představu o rovnocenném přístupu k dodavatelům tak, aniž by ony přirozeně zvýhodněné dodavatele diskriminoval. Těžko se totiž mohl vrátit v čase a dodavatelům dříve předanou projektovou dokumentaci odebrat, nebo jim tuto přirozenou výhodu nějakým cíleným negativním zásahem kompenzovat. Mohl sice teoreticky stanovit delší lhůtu k podání nabídek, to by však nic neměnilo na faktu, že určití dodavatelé by i nadále měli předmětnou projektovou dokumentaci k dispozici déle než jiní. Lhůta k podání nabídek však byla shledána přiměřenou, proto námitka zvýhodnění dodavatelů z důvodu delší dispozice s projektovou dokumentací nemůže obstát, a to ani sama o sobě, ani jako podpůrný argument tvrzení, že lhůta pro podání nabídek byla nepřiměřeně krátká.

260. Jestliže navrhovatel v další části rozkladu (bod 227) poukazuje na rozhodovací praxi Úřadu, dle které lze spatřovat střet zájmů v případě, kdy se osoba podílející se na zpracování zadávací dokumentace následně účastní zadávacího řízení, jedná se o případ zcela odlišný od posuzovaného. Střet zájmů je upraven v § 44 odst. 2 zákona tak, že za něj lze považovat situace, kdy zájmy osob, které se **podílejí na průběhu zadávacího řízení**, nebo mají nebo by mohly mít **vliv na výsledek zadávacího řízení**, ohrožují jejich nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením. V posuzovaném případě však určitá znalost projektové dokumentace nemůže mít vliv na přípravu zadávacího řízení ani na jeho průběh, ale toliko na přípravu vlastní nabídky dodavatele, což je zvýhodnění zcela přirozené, jak je uvedeno shora. Nebylo navíc tvrzeno (a zadavatel takovou možnost přímo popírá), že by se kdokoliv z údajně zvýhodněných dodavatelů podílel na přípravě zadávací dokumentace, na průběhu zadávacího řízení, nebo by ovlivňoval jeho výsledek. Střet zájmů tak v žádném případě shledat nelze. Pokud pak napadené rozhodnutí odkazuje na možnost opatřit si projektovou dokumentaci s předstihem i ze strany navrhovatele (bod 412 napadeného rozhodnutí), lze vnímat tuto myšlenku pouze nad rámec nosných důvodů a jako zvýraznění faktu, že každý dodavatel se může určitými postupy, které jsou zadávání veřejných zakázek a trhu vlastní, dostat k určité přirozené výhodě. To však nic nemění na závěru, že taková výhoda není neoprávněnou. Úřad správně poukazuje na fakt, že ve všech případech se jedná v zásadě o obdobný okruh dodavatelů, a je i na bdělosti každého z dodavatelů, zda se případně rozhodne získávat informace z více zdrojů ve vztahu k samotné výstavbě trasy metra D, případně se podílet na činnostech tomu předcházejících.
261. Souhlasím tak se závěrem napadeného rozhodnutí, dle něhož zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když poskytl dodavatelům realizujícím DGP v rámci veřejných zakázek na DGP projektovou dokumentaci, která byla shodná s projektovou dokumentací posuzované veřejné zakázky, a dále když ostatním dodavatelům neposkytl další dokumentaci (realizační dokumentaci geologických průzkumů a dokumentaci skutečného provedení těchto průzkumů), neboť z této dokumentace nemohly vyplynout žádné změny předmětu veřejné zakázky. Navíc předmětné DGP nebyly ke dni 30. 4. 2020 ukončeny, čímž nedošlo ke zvýhodnění dodavatelů realizujících doplňkový geologický průzkum.
262. V otázce vlivu případné účasti zaměstnanců některých dodavatelů v RAMO a souvisejícím zvýhodněním těchto dodavatelů skrze informace, které má RAMO k dispozici, lze v plném rozsahu odkázat na závěry uvedené v bodech 415-417 napadeného rozhodnutí. Je tedy zjevné, že případná účast v RAMO nemůže být posouzena jako střet zájmů ve smyslu § 44 zákona,

neboť RAMO nekoncepovala zadávací dokumentaci, nepodílela se na průběhu zadávacího řízení, ani nemá vliv na jeho výsledek. I pokud by určité informace mohly dodavatele odborně zvýhodnit, jedná se opět toliko o přirozené zvýhodnění, které je důsledkem situace na trhu. Je zjevné, že množství odborníků na výstavbu tunelových staveb je poměrně omezené, a proto je vysoce pravděpodobné, že půjde o pracovníky dodavatelů, kteří se o provedení veřejné zakázky ucházejí. Tato skutečnost ale nemůže znamenat nezákonnou výhodu pro takové odborníky, příp. jejich zaměstnavatele, neboť smazání této přirozené výhody by bylo možné pouze prostřednictvím nepřijatelné diskriminace.

263. K dalším námitkám rozkladu, které směřují k nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí z důvodu nevypořádání se s některými námitkami navrhovatele lze uvést následující. Z uceleného posouzení návrhu ze strany Úřadu vyplývá, že Úřad některé námitky vypořádal toliko implicitně předstředním vlastního pohledu na věc. Konstatuji, že vysvětlení zadavatele, proč vyloučil, aby zakázku na DGP a geotechnický monitoring realizoval jeden subjekt, je zcela dostatečné a logické. Případná argumentace týkající se informačního náskoku dodavatelů realizujících DGP byla vypořádána již shora argumentací týkající se přirozeného zvýhodnění dodavatelů v důsledku realizace související zakázky. Námitka týkající se údajné praxe, že v případě realizace tunelů byl vždy součástí zadávací dokumentace DGP, je irelevantní, neboť taková povinnost ze zákona nevyplyvá a nevyplyvá ani z účelu DGP. Odkaz na rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 6. 10. 2011, č. j. 62 Af 17/2010 – 61 není přílehlavý, neboť toto rozhodnutí je založeno na zrušení rozhodnutí předsedy Úřadu pro nepřezkoumatelnost z důvodu nejasností, jak dodavatelé postupovali při nacenění veřejné zakázky. V posuzovaném případě tvořili dodavatelé své nabídky dle projektové dokumentace s tím, že veřejná zakázka je navíc z podstatné části koncipována jako měřený kontrakt.
264. V otázce tvrzené netransparentnosti předběžných tržních konzultací, identifikace informací z předběžných tržních konzultací v zadávací dokumentaci a zvýhodnění konkrétních dodavatelů souhlasím se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v bodech 418-425 napadeného rozhodnutí, na které tímto v plném rozsahu odkazuji a doplňuji je o následující.
265. K postoji navrhovatele, dle kterého je zadavatel povinen uvést v zadávací dokumentaci všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžných tržních konzultací, zejména informace o tom, které návrhy účastníků předběžných tržních konzultací zadavatel neakceptoval a proč, lze uvést, že takovou povinnost zadavatel s odkazem na § 36 odst. 4 zákona nemá. Je nutno si uvědomit, že § 33 zákona hovoří **o předběžných tržních konzultacích obecně**, zatímco povinnost zveřejnění dle § 36 odst. 4 zákona se týká **konkrétních informací**, které se promítly do zadávací dokumentace a byly výsledkem určité předběžné tržní konzultace. Povinnost identifikovat podílející se osoby a všechny podstatné informace se rovněž vztahuje ke konkrétní předběžné tržní konzultaci, která byla do zadávací dokumentace prostřednictvím uvedené konkrétní informace promítnuta. Zadavatel tak nemá povinnost dle § 36 odst. 4 zákona zveřejnit v zadávací dokumentaci všechny informace ze všech předběžných tržních konzultací a rovněž není povinen odůvodňovat, proč určité návrhy neakceptoval. Cílem předběžných tržních konzultací je připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o záměrech a požadavcích zadavatele, dodavatelé tak nemají žádný „nárok“ na akceptaci či zvážení svých návrhů a případné odůvodnění jejich odmítnutí. Lze sice zadavatelům doporučit, aby v souladu se zásadou transparentnosti přistoupili ke zveřejnění co největšího množství informací z předběžných tržních konzultací, v daném případě však zadavatel dodržel

povinnosti stanovené zákonem a nelze v tomto směru shledat ani porušení § 6 zákona. Platí totiž, že zákon konkrétně nespecifikuje, jakým způsobem mají být dané informace zveřejněny, a lze odkázat (shodně jako v bodě 420 napadeného rozhodnutí) na komentářovou literaturu, z níž se podává: „*Je přitom na zvážení zadavatele, jakým způsobem posledně uvedenému zákonnému požadavku vyhoví, tj. zda skutečně vybere jen informace, které považuje za opravdu podstatné, či zda poskytne téměř celý zaznamenaný obsah předběžných tržních konzultací.*“ (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 209.).

266. Navrhovatel dále poukazuje na konkrétní informace z předběžných tržních konzultací zveřejněných v zadávací dokumentaci, z nichž má vyplývat, že zadávací podmínky byly „šity na míru“ konkrétním dodavatelům, a to společně s Metrostav a. s., S u b t e r r a a. s. a HOCHTIEF CZ a. s. Jak plyne z čl. 3 „Předmět veřejné zakázky a další informace“, v části „Informace o předběžné tržní konzultaci“ byla zadávací dokumentace upravena na základě návrhů společností HOCHTIEF CZ a. s., GEOSAN GROUP a. s., Metrostav a. s., OHL ŽS, a. s., Skanska a. s. a GULERMAK Heavy Ind. Cons. & Cont. Co. Inc. Z celkového charakteru záznamu o předběžných tržních konzultacích v zadávací dokumentaci neplyne, že by tyto vycházely vstřícně pouze konkrétním dodavatelům, ačkoliv je zřejmé i pochopitelné, že někteří dodavatelé se konzultací účastnili intenzivněji než jiní. Tato skutečnost je však ovlivněna spíše specifičností předmětu plnění, v němž existuje pouze omezené množství zkušených dodavatelů. Jak plyne ze shora uvedeného, není povinností zadavatele zdůvodnit, proč některé návrhy neakceptoval. Ostatně navrhovatel neuvádí žádné konkrétní návrhy, které by byly odmítnuty z důvodu zvýhodnění určitých dodavatelů. Pokud pak naopak zadavatel některé připomínky dodavatelů akceptoval, týkaly se zčásti podmínek směřujících k otevření hospodářské soutěže (prodloužení doby, která uplynula od referenční zakázky) a zčásti profesních požadavků na pracovníky dodavatelů. V tomto směru lze poznamenat, že navrhovatel rozporoval v rámci svého návrhu toliko požadavek na znalost češtiny u některých pracovníků dodavatele bez možnosti zajistit tlumočníka. V tomto směru lze odkázat na část odůvodnění týkající se části návrhu č. 8 – viz body 232-245 tohoto rozhodnutí. Jiné námitky týkající se diskriminačního nastavení požadavků na odbornost pracovníků navrhovatel ani jiný dodavatel nevnesl, a nelze tak shledat žádné indicie k závěru, že by výsledky předběžných tržních konzultací vzbuzovaly pochybnosti o narušení hospodářské soutěže, což ostatně vyvozuje i z rozboru odpovědi společnosti Metrostav a.s. (viz následující bod).
267. Na základě námitek navrhovatele jsem prostudoval odpověď společnosti Metrostav a.s. na první předběžné tržní konzultace ze dne 1. 10. 2019 a sděluji, že navrhovatelem tvrzené nesrovnalosti (viz bod 245 rozkladu) jsem neshledal. Naopak považuji tuto námitku navrhovatele za čistě obstrukční nebo pramenící z neznalosti. Obsahem předběžných tržních konzultací ze dne 18. 9. 2019 byla rozsáhlá příloha, v jejíž části 1 „Základní parametry profesní způsobilosti a ekonomické a technické kvalifikace pro účely Předběžné tržní konzultace“, oddílu „Technická kvalifikace“ je bod d), ve kterém je uvedeno, že zadavatel stanovuje kvalifikační požadavek na doložení následujících certifikátů: a) systém managementu kvality EN ISO 9001 pro oblast provádění stavebních i technologických částí tunelových staveb, b) systémy environmentálního managementu EN ISO 14001 pro oblast provádění stavebních i technologických částí tunelových staveb, c) systémy managementu bezpečnosti a ochrany

zdraví při práci OHSAS 18001 pro oblast provádění stavebních i technologických částí tunelových staveb. Přesně k tomuto bodu se pak společnost Metrostav a.s. vyjadřuje ve své odpovědi ze dne 1. 10. 2019 tak, že se jedná o požadavek obvyklý, a jelikož předmětem veřejné zakázky jsou stavební a technologické části tunelových staveb, je to i požadavek odpovídající předmětu zakázky. Na tomto postupu skutečně nelze shledat nic neobvyklého. Obsahem předběžné tržní konzultace ze dne 8. 10. 2019 pak byl požadavek na zodpovězení dodatečné otázky, kdy zadavatel zvažoval doplnit do zadávacích podmínek veřejné zakázky rovněž požadavek, aby dodavatelé disponovali následujícími certifikacemi: - certifikací ISO 9001 systému managementu kvality - certifikací ISO 14004 systému environmentálního managementu - certifikace systému managementu bezpečnosti a ochrany zdraví při práci podle OHSAS 18001, a žádal dodavatele o sdělení, zda považují tento požadavek na přiměřený. Je zjevné, že původně zadavatel požadoval certifikáty jen pro některé oblasti, na což reagoval dodavatel Metrostav a.s., a následně certifikáty požadoval pro dodavatele pro všechny činnosti. Tvrzení navrhovatele, že tento postup dokazuje, že společnost Metrostav a.s. měla určité údaje dopředu, je jednoduše nepravdivý a značně zkreslující. Ostatně ani z dalších odpovědí společnosti Metrostav a.s. neplyne jakákoliv snaha o účelové ovlivňování zadavatele, jak tvrdí navrhovatel. Společnost Metrostav a.s. v zásadě považuje požadavky uvedené v příloze předběžných tržních konzultací ze dne 18. 9. 2019 za přiměřené, navrhuje pouze eventuální navýšení celkového ročního obrátu dodavatele, prodloužení doby pro prokázání referencí na 8 let (což je požadavek otevírající hospodářkou soutěž; nakonec byl stanoven limit 10 let), návrh na doplnění o specialistu na řízení a koordinaci projektových prací, upozornění na záměnu ustanovení autorizačního zákona a návrh na stanovení požadavku na znalost češtiny (tento návrh společnost Metrostav a.s. odůvodňuje zkušeností ze zahraničí i odkazem na další velké zakázky v ČR).

268. Pokud navrhovatel v návrhu popisoval, jakým způsobem jeho pracovník získával informace o předběžných tržních konzultacích prostřednictvím postupu dle zákona č. 106/1999 Sb., považuji i tuto námitku za irelevantní, neboť uvedený zákon postihuje jinou oblast úpravy, než zákon, dle kterého vykonává Úřad svůj dohled. Jak bylo uzavřeno shora, shledal Úřad správně, že postup zadavatele při zveřejnění výsledků předběžných tržních konzultací v zadávací dokumentaci byl souladný se zákonem.
269. Co se týče námitek týkajících se realizovaných veřejných zakázek, prostřednictvím kterých mohli dle navrhovatele pouze pracovníci určitých dodavatelů získat požadované zkušenosti, ani zde neshledávám rozpor se zákonem. Je zjevné, že množství zakázek, které jsou svým předmětem podobné veřejné zakázce projednávané, je omezené. Je také přirozeným stavem trhu, že určití dodavatelé, kteří se daným typem staveb zabývají, mohou mít výhodu v množství získaných zkušeností. Tento stav však opět patří do kategorie přirozeného zvýhodnění a souvisí se stavem trhu, navrhovatel neuvedl žádný příklad veřejné zakázky, která by byla kvalitativně shodná, avšak nebyla by připuštěna pro účely kvalifikace dodavatelů či jejich pracovníků. Navíc platí, že případné zkušenosti členů realizačního týmu jsou vázány na jednotlivé fyzické osoby, nikoliv přímo na dodavatele, nelze tak vyloučit, že by případná osoba získala zkušenosti při realizaci zakázky jiným dodavatelem, než kterého by následně v zadávacím řízení „reprezentovala“.
270. Lze tedy souhlasit se závěry napadeného rozhodnutí, že zadavatel s ohledem na shora uvedené skutečnosti nepostupoval při označení informací o předběžných tržních konzultacích

v rozporu se zákonem a dostál v tomto ohledu zákonným povinností, Z průběhu předběžných tržních konzultací nevyplývají známky o narušení hospodářské soutěže a rozkladové námitky na tomto závěru ničeho nezměnily.

K části návrhu č. 10 „Požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

271. V této části návrhu navrhovatel brojí proti duplicitnímu požadavku zadavatele na předložení jednotlivých živnostenských oprávnění k řemeslným živnostem.
272. Úřad shledal, že požadavek na živnostenské oprávnění „*montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení*“ v případě, kdy je požadováno i živnostenské oprávnění k provádění staveb, je nezákonný. Úřad však akcentuje rozumný přístup a potlačení přepjatého formalismu, odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020 a uzavírá, že ne každá nezákonnost zadávacích podmínek musí být napravena zrušením zadávacího řízení. V konkrétním případě nemohl dle Úřadu požadavek na živnostenské oprávnění odradit dodavatele, intenzita pochybení zadavatele je malá a zrušení zadávacího řízení by bylo nepřiměřené. Úřad si uvědomuje odchylku od rozhodnutí ve věci sp. zn. ÚOHS-R0052/2020/VZ, poukazuje však na skutečnost, že v době rozhodování v tamním případě dosud nebyl vydán rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020. O části návrhu bylo rozhodnuto výrokem II napadeného rozhodnutí.
273. Dle rozkladových námitek navrhovatele se však jedná o zjevné porušení zákona a názor Úřadu, že nejsou kladeny překážky hospodářské soutěže, je dle navrhovatele nepodložený, neboť uchazeči musí vynaložit prostředky na získání předmětného živnostenského oprávnění. Navrhovatel poukazuje na to, že předmětné oprávnění sám nemá. Dle navrhovatele Úřad ignoruje jasnou dikci § 263 odst. 3 zákona. Odkaz na judikát Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020 je dle něj nepřipadný, posuzoval totiž jinou situaci, a navíc nebyl zohledněn v předchozí praxi Úřadu (po vydání judikátu), ale až nyní. Jedná se dle navrhovatele o rozpor s rozhodnutím ve věci sp. zn. ÚOHS-R0052/2020/VZ, tedy i o rozpor s legitimním očekáváním navrhovatele.
274. Zadavatel v souvislosti s touto částí rozkladu konstatuje, že rozklad je neoprávněný, a to zejména vzhledem k tomu, že zadavatel stanovil svůj kvalifikační požadavek plně v souladu se zákonem. Úřad zde v rámci svého právního posouzení dospěl dle zadavatele k nesprávnému právnímu závěru o tom, že požadavek byl v rozporu se zákonem. Úřad pochybil, když nesprávně posuzoval smysl a zákonnost zadávací dokumentace nikoliv z jejího textu, ale posuzoval ji na základě části následné argumentace zadavatele. Zadavatel tvrdí, že nikde v zadávací dokumentaci není uvedeno, že dodavatel je povinen předložit konkrétně pojmenovaná živnostenská oprávnění, ale dodavatelé měli předložit takové živnostenské oprávnění, které opravňuje ke konkrétním činnostem, tedy jakékoliv živnostenské oprávnění. Tento výklad má vyplývat z textu zadávací dokumentace, a je tak jediný správný, zadavatel nikde neuvedl duplicitní požadavek na dvě a více živnostenských oprávnění. V tomto smyslu

pak zadavatel měl vypořádat podané námitky ve svém rozhodnutí ze dne 23. 12. 2020. Zadavatel však souhlasí se závěry Úřadu, že navrhovatel napadeným ustanovením zadávací dokumentace nemohla vzniknout újma, a tedy je zde zjevný nedostatek aktivní legitimace navrhovatele. Zadavatel je přesvědčen, že každý přísný požadavek zadavatele nutně nemusí představovat porušení zásady přiměřenosti, nemusí tedy být porušením zákona, a proto nemusí odůvodňovat uložení nápravného opatření.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

275. V případě části návrhu č. 10 jsem dospěl k závěru, že je nutno provést změnu odůvodnění napadeného rozhodnutí. Předmětnou změnu pak považuji za souladnou se správním řádem, neboť žádnému z účastníků nehrozí újma z důvodu ztráty možnosti odvolat se a tato změna vychází z podkladů rozhodnutí obsažených ve spise. V této souvislosti lze odkázat na teoretická východiska obsažená v odůvodnění zrušení výroku II napadeného rozhodnutí, viz body 64-78 tohoto rozhodnutí.
276. V otázce skutkových zjištění a právní úpravy lze v plném rozsahu odkázat na skutečnosti uvedené v bodech 426-438 napadeného rozhodnutí.
277. V daném případě se Úřad meritorně zabýval pouze případnou nezákonností požadavku zadavatele na předložení dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu veřejné zakázky, zejména **doklad prokazující oprávnění k výkonu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“** za situace, kdy je současně požadováno oprávnění k činnosti *„provádění staveb, jejich změn a odstraňování“*. Otázku požadavku týkajícího se dalších dvou činností, a to *„montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“* a *„výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“* vyřešil v rámci výroku II napadeného rozhodnutí. Dospěl jsem k závěru, že předmětnou část návrhu č. 10 týkající se živnostenských oprávnění je třeba vyřešit jako celek s tím, že souhlasím se závěrem napadeného rozhodnutí v tom směru, že návrh je třeba v části č. 10 zamítnout, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
278. Úřad dospěl k závěru, že zadavatel požadoval předložení živnostenského oprávnění k předmětu činnosti *„provádění staveb, jejich změn a odstraňování“* a duplicitně požadoval předložení dalších oprávnění k činnostem, které jsou náplní dalších 3 řemeslných živností. Vycházel ze znění zadávací dokumentace a dále z vyjádření zadavatele obsaženého v rozhodnutích o námitkách ze dne 14. 5. 2020 a zejména ze dne 23. 12. 2020. Již zde je nutno závěry Úřadu určitým způsobem korigovat.
279. Předně je nutno poukázat na skutečnost, že zásadním východiskem pro stanovení obsahu zadávacích podmínek je zadávací dokumentace, případně její materiální změny. Tento závěr byl velmi přiléhavě definován v rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 7. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0076/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20003/2020/322/BVÍ, z jehož bodu 35 se podává následující: *„Obecně lze k otázce výkladu zadávací dokumentace uvést, že zadávací dokumentace představuje soubor ustanovení, která zakotvují jednotlivé zadávací podmínky ve smyslu pravidel ovládajících zadávací řízení. Pro zodpovězení otázky, jaké zadávací podmínky zadavatel stanovil, je rozhodující znění zadávací dokumentace, modifikované eventuálně jejími změnami, doplněními či vysvětleními dle § 36 odst. 7 zákona, resp. § 99 a 98 zákona, pokud mají materiálně charakter změny. Naproti tomu, následné postupy zadavatele v zadávacím řízení (např. rozhodnutí o námitkách a jeho odůvodnění), při nichž se zadavatel zadávacími*

podmínkami jen řídí, tedy vyvozuje z nich pro sebe či účastníky zadávacího řízení určité důsledky, zásadně nepředstavují právní jednání, jehož účelem by bylo měnit zadávací podmínky. Nevyplývá-li z takových následných postupů něco jiného, lze na ně pohlížet pouze jako na akty aplikace zadávacích podmínek. Při zjišťování zadávacích podmínek je třeba mít na zřeteli, že pramenem zadávacích podmínek je zadávací dokumentace. Z ní plynou zadávací podmínky, kterými je zadavatel při svém následném postupu vázán. K aktům aplikace zadávacích podmínek je proto při výkladu zadávací dokumentace třeba přihlížet toliko podpůrně. Zadavatelův závěr o tom, jaké jsou zadávací podmínky, aplikovaný při jeho následném postupu v zadávacím řízení musí totiž korespondovat s tím, co bylo jako zadávací podmínka zjištěno ze zadávací dokumentace, jinak by zadavatel překračoval pravidla, která si pro zadávací řízení sám nastavil. Dostane-li se takovýto následný výklad zadavatele do přímého střetu se zadávací dokumentací, jak se tomu stalo ostatně i v šetřeném případě, bude jej zpravidla nutno posoudit jako výklad nesprávný a nebude možno o něm uvažovat tak, že by vypovídal o skutečné podobě zadávacích podmínek.“

280. Zadavatel v posuzovaném případě svůj požadavek uvozoval v zadávací dokumentaci tak, že dodavatel prokazuje splnění profesní způsobilosti ve vztahu k České republice předložením dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícím předmětu této veřejné zakázky [§ 77 odst. 2 písm. a) zákona], zejména doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění, licenci či jiné oprávnění **k výkonu dále vyjmenovaných činností**. Čistě jazykovým výkladem uvedené zadávací podmínky nelze dospět k závěru, že zadavatel skutečně požaduje doložení jednotlivých živnostenských oprávnění ke každé jednotlivé živnosti zvlášť, naopak by bylo možno dospět k závěru, že je vyžadováno jakékoliv oprávnění, které pokrývá vyjmenované činnosti. Odkaz na úpravu obsaženou v § 77 odst. 2 písm. a) zákona na tom ničeho nemění, neboť se jedná toliko o doslovnou citaci zákonného ustanovení, která do zadávací podmínky nevnáší žádnou dodatečnou informaci o vůli zadavatele. Nesdílím postoj Úřadu, dle kterého by mohl být výklad dané zadávací podmínky směřován k možnosti použít jediné živnostenské oprávnění pro „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ pouze tehdy, pokud by zadavatel na takovou možnost výslovně dodavatele upozornil (srov. bod 445 napadeného rozhodnutí *in fine*).
281. Naopak plně souhlasím se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v bodech 451-458, tedy že dodavatel, který disponuje živnostenským oprávněním „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, je oprávněn vykonávat i činnosti, pro které by za jiných okolností musel disponovat samostatným živnostenským oprávněním (řemeslné živnosti). Uvedené platí pro situaci, kdy tyto činnosti jsou vykonávány v rámci komplexní stavby. Totéž platí i pro případ, kdy jsou součástí plnění i činnosti prováděné hornickým způsobem, jak plyne z vyjádření Českého báňského úřadu citovaného v napadeném rozhodnutí. Obdobný závěr byl ostatně přijat i v rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI ze dne 21. 2. 2020 potvrzeném rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0052/2020/VZ, č. j. ÚOHS-14767/2020/322/HSc ze dne 19. 5. 2020 (dále také jen „**rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ**“) a zejména v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 111/2014 – 54 ze dne 24. 7. 2014, v němž se výslovně uvádí následující: »*Nejvyšší správní soud se proto ztotožňuje s názorem krajského soudu, že držitel živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je dle nařízení vlády č. 278/2008 Sb. oprávněn při provádění stavebních prací vykonávat i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných*

nebo vázaných, případně živnosti volné. Revizní zkoušky elektrických zařízení vymezené v předmětu veřejné zakázky bez pochyby souvisely s realizací rekonstrukce základní školy a dostavby sportovní haly. V rámci dotčené živnosti mohou být vykonávány i činnosti, které nejsou stavebními ani montážními pracemi, ale musí být vykonávány při nich a musí souviset s realizací stavby.»

282. Pokud tedy z textu zadávacích podmínek explicitně nevyplývá, že je požadováno každé jednotlivé živnostenské oprávnění k jednotlivým živnostem, a to i k živnostem řemeslným, které je možno provádět v rámci zastřešující živnosti vázané „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, není důvod, proč by takto zadávací podmínky měly být primárně vykládány. Nezastávám tedy názor naznačený v bodě 446 napadeného rozhodnutí, tedy že dodavatelům musí být ze zadávacích podmínek na první pohled zřejmé, že k prokázání profesní způsobilosti není třeba disponovat všemi živnostenskými oprávněními zvláště pro každou z činností uvedených v čl. 5 „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace, bod b). Platí sice, že v pochybnostech je třeba nejasnou zadávací podmínku vykládat vždy k tíži zadavatele (srov. např. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 25. 5. 2017, č. j. ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe nebo rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 18. 2. 2019, č. j. ÚOHS-R0205/2018/VZ-04832/2019/321/ZSř), nelze však přistoupit k závěru, že zadávací podmínky budou vykládány primárně k tíži zadavatele i pokud je lze vyložit způsobem, který je souladný s jazykovým vyjádřením v zadávací dokumentaci, se zákonnou úpravou (zde v otázce živnostenských oprávnění) a rozhodovací praxí. Tím spíše v situaci, kdy přijatý výklad nemůže vést k omezení soutěže (spíše právě naopak). Zadavatelům lze ale více než doporučit, aby své zadávací podmínky koncipovali co nejjasněji a případné možnosti dvojího výkladu maximálně vyloučili.
283. Tímto v žádném případě nepomímám argumentaci týkající se následného stanoviska zadavatele obsaženého v rozhodnutí o námitkách ze dne 14. 5. 2020 a ze dne 23. 12. 2020. Je nutno mít na zřeteli, že námitky navrhovatele a následně i návrh v projednávané věci směřují proti zadávacím podmínkám. Vliv případné nezákonnosti zadávacích podmínek na zadávací řízení spočívá v tom, že takové podmínky mohou ztížit či znemožnit potenciálním dodavatelům podání nabídky. Veškeré nejasnosti zadávacích podmínek by tak primárně měly být řešeny ze strany dodavatelů postupem dle § 98 zákona, tedy prostřednictvím žádosti o vysvětlení zadávacích podmínek. Vzhledem k tomu, že ze samotného znění čl. 5 „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace, bod b) explicitně neplyne, že zadavatel požaduje jednotlivá živnostenská oprávnění i k řemeslným živnostem, mohl navrhovatel v případě svých obav o možnost účasti v zadávacím řízení požádat zadavatele o vysvětlení zadávací dokumentace v tom směru, zda mu postačí živnostenské oprávnění pro „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“. Až v případě, že by bylo postaveno najisto (ze samotného textu zadávacích podmínek nebo z vysvětlení zadávací dokumentace), že zadavatel skutečně požadoval doložení veškerých živnostenských oprávnění i pro řemeslné živnosti, by bylo možno konstatovat bez dalšího nezákonnost této zadávací podmínky. Je nutno totiž opětovně vzít v potaz skutečnost, že možnost vykonávat v rámci živnosti „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ i jednotlivé související živnosti řemeslné plyne přímo ze zákona, nejedná se o skutečnost, která by byla na vůli zadavatele. Navíc tato skutečnost byla konstatována i ve zmiňovaném rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-

S0456/2019/VZ, které bylo medializováno, a rovněž v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 111/2014 – 54 ze dne 24. 7. 2014.

284. Postoj k výkladu zadávacích podmínek, který zadavatel zaujal až v době po uplynutí lhůty k podání nabídek, tedy v daném případě v rozhodnutích o námitkách ze dne 14. 5. 2020 a ze dne 23. 12. 2020, lze tak použít pro výklad zadávací dokumentace pouze podpůrně (opět ve smyslu shora citovaných závěrů rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 7. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0076/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20003/2020/322/BVÍ). Je totiž třeba setrvat na tom, že zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách, které je vydáno po uplynutí lhůty pro podání nabídek, nemůže vystoupit z rámce daného stanovenými zadávacími podmínkami a v takovém rozhodnutí o námitkách nemůže dojít k legální materiální změně zadávacích podmínek. A to zejména proto, že jednotlivé důvody obsažené v takovém rozhodnutí o námitkách se již nemohou promítnout do procesu zvážení účasti v zadávacím řízení nebo do procesu podání nabídky, což je jedna z podmínek řádného provedení změny zadávacích podmínek (srov. § 99 odst. 1 zákona: „*Změna nebo doplnění [zadávacích podmínek] musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna*“). Ačkoliv v zadávacím řízení zadavatel provedl 39 vysvětlení zadávací dokumentace, otázka požadavku na předložení živnostenských oprávnění v nich řešena nebyla.
285. Zde je vhodné zmínit, že i výklad ze strany zadavatele (v rámci obou výše zmíněných rozhodnutí o námitkách) doznal v tomto směru vývoje. Ačkoliv navrhovatel tvrdí, že zadavatel svůj postoj účelově upravil, je nutno pohlížet na obě jeho vyjádření souhrnně jako na určitý vývoj právního názoru, neboť obě rozhodnutí o námitkách byla vydána až po uplynutí lhůty pro podání nabídek a z ničeho není patrné, že by jimi zadavatel zamýšlel změnit zadávací podmínky. Závěru, že zadavatel rozhodnutími o námitkách nesledoval změnu zadávacích podmínek, svědčí i to, že by se s pravděpodobností hraničící s jistotou jednalo o nezákonný postup (s ohledem na uplynutí lhůty pro podání nabídek). Původně tedy zadavatel tvrdil, že jeho požadavek na živnostenské oprávnění pro předmětné řemeslné živnosti je oprávněný, neboť toto oprávnění je vyžadováno zákonem a na stavbě bude prováděno velké množství elektrikářských prací. Následně svůj postoj upravil tak, že trvá na požadavku řádného oprávnění k činnosti ve vztahu k živnostem, avšak tento požadavek mohl být naplněn jakýmkoliv živnostenským oprávněním, a to např. i živnostenským oprávněním „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“. Poukazuje však dále na výkon činnosti hornickým způsobem, kde dovozuje, že se již nejedná o činnost, kterou by zastřešovalo oprávnění k „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“. Své požadavky na oprávnění k činnostem však zadavatel obhájí zákonou potřebou danými živnostenskými oprávněními disponovat. Je tedy vysoce pravděpodobné, že zadavatel se skutečně domníval, že zákon vyžaduje k činnosti v oblasti elektro a zdvihacích zařízení, pokud je vykonávána hornickým způsobem, dispozici jednotlivými živnostenskými oprávněními pro předmětné řemeslné živnosti.
286. Ačkoliv to, zda lze určité činnosti vykonávat pouze pod zastřešující živností „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ plyne přímo ze zákonné úpravy, musel i Úřad sám provést dotaz na Český báňský úřad s žádostí o vyjasnění dané povinnosti. Lze tedy určitým způsobem chápat, že zadavatel sám neměl v dané otázce jasný názor a domníval se, že jeho požadavek je zcela v souladu se zákonem. Byl však zjevně ochoten svůj postoj upravit s ohledem na

dodržení požadavku disponovat takovými oprávněními, která zákon pro realizaci veřejné zakázky vyžaduje. Rozhodné je i nadále znění zadávacích podmínek (neboť nedošlo k jejich legální změně), které nevylučují, že zadavatel požadoval doložení oprávnění k realizaci předmětu plnění veřejné zakázky [s čímž počítá zákon v § 77 odst. 2 písm. a)] bez uzavřeného výčtu živnostenských listů, které bylo nutno předložit. Vycházel-li zadavatel při stanovení dotčených zadávacích podmínek z toho, že zastřešující živnostenské oprávnění („*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“) nepokryje všechny zmíněné činnosti a ve výsledku bude třeba doložit živnostenská oprávnění duplicitně ve vztahu k řemeslným živnostem, nejde o vadu zadávacích podmínek. Tento pohled zadavatele totiž může doznat změny (pokud se bude i nadále pohybovat v mantinelech zadávacích podmínek). Pokud by pak dodavatel vysvětlil, že postačuje pouze zastřešující živnostenské oprávnění, a zadavatel by tento výklad akceptoval, nemohl by jej vyloučit ze zadávacího řízení, neboť by zadávací podmínky byly splněny. Byl by modifikován pouze předpoklad zadavatele o tom, co mají obsahovat nabídky.

287. Ve shora uvedeném se nyní řešený případ zásadně odlišuje od případu řešeného rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ, **kde zadavatel** v zadávací dokumentaci **požadoval výslovně živnostenské listy** v předmětu podnikání „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ a „*montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení*“ a následně svůj požadavek na obě živnostenská oprávnění kumulativně zcela jasně potvrdil v rozhodnutí o námitkách. Předložení jediného zastřešujícího živnostenského oprávnění tak (na rozdíl od nyní řešeného případu) nesplňovalo zmíněnou zadávací podmínku.
288. Ze shora uvedených skutečností se kloním k výkladu, že bylo požadováno toliko doložení dokladů prokazujících oprávnění k výkonu vyjmenovaných činností, takto by navíc měly být zadávací podmínky primárně koncipovány (viz níže). Nelze tedy jednoznačně dospět k závěru, že zadavatel v zadávací dokumentaci k prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona po dodavatelích požadoval, kromě předložení živnostenského oprávnění „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, i předložení dokladu o oprávnění k živnostem řemeslným, jak konstatuje napadené rozhodnutí v bodě 447.
289. V případě stanovení požadavků na doklad o oprávnění k podnikání (čl. 5 „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace, bod b) by tedy bylo možno hovořit toliko o ne zcela vyjasněné zadávací podmínce. S ohledem na formulaci předmětů podnikání shodně s názvy jednotlivých živností lze pochopit, že jednotliví dodavatelé by z opatrnosti zamýšleli předkládat živnostenská oprávnění všechna. To ovšem nic nemění na skutečnosti, že ze zadávací dokumentace takový požadavek primárně nevyplývá a že platí, že živnostenské oprávnění „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ zastřešuje i ostatní živnosti řemeslné prováděné v souvislosti se stavbou.
290. I kdyby však byl přijat závěr, že zadavatel by skutečně akceptoval pouze předložení všech jednotlivých živnostenských oprávnění, případně k závěru, že dodavatelé oprávněně mohli takto zadávací podmínky vyložit, souhlasím se závěrem napadeného rozhodnutí, že takové případné pochybení zadavatele není na místě stíhat zrušením zadávacího řízení podle § 263 odst. 3 zákona, neboť se s ohledem na charakter veřejné zakázky nejedná o zadávací podmínku, která by byla nepřiměřená, či která by vytvářela bezdůvodné překážky hospodářské soutěže ve smyslu § 36 odst. 1 zákona.

291. Je nutno si uvědomit, že pokud by zadavatel skutečně požadoval určitá živnostenská oprávnění duplicitně, bylo by možno hledět na takovou zadávací podmínku toliko jako na nepřiměřenou a vytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže (tak ostatně přistoupil Úřad k podobně stanovenému požadavku v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ). Posouzení otázky, zda případný požadavek zadavatele je nepřiměřený či klade bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, se však musí vždy odvíjet od konkrétních skutkových okolností. Významnou roli zde hraje fakt, zda je případně stanovený požadavek s ohledem na charakter veřejné zakázky a okruh potenciálních dodavatelů běžný či jednoduše splnitelný a v porovnání s hodnotou veřejné zakázky nenákladný, nebo naopak komplikovaný a znatelně navyšující cenu plnění. Požadavek, jehož splnění nemůže nikomu z dodavatelů činit jakékoliv potíže, totiž omezuje hospodářskou soutěž pouze zanedbatelně. Pokud zároveň existuje mezi stanovenou zadávací podmínkou a legitimním zájmem zadavatele přiměřená souvislost (odůvodnění dané zadávací podmínky), nelze tvrdit, že taková podmínka je nepřiměřená či že klade **bezdůvodné** překážky hospodářské soutěže.
292. Bylo tedy na místě se zabývat tím, jak zadavatel odůvodnil svůj požadavek na doložení živnostenských oprávnění pro případ, že by byl akceptován závěr, že živnostenská oprávnění skutečně požadoval duplicitně. Zadavatel opakovaně tvrdil, že jeho zájmem bylo ověřit odbornost dodavatelů i v oblasti elektra a dalších činností, neboť veřejná zakázka je velmi rozsáhlá a zadavatel chtěl mít jistotu, že dodavatel bude kvalifikován k výkonu každé jednotlivé práce, tedy jistotu, že dané činnosti budou realizovány odborně způsobilými osobami. Tento zájem zadavatele je zcela legitimní. Ačkoliv by tedy byl určitý dodavatel oprávněn podle platné právní úpravy prokázat svou odbornost i pouze předložením živnostenského oprávnění „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, případná potřeba předložit i živnostenská oprávnění pro řemeslné živnosti není zcela nesmyslným, a tedy bezdůvodným požadavkem zadavatele, a to i s ohledem na skutečnost, že možnost výkonu jednotlivých řemeslných živností pouze pod zastřešením oprávnění k „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, navíc v případě, kdy část činností má být prováděna hornickým způsobem, není úplnou notorií (ostatně i sám Úřad musel v této otázce provádět šetření u Ministerstva průmyslu a obchodu a Českého báňského úřadu). S ohledem na to, že výsledné omezení soutěže je zanedbatelné, není na místě zadavateli klást k tíži to, že tuto nikoliv zjevnou informaci, která je navíc založena na výkladu několika právních předpisů, nepromítl do zadávacího řízení.
293. Porovnáme-li pak tento požadavek s enormním rozsahem předmětné veřejné zakázky, s nutností vysoké odbornosti a dostatečného množství personálního aparátu na straně dodavatelů, je případná potřeba získání živnostenského oprávnění pro řemeslnou živnost zanedbatelnou zátěží (viz další bod tohoto rozhodnutí). Tím spíše, když předmět plnění fakticky od dodavatelů danou odbornost vyžaduje, neboť i realizace činností z oboru živností řemeslných pod zastřešující živností „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ vyžaduje odborně způsobilé osoby. Přiměřenou souvislost mezi požadavkem na doložení byť i duplicitních živnostenských oprávnění a potřebou zadavatele zajistit dostatečně kvalitního zadavatele lze dle mého názoru shledat, a to zejména s ohledem na rozsah veřejné zakázky, její dopad do sféry veřejného zájmu, charakter potenciálních dodavatelů a zcela zanedbatelnou zátěž dodavatelů spočívající v nutnosti případná živnostenská oprávnění obstarat (viz níže).

294. Dále platí, že podle zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání (živnostenský zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále také jen „**živnostenský zákon**“) patří živnosti s názvem „*montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení*“, „*výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení*“ a „*montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení*“ k živnostem řemeslným, které podnikatelé získají na základě ohlášení, k němuž přiloží doklady dle § 21 nebo § 22 živnostenského zákona (potvrzení o odbornosti odpovědného zástupce). Na základě § 47 živnostenského zákona dále platí, že splnil-li ohlašovatel všechny podmínky stanovené zákonem, provede živnostenský úřad zápis do živnostenského rejstříku do 5 pracovních dnů ode dne doručení ohlášení a vydá podnikateli výpis. Ze shora uvedených skutečností je zjevné, že získání příslušného živnostenského oprávnění pro řemeslnou živnost je poměrně jednoduchým úkonem, jehož časová náročnost činí jednotky dnů. Navíc dodavatelé i v případě absence konkrétního živnostenského oprávnění museli být připraveni plnit danou část předmětu veřejné zakázky s náležitou odborností, a tedy mít zajištěnu konkrétní osobou, která touto odborností disponuje a pro dodavatele požadované odborné práce zaštití. Nelze ani pominout, že dané odbornosti bylo možno prokázat i prostřednictvím poddodavatele (srov. bod 461 napadeného rozhodnutí). Případná nutnost získat živnostenská oprávnění k předmětným řemeslným živnostem nebo opatřit si poddodavatele disponujícího takovým oprávněním je tak zcela zanedbatelnou „překážkou“ podání nabídky pro jinak kvalifikovaného dodavatele u veřejné zakázky takového rozsahu.
295. Na tomto místě je vhodné zmínit, čím se liší skutkový stav, na základě kterého byl v posuzovaném případě shledán případný duplicitní požadavek zadavatele na předložení živnostenských oprávnění souladný se zákonem, od skutkového stavu řešeného v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ, na jehož základě byl obdobný požadavek shledán se zákonem rozporným. Předně je třeba zopakovat, že posouzení skutečnosti, zda případný požadavek zadavatele je nepřiměřený či klade bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, se musí vždy odvíjet od konkrétních skutkových okolností. Zásada přiměřenosti totiž, stejně jako zásady ostatní, spadá do kategorie tzv. neurčitých právních pojmů, při jejichž posuzování se správní orgán musí zabývat konkrétní skutkovou podstatou, jakož i ostatními okolnostmi případu. Obdobný přístup platí i pro posouzení, zda došlo k porušení § 36 odst. 1 zákona. V posuzovaném případě tak byl zvážen zejména charakter veřejné zakázky, kterým je provedení unikátní stavby linky metra, tedy stavby budované ve velmi specifických podmínkách v podzemí, která navíc obsahuje značné množství vysoce odborných prací v oboru elektro, navíc s přímým dopadem kvality těchto prací na provoz a bezpečnost metra a zejména cestujících. Bylo dále zváženo, že zadavatel si zjevně nebyl jist, jaká oprávnění zákon vyžaduje pro realizaci činností, které jsou náplní živností řemeslných, pokud jsou vykonávány hornickým způsobem, tedy zda je i v takovém případě může zastřešovat vázaná živnost „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“. Odpověď na tuto otázku musel i Úřad zjišťovat dotazem na Český báňský úřad. Zmínit lze také to, že zadavatel provedl předběžné tržní konzultace a zodpověděl 39 žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace a není známo, že by problematika případné duplicity živnostenských oprávnění byla jakkoliv rozporována. V neposlední řadě pak byla zvážena i hodnota a význam veřejné zakázky jako takové a skutečnost, že o takovou zakázku se mohou reálně ucházet zejména vysoce kvalifikovaní dodavatelé s dostatečným personálním zázemím.

296. Ve věci posuzované rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ se jednalo o zcela jiný charakter stavby, jehož podstatou je přeložka povrchové komunikace. Ačkoliv součástí této zakázky bylo i přeložení tramvajové tratě do nového tramvajového tunelu, nelze takovou stavbu ani zdaleka svou náročností srovnat se stavbou metra (jejíž nejsložitější součástí je vybudování podzemních stanic přístupných pro cestující). Případný důraz zadavatele na nutnost kvalitního provedení jednotlivých řemeslných živností v oblasti elektro tak nebyl v případě posuzovaném rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ shledán s ohledem na okolnosti natolik „pochopitelným“ jako v případě posuzované veřejné zakázky. Do procesu zvažování navíc nevstupovaly úvahy o výkonu činností hornickým způsobem. Rovněž hodnota veřejné zakázky posuzované rozhodnutím sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ byla podstatně nižší, čímž se snižuje poměr (ne)významnosti dané překážky k hodnotě veřejné zakázky.
297. Lze tedy uzavřít, že v případě odlišného rozhodnutí v posuzovaném případě oproti rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ se nejedná o změnu rozhodovací praxe, ale o rozhodnutí o odlišných skutkových okolnostech. Zároveň je však třeba konstatovat, že v případě každého dalšího rozhodnutí v obdobné otázce je třeba důsledně zvažovat případnou míru omezení hospodářské soutěže či nepřiměřenost eventuálně duplicitních požadavků na prokázání kvalifikace s důvody jejich stanovení na straně zadavatele i s rozsahem a charakterem veřejné zakázky a přiměřeností případného nápravného opatření – zrušení zadávacího řízení.
298. Pokud by navrhovatel i přesto namítal, že se v daném případě jedná o odklon od rozhodovací praxe přijaté v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ, lze souhlasit s napadeným rozhodnutím, že se jednalo toliko o jediné rozhodnutí, které samo o sobě rozhodovací praxi nezakládá (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016-99).
299. Je třeba však souhlasit i se závěry Úřadu, tedy že i v případě kdy by byla dotčená zadávací podmínka shledána nezákonnou, není na místě uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení. V tomto směru se ztotožňují se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v bodech 459-464. V daném případě rezonují zejména závěry týkající se nutnosti „odstranění přepjatého formalismu v rozhodovací praxi Úřadu“ a potřeba „rozumného rozhodování“, a to hlavně za účelem nutnosti zamezit obstrukčním návrhům, kdy by pro sebemenší pochybení zadavatele bez reálného dopadu na dodavatele či relevantní soutěžní prostředí o danou veřejnou zakázku byla rušena zadávací řízení. Lze bez dalšího souhlasit s tezí, že na případy je potřeba pohlížet vždy komplexně a posuzovat i reálný dopad eventuálního pochybení zadavatele. Uvedené teze korespondují i se závěry obsaženými v úvodu věcného odůvodnění tohoto rozhodnutí, dle kterých se má činnost Úřadu upnout zejména směrem k ochraně hospodářské soutěže a efektivnímu využití veřejných prostředků, než se stát nástrojem konkurenčního boje mezi dodavateli. Vedle všech shora uvedených specifik posuzované veřejné zakázky i namítané zadávací podmínky tak lze vzít v potaz i skutečnost, že tvrzené pochybení bylo vyčteno zadavateli až v námitkách podaných proti zadávacím podmínkám poslední den lhůty pro podání nabídek, aniž by se navrhovatel jakkoliv snažil o odstranění jím tvrzené diskriminace či nezákonnosti ještě v době, kdy zadavatel mohl případnou nesrovnalost odstranit.
300. Lze se také plně ztotožnit se závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020, jak je interpretovalo napadené rozhodnutí, tedy že by bylo přílišným formalismem, pokud by dílčí nesprávnost spočívající v teoretické rovině v duplicitním

požadavku zadavatele na doložení oprávnění k předmětným činnostem, i pokud by takový požadavek byl skutečně nepřiměřený, měla vést ke zrušení celého zadávacího řízení.

301. S ohledem na výše uvedené souhlasím se závěrem napadeného rozhodnutí, že nápravné opatření podle § 263 odst. 3 zákona by bylo zjevně nepřiměřené případnému zjištěnému pochybení zadavatele. Tento závěr lze vyjádřit ve vztahu ke všem třem namítaným řemeslným živnostem, ačkoliv jej Úřad v napadeném rozhodnutí vztahoval pouze k živnosti jediné. Důvodem je zejména skutečnost, že se jedná o živnosti oborově velmi blízké, požadavky pro jejich získání jsou téměř totožné.
302. Shora uvedené závěry lze vztáhnout na případný požadavek zadavatele k předložení všech tří živnostenských oprávnění na živnosti řemeslné, tedy na oprávnění k živnostem s názvem „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“. V tomto případě není totiž podstatné, zda navrhovatel či jiní potenciální dodavatelé danými živnostmi disponovali, či nikoliv, případně, zda disponovali jen některými z nich (jak to ostatně bylo v případě navrhovatele, který nedisponoval pouze živnostenským oprávněním pro „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“). Podstatnou je skutečnost, že daný požadavek explicitně nevyplýval ze zadávací dokumentace, a pokud by skutečně bylo vyloženo, že zadavatel na předložení oprávnění trval, nemohlo se s ohledem na charakter veřejné zakázky jednat o požadavek nepřiměřený a kladoucí bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Ačkoliv by tedy bylo možno konstatovat, že navrhovatel není aktivně legitimován namítat požadavek zadavatele na živnostenská oprávnění, kterými disponuje [a tedy přistoupit k zamítnutí části návrhu podle § 265 písm. b) zákona], považuji za vhodnější námitku navrhovatele týkající se duplicitního požadavku na předložení živnostenských oprávnění za této situace vypořádat jako celek meritorně. Uvedený přístup je zvolen výlučně s ohledem na konkrétní poměry vypořádané námítky, kterou bylo nutno vypořádat věcně nejméně s ohledem na jeden druh živnostenského oprávnění a jeví se tak logičtější, aby byla vypořádána věcně jako celek. Tento postup neznamena obecně preferenci věcného vypořádání námítky tam, kde k podání námítky nemá navrhovatel aktivní legitimaci. Naopak otázka aktivní legitimace k podání případné části návrhu má být vypořádána na prvním místě, a pokud je shledán její nedostatek, je nutno návrh v dané části zamítnout podle § 265 písm. b) zákona. Na základě shora uvedeného jsem dospěl k závěru, že skutečnosti namítané v části č. 10. návrhu, kterým navrhovatel brojil proti zadávacím podmínkám, jimiž zadavatel stanovil požadavky na profesní způsobilost dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona, a to konkrétně v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace, nepředstavují důvody pro uložení nápravného opatření zadavateli.
303. Na tomto místě považuji za vhodné uvést, jaký způsob stanovení požadavků na profesní způsobilost dle § 77 zákona považuji za vhodný s ohledem na duplicitu některých živnostenských oprávnění. Zadavatelé by měli zásadně své požadavky na profesní způsobilost formulovat materiálně, tedy uvádět, k jaké činnosti požadují oprávnění, nikoliv stanovovat taxativní výčet všech konkrétních dokladů, kterými má být profesní způsobilost prokazována. Tento přístup je vhodný i s ohledem na možnou účast zahraničních dodavatelů, jejichž oprávnění k podnikání jsou velmi pravděpodobně formulována odlišně od názvů jednotlivých živností dle živnostenského zákona. Takovým postupem se zadavatelé vyhnou případným

duplicitám požadavků na živnostenská či jiná oprávnění, a bude tak na dodavatelích, aby příslušná oprávnění doložili. Není navíc na škodu, aby zadavatelé uvedli příkladmo, kterými konkrétními živnostenskými oprávněními lze dle jejich názoru splnit kvalifikační předpoklady. Takový přístup může být pro mnohé zadavatele i dodavatele přehlednější a „jistější“, neboť nemusí složitě zjišťovat, jaká konkrétní oprávnění je nutno k realizaci veřejné zakázky předkládat. Ani přímý požadavek na předložení konkrétních živnostenských oprávnění není *a priori* nezákonný, ale zadavatel se jím vystavuje riziku, že požadovaná duplicita může za určitých skutkových okolností (např. pokud by se jednalo o menší veřejnou zakázku případně s krátkou lhůtou pro podání nabídek) být kvalifikovaným porušením zákona, v důsledku čehož dojde k uložení nápravného opatření.

304. K jednotlivým námitkám rozkladu pak lze nad rámec shora uvedeného uvést následující. Navrhovatelova výtku spočívající v různém přístupu k vypořádání námítky s ohledem na skutečnost, zda některou z řemeslných živností navrhovatel disponuje či nikoliv, byla vypořádána tak, že celá námitka byla posouzena meritorně jako jeden celek. Jak plyne ze shora uvedeného, neztotožnil jsem se s názorem napadeného rozhodnutí, že požadavek na prokázání profesní způsobilosti byl stanoven nezákonně, důvody jsou podrobně uvedeny výše. To nic nemění na skutečnosti, že lze souhlasit se závěry napadeného rozhodnutí týkajícími se skutečnosti, že vázaná živnost „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ pokrývá i související živnosti řemeslné.
305. Nesdílím dále s Úřadem závěr, že z textu zadávacích podmínek bez dalšího plyne, že zadavatel skutečně požadoval předložení všech živnostenských oprávnění a současně mu nepřisvědčuji ani v tom, že takový závěr lze učinit na základě rozhodnutí o námitkách, které však bylo učiněno po uplynutí lhůty k podání nabídek. Důvody pro tyto závěry jsou rovněž podrobně rozvedeny shora.
306. Navrhovatel dále rozporuje postup Úřadu, který i přes závěr o nezákonnosti požadavku zadavatele neuložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. Tento přístup lze však plně aprobovat a trvám na tom, že i kdyby bylo možno dospět k jednoznačnému závěru o porušení zákona ze strany zadavatele, zrušení zadávacího řízení za daných okolností není na místě.
307. K námitkám týkajícím se zbytečné zátěže dodavatele, který je zadavatelem nucen opatřit si další nepotřebné živnostenské oprávnění, lze v plném rozsahu odkázat na argumentaci týkající se bezdůvodných překážek hospodářské soutěže uvedenou shora. Právě ono navrhovatelem uvedené „rozptýlení pochybností“ o kvalifikovanosti dodavatele je s ohledem na triviálnost postupu získání daných živnostenských oprávnění a enormní rozsah veřejné zakázky dostatečným odůvodněním případné nepatrné překážky hospodářské soutěže. Tato překážka tak není s ohledem na okolnosti zcela bezdůvodnou, jak tvrdí navrhovatel a nelze ji srovnávat s uváděnou rozhodovací praxí Úřadu týkající se kopií nabídky. Závěr o skutečnosti, že případná nutnost obstarat si další živnostenská oprávnění nemohla odradit potenciální dodavatele, lze podložit i shora uvedenou argumentací popisující jednoduchost postupu při získání živnostenského oprávnění. Tvzení, že dodavatel musí získat pro danou živnost odpovědného zástupce, je rovněž lichý, neboť i v případě výkonu dané činnosti pouze pod živnostenským oprávněním „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ je nutno, aby danou činnost vykonávala kvalifikovaná osoba, dodavatelé jí tak disponovat musí v každém

případě. Podstatný je zde opět poměr dané „překážky“ s charakterem, enormní hodnotou a rozsahem veřejné zakázky.

308. Pokud navrhovatel poukazuje na skutečnost, že negativní dopad stanovené podmínky je možno sledovat právě u něj, neboť jedním z živnostenských oprávnění nedisponuje, nelze tuto námitku shledat jinak než účelovou. Je skutečně absurdní, aby jedinou překážkou účasti v zadávacím řízení byla absence živnostenského oprávnění, jehož získání je otázkou administrativy zcela zanedbatelné s ohledem na ostatní administrativu spočívající s podáním nabídky. Navíc pokud navrhovatel byl oprávněn provádět předmět veřejné zakázky na základě dalšího živnostenského oprávnění, musel i tak disponovat odborným personálem.
309. K námitce, že Úřad ignoruje znění § 263 odst. 3 zákona lze uvést následující. Předně nesdílím závěr napadeného rozhodnutí, že zadávací podmínky byly stanoveny v rozporu se zákonem, viz argumentace výše. Současně však souhlasím se závěrem, že i pokud by určitý rozpor se zákonem shledán byl, není v daném konkrétním případě na místě uložení nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení. Nejedná se tak o ignoraci ustanovení § 263 odst. 3 zákona, ale toliko o jeho výklad v souladu s účelem zákona a rovněž v souladu s citovaným rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020. Neplatí tak v plném rozsahu právní názor komentářové literatury obsažený v rozkladu, dle kterého se nezohledňuje závažnost pochybení zadavatele. Pokud je totiž tato závažnost téměř nulová s minimálním možným dopadem do zadávacího řízení, jeví se značně nepřiměřené, aby takové pochybení bylo stíháno zrušením zadávacího řízení, tím spíše zadávacího řízení takto enormních rozměrů. **Bylo by až absurdní trvat na tom, že zadávací řízení na veřejnou zakázku ojedinelou jak svým rozsahem, tak cenou a významem pro společnost je třeba zrušit proto, že zadavatel požadoval tak triviální věc, jakou je živnostenské oprávnění pro řemeslnou – ohlašovací - živnost.** Veškerá argumentace týkající se odlišné rozhodovací praxe a přísnosti Úřadu v případě jiných drobnějších pochybení zadavatelů je v posuzovaném případě nepřiléhavá, neboť v žádné z uvedených věcí se nejednalo o obdobné skutkové okolnosti. Nelze tak ani v nejmenším souhlasit s navrhovatelem, že tvrzené pochybení představuje zásadní nezákonnost s dopady na možnost dodavatelů účastnit se zadávacího řízení. Pokud se vůbec jedná o nezákonnost, je tato zcela marginální, o to více pak v kontextu významu veřejné zakázky.
310. Pokud navrhovatel zmiňuje, že citovaný rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020 se týká skutkově zcela odlišné situace, je toto tvrzení nesprávné. Pasáž uvedeného rozsudku, ze které napadené rozhodnutí vychází, se totiž k otázce postupu dle § 263 odst. 3 zákona vyjadřuje zcela obecně a až citovaný obecný závěr je následně aplikován na konkrétní posuzovaný případ. Soud tak zcela zjevně formuluje obecné pravidlo týkající se výkladu § 263 odst. 3 zákona. Toto pravidlo je formulováno v samostatném odstavci a z kontextu odůvodnění daného rozhodnutí plyne, že na skutkové okolnosti případu vázáno není. Argumentace navrhovatele vedená tímto směrem je tak zcela lichá, včetně argumentace rozlišující obligatorní a fakultativní zadávací podmínky.
311. Ani námitka týkající se „účelovosti“ postupu Úřadu dle právního názoru obsaženého v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020 není přiléhavá. Předně je nutno konstatovat, že zásadní význam při aplikaci uvedeného právního závěru má zanedbatelnost případného pochybení zadavatele a jeho mizivý dopad do procesu zadávacího řízení v poměru k rozsahu veřejné zakázky. Na této vzájemné souvislosti je ostatně daný právní

názor založen. Pokud pak navrhovatel odkazuje na rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0165/2020/VZ, č. j. ÚOHS-31211/2020/322/LKa ze dne 9. 10. 2020, zabývá se toto rozhodnutí individualizací nápravného opatření ukládaného dle § 263 odst. 3 zákona, tedy zda lze v případě nezákonnosti zadávacích podmínek uložit jiné mírnější nápravné opatření, a dále otázkou postupu v případě tvrzení vícero pochybení zadavatele. V posuzovaném případě však nebylo přistoupeno k uložení žádného nápravného opatření, bylo tedy uzavřeno, že nedošlo k „rozporu zadávacích podmínek se zákonem“, jak uvádí § 263 odst. 3 zákona. Je nutno také zvážit, že vstřebání některých nových právních závěrů správních soudů do rozhodovací praxe Úřadu je dlouhodobým procesem, v němž Úřad hledá prostor pro aplikaci takových závěrů s ohledem na vlastní dosavadní rozhodovací praxi.

312. Tvrzený rozpor s vlastní rozhodovací praxí obsaženou v rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ byl již vyložen výše, ani tato námitka tedy není důvodná. Platí současně i závěry obsažené v bodě 464 napadeného rozhodnutí, k námitce legitimního očekávání lze pak opětovně odkázat na závěry rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 23. 1. 2018, č. j. 30 Af 102/2016-99.
313. Závěrem lze tedy shrnout, že v případě části č. 10 návrhu jsem dospěl k závěru, že sporná zadávací podmínka má být primárně vykládána tak, že zadavatel požadoval doklady prokazující oprávnění k výkonu vyjmenovaných činností, nikoliv že striktně požadoval předložení jednotlivých živnostenských oprávnění. Takovým způsobem mají být zadávací podmínky primárně koncipovány. Nebyly pominuty ani pochybnosti o výkladu dané zadávací podmínky ze strany zadavatele v důsledku jeho rozhodnutí o námitkách. I pokud by však bylo k výkladu zadávací podmínky přistoupeno v souladu s výkladem provedeným napadeným rozhodnutím, je třeba konstatovat, že ani případný duplicitní požadavek na živnostenské oprávnění k živnosti řemeslné není nepřiměřeným nebo kladoucím bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, a to zejména s ohledem na rozsah a charakter veřejné zakázky. Reflektovat je třeba i závěry rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020, dle kterých jakékoliv (i sebemenší) pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek nemá nutně za následek uplatnění nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení, bez ohledu na vzájemnou souvislost a intenzitu takového pochybení na samotný výsledek zadávacího řízení.
314. Závěrem konstatuji, že námitky obsažené v rozkladu nemohou vyvrátit právní závěry týkající se části č. 10 návrhu obsažené v odůvodnění napadeného rozhodnutí tak, jak byly doplněny a korigovány tímto rozhodnutím. Uzavírám dále, že namítané skutečnosti obsažené v části č. 10 návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem, pro něž by mělo být ukládáno nápravné opatření.

K části návrhu č. 11 „Seznam významných dodávek“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

315. V této části návrhu navrhovatel brojí proti požadavku zadavatele na předložení osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí dodávek a proti údajně nezákonně stanovenému požadavku na referenční zakázku.
316. Úřad shledal požadavek zadavatele na osvědčení objednatele o řádném provedení referenční zakázky souladným se zákonem, neboť se jedná o sektorovou veřejnou zakázku, v níž může

zadavatel požadovat i jiná kvalifikační kritéria (§ 167 odst. 1 zákona), logicky tak může zasahovat i do kritérií upravených v zákoně (argument *a maiori ad minus*). Pokud požadoval zadavatel reference na motorické dveře v hodnotě 2 x 1 mil. Kč, je tento požadavek přiměřený hodnotě motorických dveří a rolet, které budou realizovány v rámci veřejné zakázky. U tohoto plnění lze navíc očekávat plnění subdodavatelem, který snadno prokáže referenci.

317. Dle navrhovatele § 167 odst. 1 zákona neopravňuje zadavatele k jinému způsobu prokázání kritéria zahrnutého v části čtvrté zákona. Odstup 10 let navíc znemožňuje doložení dokladu. Úřad se dle navrhovatele nevypořádal s námitkou nutnosti eurokonformního výkladu § 167 odst. 1 zákona. Reference na motorické dveře je zcela nepřiměřená, hodnota motorických dveří má být pouze 450 tis. Kč, rolety nejsou v odborném názvosloví (norma ČSN) pod motorické dveře zahrnuty, zadavatel navíc tvrzení týkající se rolet zahrnul až do svého rozhodnutí o námitkách. Rozporován je i požadavek na tuto referenci jako takový, neboť motorické dveře jsou s ohledem na rozsah veřejné zakázky zanedbatelnou položkou.
318. Zadavatel tvrdí, že stanovil předmětnou kvalifikaci v souladu s § 167 odst. 1 zákona, tj. stanovil jiné, nové kritérium posouzení kvalifikace, dodavatelé pak mohli předložit osvědčení objednatele, smlouvu, předávací protokol či obdobné doklady prokazující požadované skutečnosti, nebylo nutno předkládat přímo prohlášení objednatele. K požadavku na reference ohledně „motoricky ovládaných dveří“ zadavatel uvádí, že v rámci vysvětlení č. 10 jasně uvedl, že se požadavek týká položek stavební části automatické posuvné dveře a rolovací mříž, ze zadávací dokumentace tak bylo zřejmé, jak má být pojem vykládán. V součtu se pak má jednat o 16 položek relevantních k předmětnému kvalifikačnímu požadavku v hodnotě přes 2 mil. Kč, požadavek na reference je tak dle zadavatele přiměřený i k hodnotě daného plnění v rámci veřejné zakázky.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

319. V otázce požadavku zadavatele na osvědčení objednatele o řádném provedení referenčních zakázek lze v plném rozsahu odkázat na závěry napadeného rozhodnutí obsažené v jeho bodech 478-485, s nimiž se plně ztotožňuji a doplňuji je o následující.
320. Zastávám názor, že výklad ustanovení § 167 odst. 1 zákona byl proveden Úřadem správně. Jedná se ostatně o jediný logický výklad, který lze k uvedenému ustanovení zaujmout, neboť by bylo zcela nesmyslné, aby zadavatelé měli dovoleno buď pouze stanovit požadavek na kvalifikaci dle § 79 odst. 2 zákona, nebo požadavek zcela nový, který není v § 79 odst. 2 zákona zmíněn, jak tvrdí navrhovatel. Již z jazykového výkladu předmětného ustanovení je zřejmé, že zadavatelům se povoluje stanovit jakákoliv kritéria kvalifikace, pokud dodrží stanovená pravidla. Pokud by taková možnost měla být korigována dalšími omezeními, byla by tato omezení v předmětném odstavci jistě uvedena. Lze tedy v plném rozsahu souhlasit se závěrem, že pokud je dovoleno zadavateli stanovit jiné zcela nové kritérium kvalifikace, musí mu být logicky umožněno i modifikovat kritérium stávající. Výklad, který prosazuje navrhovatel, by znamenal, že zadavatel se při formulaci vlastního kritéria kvalifikace musí důsledně vyvarovat zahrnutí byť jen části kritérií stanovených v § 79 odst. 2 zákona, což je přístup poněkud absurdní a praktické využití § 167 odst. 1 by tak bylo minimální. Navíc zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“ bodu 5.6.2. „Seznam významných dodávek“, stanoví, že kvalifikace se prokazuje **analogicky** dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona. Na znění tohoto ustanovení je tak odkazováno

pouze podpůrně. Zadavatel tedy vytváří fakticky vlastní kvalifikační kritérium, pro které pouze používá zákonnou úpravu jako východisko. Je však zcela nepodstatné, zda zadavatel modifikuje zákonné pravidlo svou úpravou nebo naopak vlastní pravidlo popisuje pomocí odkazu na zákonnou úpravu, neboť obě možnosti odpovídají dikci ustanovení § 167 odst. 1 zákona.

321. Jestliže navrhovatel poukazuje na nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí z důvodu absence vyjádření k tvrzené nutnosti eurokonformního výkladu, je i tato námitka lichá. Argumentace navrhovatele obsažená v bodech 279-287 návrhu je v podstatě pouhým výběrem částí ustanovení směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/25/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání zakázek subjekty působícími v odvětví vodního hospodářství, energetiky, dopravy a poštovních služeb a o zrušení směrnice 2004/17/ES (dále jen „**sektorová směrnice**“) a směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**směrnice o zadávání veřejných zakázek**“) s tím, že navrhovatel z těchto ustanovení vyvozuje tentýž závěr, který je podstatou jeho námitky, tedy že v případě postupu dle upravených kritérií tato nelze modifikovat. Reakce Úřadu na tuto námitku spočívající ve sdělení, že „*ani z citací směrnic EU zřetelně neplyne, že by zadavatel nemohl stanovit jiné doklady, nebo že by zadavatel postupoval v rozporu s danými pravidly*“ je s ohledem na obsah námitky zcela adekvátní. Je třeba totiž vycházet zejména z čl. 78 sektorové směrnice, dle něhož zadavatelé mohou stanovit objektivní pravidla a kritéria pro vyloučení a výběr uchazečů nebo zájemců. Navrhovatelem citovaný článek 80 sektorové směrnice pak upravuje pouze **možnost** postupu dle úpravy obsažené ve směrnici o zadávání veřejných zakázek. Jsem přesvědčen, že názor navrhovatele nevyplývá ani z odkazů na odbornou literaturu citovanou v rozkladu, neboť oba právní názory poukazují na možnosti odchýlení od obecného režimu kvalifikace dle části čtvrté zákona.
322. Úřad se dostatečně vypořádal i s námitkou týkající se doby 10 let, která může uplynout od provedení referenční zakázky. Jestliže zadavatel akceptoval i jiné rovnocenné doklady (kdy pouze demonstrativně uvedl možnost předložit smlouvu s objednatelem a současně doklad o uskutečnění plnění dodavatele; demonstrativnost výčtu jasně plyne z použití slova „zejména“), objektivně umožnil dodavatelům své reference prokázat. Lze si jen těžko představit, že by dodavatelé po 10 letech nebyli schopni vůbec nijak prokázat, že určitou zakázku realizovali. Nejméně na daňové doklady k dani z přidané hodnoty se totiž vztahuje povinnost uchování po dobu 10 let od konce zdaňovacího období, ve kterém se plnění uskutečnilo (srov. § 35 odst. 2 zákona č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů). Rovněž je třeba uvést, že zákonné „minimum“ pro časový horizont referenčních zakázek na dodávky jsou 3 roky [srov. § 79 odst. 2 písm. b) zákona]. Zadavatel stanovením požadavků na referenční zakázky postupoval „mírněji“, než by mu zákon ukládal. Chápat tento krok, jehož důsledkem je otevření soutěže o veřejnou zakázku (byť na úrovni poddodavatelů), bez dalšího jako rozpor se zákonem, se přiči smyslu regulace zadávání veřejných zakázek.
323. Rovněž v otázce stanovení požadavku na doložení minimálně 2 referencí ve finančním objemu ve výši alespoň 1 milion Kč bez DPH za každou dodávku, a to ve vztahu k dodávkám motoricky ovládaných dveří, se lze ztotožnit s napadeným rozhodnutím a plně odkázat na jeho body 486-490. Doplnit k námitkám rozkladu lze následující.

324. Pokud navrhovatel rozporuje obsah pojmu „motoricky ovládané dveře“ a tvrdí, že zadavatel jej definoval jako motoricky ovládané dveře a rolovací mříže až účelově ve svém rozhodnutí o námitkách, není toto tvrzení pravdivé. Jak je správně poukázáno v bodě 487 napadeného rozhodnutí, uvedl zadavatel ve svém vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, že požadavek se týká položek stavební části automatické posuvné dveře a rolovací mříž. Tímto postupem zadavatel vysvětlil obsah zadávací dokumentace a jeho vysvětlení má interpretační přednost před případnou definicí pojmu ve směrnici. V této souvislosti lze v otázce výkladu zadávací dokumentace odkázat na již citovaný bod 35 rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 7. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0076/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20003/2020/322/BVÍ a rovněž na obecné výkladové pravidlo, které je obsaženo v rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2010, č. j. 8 Afs 12/2010-268: „*Pojmům užitým v zadávací dokumentaci je přitom třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam, nejsou-li použity ve specifickém významovém smyslu, resp. nejsou v zadávací dokumentaci konkrétním způsobem definovány.*“⁵. Pokud navrhovatel poukazuje na rozhodnutí Úřadu ze dne 12. 11. 2020 č. j. ÚOHS-36235/2020/500/JBě, je třeba konstatovat, že toto rozhodnutí vycházelo ze skutkově zcela odlišné situace, kdy podstatnou skutečností byl odkaz na „povodňovou směrnici“ přímo v textu zadávací dokumentace. V posuzovaném případě však zadavatel použil obecný pojem, který dále vlastním vysvětlením dostatečně jasně vyložil, aniž by na směrnici jakkoliv odkazoval, pojem podle směrnice tak vykládá pouze navrhovatel.
325. K námitce nepřiměřené výše požadavku na doložení referencí, která byla stanovena na 1 milion Kč bez DPH u každé ze dvou požadovaných referencí, lze uvést následující. Úřad správně vycházel z hodnoty automatických posuvných dveří a rolovacích mříží, tedy z celého souboru těchto prvků, který zadavatel zahrnul pod pojem „motoricky ovládané dveře“. Zadavatel pak uvedl ve svém vysvětlení zadávací dokumentace k důvodům stanovení požadavku toto: „*Zadavatel dále konstatuje, že tento požadavek v rámci kvalifikace stanovil zejména s ohledem na požadovanou míru zajištění bezpečného a funkčního provozování předmětu veřejné zakázky. Současně požadovaný rozsah v rámci tohoto kvalifikačního předpokladu byl stanoven vzhledem k celkové hodnotě relevantních částí plnění veřejné zakázky, kdy požadovaný finanční objem odpovídá ustálené praxi při stanovení rozsahu kvalifikačních předpokladů.*“ V rozhodnutí o námitkách ze dne 23. 12. 2020 uvedl zadavatel, že daný požadavek odpovídá 16 položkám relevantním k předmětnému kvalifikačnímu požadavku v hodnotě přes 2 mil. Kč. Ačkoliv tedy nebyla přesně podložena cena jednotlivých položek, které zadavatel pod soubor automatických posuvných dveří a rolovacích mříží zahrnoval, lze vycházet z tohoto jeho sdělení a zároveň z informace navrhovatele, dle něhož cenu 5 ks motoricky ovládaných dveří odhaduje na cca 450 tis. Kč. Jelikož Úřad správně uzavřel, že zadavatel svým vysvětlením jasně zahrnul pod soubor motoricky ovládaných dveří celkem 16 položek (viz podrobněji bod 487 napadeného rozhodnutí), lze hodnotu tohoto souboru s ohledem na shora uvedené odhadovat na částku podstatně vyšší, než navrhovatelem tvrzených 450 tis. Kč.
326. Dle formulace kvalifikačního požadavku je tak nutno zvážit jeho přiměřenost s ohledem na úpravu obsaženou v § 73 odst. 6 zákona. Zde již nelze uplatnit úvahy vycházející z původní právní úpravy zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“), kde byla zakotvena limitace finančního objemu tzv. referencí

⁵ Zvýraznění v citovaném textu provedeno předsedou Úřadu.

na 50% předpokládané hodnoty, neboť úprava podle zákona ponechává zadavatelům větší volnost ke stanovení kritérií s odkazem na zásadu přiměřenosti. V této otázce se ztotožňuji s napadeným rozhodnutím a neshledávám kvalifikační požadavek nepřiměřeným, neboť zastávám názor, že přiměřenost požadavku nelze sledovat čistě matematicky v poměru k relevantní části veřejné zakázky, ale rovněž v kontextu veřejné zakázky jako celku. Při posouzení přiměřenosti je tak třeba poukázat na zadavatelem uváděné důvody stanovení referencí (viz vysvětlení zadávací dokumentace č. 10), dle kterých požadavek stanovil zejména s ohledem na požadovanou míru zajištění bezpečného a funkčního provozování předmětu veřejné zakázky. I zde je tedy třeba zvážit význam, charakter a rozsah veřejné zakázky jako celku, u které je na bezpečnost osob pohybujících se v prostoru metra (bez ohledu na skutečnost, zda se jedná o cestující či pracovníky) kladen z pochopitelných důvodů obzvláště velký důraz. S ohledem na zvážení všech relevantních skutečností jsem tak dospěl k závěru, že požadavek zadavatele na reference týkající se motoricky ovládaných dveří je stanoven ve vazbě na předmět plnění veřejné zakázky a zároveň v souladu se zásadou přiměřenosti.

327. Na základě shora uvedeného lze uzavřít, že závěry, které učinil Úřad v otázce navrhovatelem tvrzené nezákonnosti stanovení seznamu významných dodávek, jsou správné a navrhovatel je svými rozkladovými námitkami nijak nezpochybnil.

K části návrhu č. 12 „Bankovní záruka s vazbou na ČR“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

328. V této části návrhu navrhovatel brojí proti údajně nezákonně stanovenému požadavku zadavatele na složení jistoty formou bankovní záruky (zadavatel požadoval, aby bankovní záruka byla sjednána u české banky, u banky se sídlem v členském státě EU a pobočkou v České republice, nebo aby byla, v případě, že byla bankovní záruka vystavena bankou se sídlem v členském státu EU, potvrzena některou z českých bank).
329. Úřad shledal, že ačkoliv je zdánlivě vyloučena možnost, aby byla bankovní záruka vystavena zahraniční bankou se sídlem mimo členské státy EU, lze takovou bankovní záruku řešit prostřednictvím využití tzv. protizáruky dle § 2032 OZ (dále jen „**protizáruka**“). Zadavatel odůvodnil svůj požadavek snadnějším uplatněním bankovní záruky dle českého práva, což je legitimní. Navíc bylo možno poskytnout jistotu i jinými způsoby. Navrhovatel nadto v otázce bankovní záruky koncipoval újmu pouze obecně, sám disponuje účtem u české banky. Požadavek na bankovní záruku nepředstavuje zjevně nepřiměřenou zadávací podmínku, která by vedla k bezdůvodné diskriminaci některých dodavatelů.
330. Navrhovatel v rozkladu setrvává na tom, že požadavek je diskriminační, vylučuje i banky mimo EU (např. Velká Británie, Švýcarsko). Institut protizáruky je dle navrhovatele nákladný, jedná se fakticky o další bankovní záruku, navíc je připuštěn až v rozhodnutí o námitkách, nikoliv v zadávací dokumentaci. Jiné alternativy jistoty jsou dle navrhovatele prakticky nereálné, upozorňuje na skutečnost, že v případě pojištění záruky není stanoveno omezení na vazbu banky v ČR. Zpochybnění újmy navrhovatele, pokud má účet u české banky, je dle navrhovatele nepřipadné, může být pro něj výhodnější pořídit bankovní záruku u banky zahraniční.

331. Zadavatel svůj požadavek na bankovní záruku s vazbou na ČR odůvodňuje tím, že zadavatel musí mít postaveno na jisto, že bude moci uplatnit svá práva z bankovní záruky, tedy že se bankovní záruka od všech dodavatelů bude řídit stejnými pravidly a podmínkami, jak je vymezuje český právní řád. Bylo na dodavateli, jakou banku si pro bankovní záruku zvolí, pouze pokud banka nebude mít v České republice sídlo nebo pobočku, musí být taková bankovní záruka potvrzena českou bankou. Potvrzení bankovní záruky není dle zadavatele finančně i administrativně stejně náročné jako vystavení nové bankovní záruky. Úřad dle zadavatele zcela správně konstatoval, že se jedná o legitimní požadavek zadavatele směřující k dosažení samotného účelu bankovní záruky.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

332. V otázce požadavku zadavatele na bankovní záruku (jako ekvivalent pojmu bankovní záruka je níže používán i pojem finanční záruka, kterým je daný institut označován v OZ) lze v plném rozsahu odkázat na závěry napadeného rozhodnutí obsažené v jeho bodech 491-533, s nimiž se ztotožňuji a doplňuji je o následující.

333. Zadavatel v zadávacích podmínkách požadoval poskytnutí jistoty. Jednou z možných forem jistoty byla i bankovní záruka, ke které zadavatel stanovil další podmínky týkající se vazby bankovní záruky na Českou republiku. Následně ve svém rozhodnutí o námitkách zadavatel upřesnil, že takovou bankovní záruku lze vystavit i na základě přijaté protizáruky od zahraniční banky bez ohledu na sídlo této banky (srov. bod 520-523 napadeného rozhodnutí). Navrhovatel předně namítá, že tato argumentace byla přijata ze strany zadavatele účelově až v rozhodnutí o námitkách a že ji nelze akceptovat, neboť v době podání nabídek nemohlo být dodavatelům zřejmé, že by jejich bankovní záruka vystavená zahraniční bankou (mimo EU) byla zadavatelem akceptována.

334. Zde lze odkázat na závěry napadeného rozhodnutí obsažené v bodě 524, který se zabývá institutem vystavení záruky na žádost jiného výstavce dle § 2032 OZ. Uvedené ustanovení bylo do OZ včleněno nově a nemělo v původní úpravě obsažené v zákoně č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník, ve znění pozdějších předpisů obdobu. Původní úprava obsažená v uvedeném obchodním zákoníku totiž obsahovala ve svém § 315 pouze možnost potvrzení bankovní záruky jinou bankou, tedy obdobnou úpravu, která je obsažena v § 2031 OZ a která se vyznačuje tím, že beneficiet finanční záruky může svůj nárok uplatnit u banky vystavující i u banky, která původní záruku potvrdila. Podle § 2032 však vždy existuje možnost, aby určitý výstavce poskytl finanční záruku na žádost jiného výstavce (typicky banka tuzemská na žádost banky zahraniční). Jedná se o určitou dobu rozšíření zajištění závazku o ručení dalšího výstavce dle § 2031 OZ, avšak důsledkem postupu dle § 2032 OZ **je vystavení další samostatné záruky** (srov. Hulmák, M. a kol.: Občanský zákoník V. Závazkové právo. Obecná část (§ 1721–2054). Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2014, s. 1267.), kdy beneficiet může svůj nárok uplatnit pouze u banky, která poskytla finanční záruku na žádost jiného výstavce (například zahraniční banky). Tato možnost úpravy vztahů v případě finanční záruky je tak dána přímo zákonem a není tedy nutné, aby zadavatel na takovou možnost explicitně v zadávacích podmínkách poukazyval. Pokud tedy dodavatel disponuje bankovní zárukou vydanou jakoukoliv zahraniční bankou, má vždy možnost využít institutu protizáruky dle § 2032 OZ (leďa by zadavatel takový postup výslovně zapovídal, což však v posuzovaném případě nenastalo).

335. Námitka zadavatele týkající se účelové argumentace obsažené v rozhodnutí o námitkách tak z důvodů shora uvedených neobstojí. Zadavatel totiž ve svém rozhodnutí o námitkách pouze konstatoval, jaká práva a povinnosti zúčastněným stranám a bankám plynou v případě využití institutu protizáruky dle § 2032 OZ, který náš právní řád zná a zadavatel jej žádným způsobem nevyločil. Pokud totiž platí, že postupem dle § 2032 vzniká další samostatná finanční záruka, nebrání dodavateli, který má původní bankovní záruku vystavenou svou zahraniční bankou, aby využil institutu protizáruky. Tvrzení, že dodavatelé nemohli před rozhodnutím zadavatele o námitkách mít postaveno najisto, že budou moci využít institutu protizáruky, je tak irelevantní, neboť možnost využití tohoto postupu plyne přímo ze zákona. Zadavatel tedy nemohl omezit dodavatele v možnosti zvolit si libovolně banku, u níž si sjednají bankovní záruku coby jistotu. Navíc v případě pochybností o možnosti vystavit protizáruku se mohli dodavatelé v dostatečném předstihu dotázat zadavatele.
336. Nelze souhlasit ani s tvrzením navrhovatele, že postup dle § 2032 OZ je totožný jako případ, kdy dodavatel nechá vystavit bankovní záruku přímo tuzemským subjektem. Předně institut protizáruky je vztahem mezi dvěma výstavci finanční záruky, dodavatel tak do takového vztahu nevstupuje, je tedy stále zavázán pouze „své“ bance, která původní bankovní záruku vystavila, nemusí vstupovat do smluvního vztahu s jiným výstavcem. Současně lze očekávat, že vztahy mezi jednotlivými výstavci finančních záruk (tedy zpravidla mezi bankovními subjekty) budou podléhat jiným požadavkům na bonitu než v případě, kdy by zahraniční dodavatel požadoval vystavení bankovní záruky tuzemskou bankou. Je zjevné, že institut protizáruky dle § 2032 je vhodný zejména pro situace, kdy zahraniční dodavatel má zájem vyjednat si podmínky bankovní záruky se svou bankou a zároveň zadavatel má zájem na plnění z bankovní záruky od tuzemského bankovního ústavu. Zajišťuje tak velmi vhodně jak oprávněný požadavek dodavatele na vázanost vůči bance dle vlastního výběru, tak požadavek zadavatele, aby případné uspokojení z bankovní záruky provedla tuzemská banka.
337. Zde je nutno konstatovat, že požadavek zadavatele na možnost uplatnit bankovní záruku u tuzemské instituce je zcela oprávněný a je nutno se ztotožnit se závěry obsaženými v bodě 528 napadeného rozhodnutí. Veřejný zadavatel má oprávněný zájem na tom, aby byl v případě porušení konkrétní povinnosti ze strany dodavatele schopen jednoduše uplatnit své nároky plynoucí z bankovní záruky, aniž by mu byl proces jejich uplatnění ztížen případnými odlišnostmi v jednotlivých právních řádech jiných států, zároveň by však dodavatel neměl být omezen v možnosti zvolit si bankovní ústav. Podmínka nebyla formulována nepřiměřeně zužujícím způsobem vzhledem k okruhu výstavců, jimiž vydanou bankovní záruku zadavatel v souladu se zadávací dokumentací akceptuje, a je plně šetřeno právo dodavatele sjednat si bankovní záruku s bankou dle své volby, pokud tato banka požádá tuzemského výstavce o vystavení další finanční záruky dle § 2032 OZ.
338. Ani argumentu navrhovatele, že totožného cíle, kterým je snadné uplatnění bankovní záruky, mohlo být namísto požadavku na vystavení či potvrzení bankovní záruky tuzemským subjektem dosaženo požadavkem na rozhodné právo nebo prorogační doložkou, nelze přisvědčit. Je nutno si uvědomit, že otázka rozhodného práva nebo volba místně příslušného soudu by do sféry zadavatele vstoupily až v okamžiku, kdy by z bankovní záruky nebylo dobrovolně plněno a zadavatel by se musel plnění domáhat soudní cestou nebo si s protistranou vyjasnit eventuální sporné aspekty dané bankovní záruky. Taková situace však jistě není ze strany zadavatele žádoucí a lze předpokládat, že pokud by zadavatel musel

svá práva z bankovní záruky uplatňovat případně i soudní cestou, pozbyla by pro něj bankovní záruka jako institut jistoty ve velké míře smysl. Je navíc právem zadavatele upravit si, jakým způsobem má být poskytnuta ze strany dodavatelů jistota, pokud tento způsob neodporuje zákonu, zejm. není diskriminační, nepřiměřený či pokud nevytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Taková pochybení v posuzovaném případě shledána nebyla.

339. Lze přisvědčit navrhovateli, že zahraniční dodavatelé mohou být vystaveni určitým drobným překážkám k přístupu k tuzemským veřejným zakázkám, spočívajícím v odlišnostech tuzemského obchodního prostředí. Takový stav je však nutno považovat za zcela přirozený a každý zahraniční dodavatel s ním jistě počítá. Případné omezení spočívající v nutnosti vystavení další bankovní záruky dle § 2032 OZ je však zcela zanedbatelné zejména v kontextu rozsahu předmětné veřejné zakázky a bez dalšího souhlasím se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v bodě 530, tedy že zadavatel svým postupem nevytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, a nemohl tak omezit okruh potenciálních dodavatelů. Případné drobné omezení pro doložení bankovní záruky je zcela podloženo důvodnou potřebou zadavatele efektivně uplatnit svá práva z bankovní záruky a nelze v něm spatřovat porušení § 36 odst. 1 zákona. Úřad v tomto směru správně zvážil i existenci dalších možností poskytnutí jistoty. Předmětná situace je tím méně způsobilá k tomu, aby byly dány důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 3 zákona (viz rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 29 Af 46/2019).
340. Další argumentaci napadeného rozhodnutí spočívající v pochybnostech o újmě navrhovatele, který disponuje bankovním účtem u české banky, pak lze označit pouze za doplňkovou, uváděnou nad rámec nosných důvodů rozhodnutí, předseda Úřadu tedy nepovažuje za nutné ji dále rozvíjet.
341. Ve shodě s napadeným rozhodnutím tak konstatuji, že požadavek zadavatele na složení jistoty formou bankovní záruky stanovený v čl. 15 „Zadávací lhůta a jistota“ zadávací dokumentace nepředstavuje zjevně nepřiměřenou zadávací podmínku, která by vedla k bezdůvodné diskriminaci některých dodavatelů či která by vytvářela bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.

K části návrhu č. 13 „Chybně aplikovaná vazba vyhrazeného plnění na požadovanou kvalifikaci“

Shrnutí závěrů napadeného rozhodnutí, rozkladových námitek a vyjádření zadavatele

342. V této části návrhu navrhovatel brojí proti chybně aplikované vazbě vyhrazeného plnění na zadavatelem požadovanou kvalifikaci.
343. Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje, že zadavatel označil za vyhrazené (§ 105 odst. 2 zákona) činnosti spojené s ražbou stanic, které upřesnil jako ražby, izolace, definitivní ostění. Úřad uzavřel, že uvedený výčet (ražby, izolace, definitivní ostění) je taxativní, což dle jeho názoru plyne z formulace, které je odborný dodavatel je schopen porozumět, navrhovatel naopak dle Úřadu nepochopení spíše předstírá. Uvedené vyhrazené činnosti tvoří gros veřejné zakázky, účel této zadávací podmínky je tedy zjevný a je třeba ji vykládat v souladu s ním. Skutečnost, že zadavatel požaduje, aby se plnění veřejné zakázky ujala osoba, která má zkušenost i s výstavbou drážní tunelové stavby s raženými úseky, přičemž tato část může být

prokázána i poddodavatelem, nečiní zadávací podmínky nejasné či jakkoliv devalvující výhradu zadavatele. Poddodatelské omezení je určité i s ohledem na obsahové náplně profesí.

344. Navrhovatel v rozkladu rozporuje jeden ze závěrů Úřadu, který odkazuje na institut vysvětlení zadávací dokumentace a tvrdí, že tato možnost nezbavuje zadavatele povinnosti řádně definovat zadávací podmínky. Dle navrhovatele není jasné, jaké konkrétní činnosti jsou vyhrazené, Úřad navíc nevypořádal odborné námitky (odkaz na zahrnutí kabeláže do ostění tunelu). Vyhrazené činnosti nebylo možno dle navrhovatele podřadit pod jednotlivé položky rozpočtu, kvalifikace není řádně provázána s vyhrazeným plněním. Zadavatel poukazuje na četné možnosti doložit určité kvalifikační předpoklady subdodavatelem, který však nemůže následně vyhrazené části veřejné zakázky provádět. Rozhodnutí Úřadu v této části považuje navrhovatel za nepřezkoumatelné, neboť se nevypořádalo se všemi námitkami obsaženými v návrhu.
345. Zadavatel konstatuje, že v zadávací dokumentaci stanovil, že vyhrazenou činností ve smyslu § 105 odst. 2 zákona jsou činnosti spočívající v ražbě stanic, a to v rozsahu ražení částí, izolace a definitivního ostění tunelů. Nastavení této zadávací podmínky je dle jeho názoru stanoveno zcela jednoznačně, Úřad správně uvedl, že zadávací dokumentace nepřipouští vícero výkladů, nic nenaznačuje, že by se mělo jednat o demonstrativní výčet činností. Navrhovatel dle zadavatele vychází z mylného předpokladu, že jedna celá skupina položek musí být vždy kompletně buď zařazena pod stanovenou výhradu či nikoliv. Naopak je zcela zřejmé, že jednotlivé položky představující významnou činnost jsou v rámci soupisu prací zařazeny v různých skupinách, v agregovaných položkách.

Posouzení ze strany předsedy Úřadu

346. V nyní řešené části rozkladu navrhovatele se v plném rozsahu ztotožňují se závěry napadeného rozhodnutí obsaženými v jeho bodech 534-566, na které tímto odkazují. Ačkoliv uvedené závěry dle mého názoru postihují v plném rozsahu všechny námitky navrhovatele, byť některé vypořádávají pouze implicitně, doplňují k nim stručně následující.
347. Předně je třeba konstatovat, že tato část návrhu v plné síle reprezentuje veškerou problematiku týkající se charakteru předmětného návrhu a vazby na tvrzenou nepřezkoumatelnost rozhodnutí, která je popsána v úvodu odůvodnění tohoto rozhodnutí. Jestliže Úřad dospěl k závěru, že zadavatel jednoznačně vymezil vyhrazené činnosti a současně řádně zdůvodnil, proč některé činnosti nezařadil mezi ty, u kterých je omezeno prokazování kvalifikace poddodavatelem (což je, jak správně uvádí Úřad, navíc prvkem větší otevřenosti hospodářské soutěže), nebylo nutné vypořádávat jednotlivě každou z početných námitek, které se takový závěr snaží vyvrátit. Tím spíše, že většina těchto námitek vycházela zejména z tvrzení navrhovatele, že vymezení vyhrazených činností je nejasné, což je předpoklad mylný a Úřad jej jednoznačně vyvrátil. Pokud tedy byl vyvrácen mylný předpoklad určité námitky, není třeba vyvracet ještě navíc i samotnou rozvíjející námitku na něm založenou. Plně sdílím názor obsažený v napadeném rozhodnutí, že v námitkách vztažených k této části návrhu lze spatřovat účelovost a snahu vytrháváním z kontextu a namítáním teoretických nejasností u marginalit docílit zrušení zadávacího řízení.
348. Stručně lze tedy uvést, že Úřad zcela správně vyložil, že zadavatel formuloval vyhrazené činnosti jasně a srozumitelně, vycházel v tomto směru ze znění zadávací dokumentace, jejího smyslu a účelu a z potvrzení správného výkladu v rozhodnutí o námitkách (k výkladu zadávací

dokumentace srov. opakovaně rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 1. 7. 2020, sp. zn. ÚOHS-R0076/2020/VZ, č. j. ÚOHS-20003/2020/322/BVÍ). Naopak navrhovatelem podsouvané jiné možnosti výkladu (demonstrativní výčet, odkaz na časopis Tunel) nekorespondují s textem zadávací dokumentace ani s odpovídající odbornou úrovní dodavatelů, se kterou je zadavatel při koncipování zadávacích podmínek oprávněn kalkulovat (srov. rozsudek Krajského soudu v Brně ze dne 3. 5. 2010, č. j. 62 Ca 91/2008-103 citovaný v části odůvodnění tohoto rozhodnutí týkajícího se části návrhu č. 4). Odkaz Úřadu na možnost obrátit se na zadavatele s žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace je v tomto případě zcela příhodný, neboť tímto způsobem může dojít k vyjasnění případných nejasností. Zároveň platí, že absence žádostí o vysvětlení je indikátorem (byť spíše podpůrným), že zadávací podmínky byly v otázce vyhrazených činností zcela jasné a srozumitelné. To je zároveň závěrečný názor Úřadu, se kterým se nyní ztotožňuji. Nejasnosti (případně předstírané nepochopení, jak trefně uvádí Úřad) tedy vznikly pouze na straně navrhovatele. Rozhodovací praxe Úřadu (námitky v bodech 325 a 333 rozkladu) tak nemůže být dotčena, neboť se vztahuje pouze na případy nejasných, nesprávných nebo neúplných zadávacích podmínek, vymezení vyhrazených činností však bylo provedeno řádně, určitě a srozumitelně.

349. V otázce nesprávné vazby vyhrazených činností na ty části kvalifikace, které zadavatel zapověděl prokázat prostřednictvím poddodavatele, lze pak uvést následující. Je zcela mylná představa navrhovatele, že zadavatel je v případě vymezení vyhrazených činností nucen zevrubně zkoumat, jaké veškeré požadavky na kvalifikaci s vyhrazenou činností souvisejí, a následně je v zadávacích podmínkách jasně zapovídat k prokazování prostřednictvím poddodavatele. Velmi přesně se k této vazbě vyjadřuje Úřad v bodě 560 napadeného rozhodnutí, kde uvádí, že při posuzování přípustnosti prokazování konkrétního kritéria kvalifikace prostřednictvím jiné osoby je třeba zohlednit charakter předmětného kritéria a smysl jeho prokazování, resp. zohlednit, zda je vzhledem k jeho charakteru a smyslu jeho vyloučení z obecné možnosti prokazovat jeho splnění prostřednictvím třetí osoby opodstatněné. Pokud pak zadavatel jasně a určitě vymezil kvalifikační požadavky, které je povinen prokázat výhradně dodavatel, a současně předložil racionální zdůvodnění, proč je spatřována úzká souvislost s vyhrazenými činnostmi, je jeho postup zákonný. V tomto směru shodně s napadeným rozhodnutím považují veškeré zdůvodnění ze strany zadavatele k jednotlivým vytčeným složkám kvalifikace, které nebyly zapovězeny k prokázání ze strany poddodavatele, za jasné srozumitelné a souladné s účelem a smyslem požadavku na vyhrazené činnosti. Je nutno poukázat rovněž na skutečnost, že pokud zadavatel připustí prokázání některých kvalifikačních předpokladů prostřednictvím poddodavatele (za současného zachování smyslu a účelu požadavku na vyhrazené činnosti), potenciálně tím rozšiřuje okruh dodavatelů schopných plnit veřejnou zakázku, což je stav žádoucí. Rovněž v souvislosti s formulací vyhrazených činností a jejich vazbou na nemožnost prokázat některé kvalifikační předpoklady prostřednictvím poddodavatele lze poukázat na jeden z principů veřejného zadávání, dle něhož je zadavatel tím, kdo formuluje zadávací podmínky s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky s cílem uspokojit své potřeby, které zná nejlépe právě zadavatel. Jestliže zadavatel rozumně zdůvodnil, proč nepřikročil ke zpřísnění zadávacích podmínek (což v posuzovaném případě platí), nelze takový postup považovat za rozporný se zákonem. Zde tedy v žádném případě nejde o navrhovatelem tvrzené protežování zadavatele, ale toliko o respektování shora popsaného principu.

350. Shodně s napadeným rozhodnutím tak uzavírám, že ani skutečnosti namítané v části č. 13 návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a zadávací podmínky je nutno v tomto ohledu shledat zákonnými. K tvrzené nepřezkoumatelnosti napadeného rozhodnutí v této části lze uvést, že v napadeném rozhodnutí Úřad dostatečně jasně předestřel, jakými úvahami byl veden a jak uvážil o sporných otázkách, jeho závěry jsou srozumitelné, nelze mu proto vytýkat, že nereagoval konkrétně na všechny uplatněné námitky navrhovatele. Tentýž přístup jsem zvolil při vypořádání námitek rozkladu, které jsou vesměs pouhým opakováním námitek uplatněných v návrhu. Tento postup není v žádném případě ignorací návrhu navrhovatele, ale jediným rozumným vypořádáním této části návrhu v souladu se zásadou efektivity a hospodárnosti řízení v duchu závěrů rozsudku Nejvyššího správního soudu ze dne 4. 12. 2019, č. j. 10 As 252/2019-256.

VII. Závěr

351. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek navrhovatele, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o návrhu v částech, o nichž bylo rozhodnuto výroky I a III napadeného rozhodnutí v souladu se zákonem a správním řádem, avšak nepostupoval správně v části, o níž bylo rozhodnuto výrokiem II napadeného rozhodnutí, jsem dospěl k závěru, že nastaly podmínky pro zrušení toliko výroku II napadeného rozhodnutí. V ostatních částech napadeného rozhodnutí (výrok I a III) jsem neshledal důvody pro zrušení nebo změnu s výjimkou částečné změny odůvodnění výroku III napadeného rozhodnutí.

352. V řešeném případě namítal navrhovatel ve svém návrhu a následně i v rozkladu nezákonnost dílčích zadávacích podmínek šetřené veřejné zakázky. V otázce nastavení zadávacích podmínek má zadavatel velký prostor pro vlastní úvahy a je oprávněn k jejich nastavení v souladu s potřebami realizace veřejné zakázky za dodržení zákonných omezení. V tomto směru jsem ani ve světle navrhovatelových námitek neshledal žádný exces. Do zadávacích podmínek, které respektují zákon, jsou přiměřené, objektivní, nediskriminační a pro zadavatele představují určitou racionální kvalitu, není Úřad oprávněn zasáhnout.

353. Vzhledem k výše uvedenému jsem rozhodl tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 683/127, 140 00 Praha 4
2. JUDr. Jan Nemanský, advokát, Advokátní kancelář Chrenek, Kotrba spol. s r. o., Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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