



UOHSX00FDZHS

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0150/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-36936/2021/161/HBa

Brno 25. 11. 2021

V řízení o rozkladu ze dne 14. 9. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, podaném navrhovatelem –

- **INFRAPROJEKT s. r. o.**, IČO 04476476, se sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno, ve správním řízení zastoupeným Mgr. Tadeuszem Zientkem, advokátem, ev. č. ČAK 11385, Zientek & Olivík, advokátní kancelář, se sídlem Stodolní 1785/31, 702 00 Ostrava,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0235/2020/VZ, č. j. ÚOHS-29085/2021/500/Alv ze dne 27. 8. 2021, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 11. 6. 2020 na návrh navrhovatele ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

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

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

10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012594, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 26. 2. 2020 a 3. 4. 2020,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0235/2020/VZ, č. j. ÚOHS-29085/2021/500/Alv ze dne 27. 8. 2021

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 ve správním řízení zastoupený JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „**zadavatel**“), zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹ dne 7. 1. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřené zadávací řízení za účelem zadání sektorové veřejné zakázky »Komplexní geotechnický monitoring a pasportizace pro stavbu: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ « v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 1. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000627, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 24. 2. 2020 a 3. 4. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012594, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 2. 2020, 26. 2. 2020 a 3. 4. 2020« (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmětem plnění veřejné zakázky mají být práce a činnosti spojené s provedením geotechnického monitoringu raženého díla při realizaci stavby: „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ (dále jen „**stavba metra**“) a dále pak pasportizace stavu budov, sítí a objektů se stavbou metra souvisejících.

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

3. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jako „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle zákona k doзору nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté zákona, obdržel dne 11. 6. 2021 návrh navrhovatele INFRAPROJEKT s.r.o., IČO 04476476, se sídlem Nezamyslova 2801/26, 615 00 Brno ve správním řízení zastoupeného Mgr. Tadeuszem Zientkem, advokátem, ev. č. ČAK 11385, Zientek & Olivík, advokátní kancelář, se sídlem Stodolní 1785/31, 702 00 Ostrava (dále jen „**navrhovatel**“) – z téhož dne na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Dnem doručení návrhu Úřadu došlo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) k zahájení správního řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedeného pod sp. zn. ÚOHS-S0235/2020/VZ.
4. V návrhu napadal navrhovatel nesprávné stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky, nezákonný požadavek na ekonomickou kvalifikaci, nezákonnost požadavků na technickou kvalifikaci – požadavek na realizaci referenčních služeb v intravilánu obce, požadavek na technické vybavení a požadavek na kvalifikaci osob, nepřiměřenost poddodavatelského omezení, nezákonnost požadavku na výkon soudně znalecké činnosti a požadavku na použití snímků z družice TerraSAR-X, netransparentnost uveřejnění projektové dokumentace, postup zadavatele při změně zadávacích podmínek a neúplnost soupisu prací.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 27. 8. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0235/2020/VZ, č. j. ÚOHS-29085/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), jehož výrokem I zastavil správní řízení v části, v níž návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky dle § 257 písm. h) zákona. Výrokem II Úřad návrh navrhovatele zamítl dle § 265 písm. a) zákona, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
6. Výrok I napadeného rozhodnutí odůvodnil Úřad tím, že část návrhu se týkala neprodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace, která prodloužení lhůty pro podání nabídek vyžadovala. Navrhovatel nedodržel lhůtu dle ustanovení § 242 odst. 2 zákona, která v tomto případě činí 15 dnů.
7. Odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí je stručně shrnováno u jednotlivých okruhů rozkladových námitek, kam na ně odkazují.

III. Rozklad navrhovatele

8. Dne 14. 9. 2021 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí blanketní rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 30. 8. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
9. Podáním ze dne 29. 9. 2021 navrhovatel rozklad řádně odůvodnil.

Námítky rozkladu

10. Navrhovatel považuje napadené rozhodnutí za nesprávné a nezákonné. Ve svém rozkladu vymezil a odůvodnil šest okruhů rozkladových námitek, které vznášá proti napadenému rozhodnutí.

11. Navrhovatel je nadále přesvědčen, že je nezákonný požadavek na ekonomickou kvalifikaci, zadavatel i Úřad nesprávně vykládají pojem intravilán, zadavatel nezákonně požaduje, aby geodetická měření byla prováděna pouze dodavatelem, nikoliv poddodavatelem. Navrhovatel rovněž nadále sporuje přímý odkaz zadávací dokumentace na systém TerraSAR-X a namítá neúplnost soupisu prací uvedený v zadávací dokumentaci.
12. Rozkladem je napaden i výrok I napadeného rozhodnutí s tím, že konec lhůty pro podání námitek proti neprodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 99 odst. 2 zákona byl nesprávně vyhodnocen, neboť nejde o úkon zadavatele, ale o zadávací podmínku. Stran podrobné rekapitulace jednotlivých rozkladových okruhů odkazují níže na odůvodnění tohoto rozhodnutí.

Závěr rozkladu

13. Navrhovatel se rozkladem domáhá, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

14. Zadavatel se k rozkladu navrhovatele vyjádřil přípisem ze dne 14. 10. 2021, v němž uvedl své přesvědčení o správnosti napadeného rozhodnutí, a to s argumentací k jednotlivým částem rozkladu. Závěrem svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl a napadené rozhodnutí potvrdil.

IV. Řízení o rozkladu

15. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis spolu se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

16. Po projednání věci rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech, byl podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumán soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které předcházelo jeho vydání, s právními předpisy, jakož i jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu, a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise byl přijat následující závěr.
17. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je shora uvedeno, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které bylo napadené rozhodnutí potvrzeno a podaný rozklad zamítnut.

V. K námitkám rozkladu

18. Na úvod této části rozhodnutí o rozkladu předseda Úřadu uvádí, že se ztotožňuje s odůvodněním napadeného rozhodnutí a v nezbytných podrobnostech na něj odkazuje.

K výroku I rozhodnutí

19. *Úřad výrokem I napadeného rozhodnutí zastavil řízení dle § 257 písm. h) zákona v části návrhu týkající se neprodloužení lhůty pro podání nabídek. Zadavatel neprodloužil lhůtu pro podání*

nabídek v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020, které bylo téhož dne uveřejněno na profilu zadavatele. Úřad vyslovil, že lhůta pro podání námitek proti tomuto postupu zadavatele činila 15 dnů dle § 242 odst. 2 zákona a marně uplynula 4. 5. 2020, zatímco námitky proti neprodloužení lhůty navrhovatel podal až 15. 5. 2020.

20. *Navrhovatel proti tomuto výroku napadeného rozhodnutí namítá, že vysvětlení zadávací dokumentace, stejně jako lhůta pro podání nabídek jsou zadávacími podmínkami, které jsou součástí zadávací dokumentace. Námitka navrhovatele tak nesměřuje proti úkonu, ale v důsledku proti samotné původní lhůtě, tedy zadávací podmínce, která se v souvislosti se změnou zadávacích podmínek dostala do rozporu s § 36 odst. 5 zákona. Lhůta pro podání námitek tak plynula dle § 242 odst. 4 zákona a končila až s koncem lhůty pro podání nabídek.*
21. *Zadavatel ve vyjádření k rozkladu zastává stanovisko, že vysvětlení zadávací dokumentace je úkon ve smyslu § 242 odst. 2 zákona a ve vztahu k němu tak nutně plyne i tam stanovená lhůta. Dle zadavatele není vysvětlení zadávací dokumentace zadávací podmínkou.*
22. *Ve věci není sporu o tom, že zadavatel vysvětlením zadávací dokumentace č. 6 ze dne 16. 4. 2020 provedl úpravu zadávací dokumentace, kterou do bodu 5.7.3. zadávacích podmínek přidal požadavek na to, aby kvalifikace certifikáty ISO vztahující se k vyhrazené činnosti nemohla být prokázána poddodavateli.*
23. *Navrhovatel v podaném návrhu kvalifikoval tuto úpravu zadávací dokumentace jako úpravu, která mohla mít vliv na okruh uchazečů a v jejímž důsledku měl zadavatel adekvátně prodloužit lhůtu dle § 99 odst. 2 zákona.*
24. *Při posouzení důvodnosti této námitek je nutno mít na paměti, že zákon v § 241 i § 242 rozlišuje mezi námitkami proti úkonům zadavatele, tedy proti jeho postupu v zadávacím řízení, od námitek proti zadávacím podmínkám.*
25. *Zákon nicméně neobsahuje žádný souhrnný výčet úkonů zadavatele. Z § 241 odst. 2 se podává, že námitky lze podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek. Z ustanovení § 242 odst. 2 zákona vyplývá, že námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení. Oproti tomu v ustanovení § 242 odst. 4 zákona je specificky řešena lhůta pro podání nabídek proti zadávací dokumentaci.*
26. *Zadavateli je v posuzované věci vytýkáno, že zveřejnil vysvětlení zadávací dokumentace, avšak porušil § 99 odst. 2 zákona tím, že neprodloužil přiměřeně lhůtu pro podání nabídek.*
27. *To, čeho se zadavatel dle navrhovatele dopustil, je porušení zákona v podobě neprodloužení lhůty či jejího nedostatečného prodloužení. 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.*
28. *Námitky proti porušení § 99 odst. 2 nejsou a z povahy věci nemohou být námitkami proti zadávací dokumentaci, resp. proti zadávacím podmínkám. Navrhovatel totiž v námitkách ani v návrhu nenapadá délku lhůty pro podání nabídek (tedy zadávací podmínku), netvrdí její nedostatečnost. Navrhovatel zpochybňuje konkrétní postup zadavatele, který nastal v konkrétní situaci.*

29. Obecně tím, že zadavatel neprodlouží lhůtu pro podání nabídek v souvislosti s konkrétní změnou zadávací dokumentace, zadavatel do zadávací dokumentace nezasahuje, pouze nečiní, co „současně“ se změnou zadávací dokumentace dle § 99 odst. 2 zákona za určitých okolností činit má, čímž porušuje svou povinnost postupovat řádně v zadávacím řízení. Proti nezákonnému postupu zadavatele v zadávacím řízení je třeba se bránit námitkami ve lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona. Tento právní názor nepředstavuje novinku v rozhodovací praxi, odkázat lze na řadu rozhodnutí, která jsou již uvedena v napadeném rozhodnutí, viz body 169 a 170.
30. Navrhovatel nenapadá věcnou podstatu změny zadávací dokumentace, na kterou by se lhůta dle § 242 odst. 4 zákona vztahovala, neboť by se jednalo o námitku jdoucí do zadávacích podmínek.
31. Navrhovatel v rozkladu namítá, že vysvětlení zadávací dokumentace stejně jako lhůta pro podání nabídek jsou zadávacími podmínkami. S tímto tvrzením nelze nesouhlasit. Námitky navrhovatele však směřují proti úkonu, který zadavatel dle jeho názoru udělat měl, a neudělal – zadavatel lhůtu pro podání nabídek neprodloužil. Námitky navrhovatele nesměřují ani proti samotné původní lhůtě pro podání nabídek, která by se v důsledku postupu zadavatele dostala do rozporu s § 36 odst. 5 zákona – nic takového z námitek ani návrhu neplyne, taková námitka zaznívá poprvé až v rozkladu proti napadenému rozhodnutí.
32. Ze všech shora uvedených důvodů proto uzavírám, že pokud zadavatel nepostupuje podle § 99 odst. 2 zákona a neprodlouží lhůtu pro podání nabídek v případě, kdy tak učinit má, je třeba se proti takovému postupu bránit v patnáctidenní lhůtě dle § 242 odst. 2 zákona, což však navrhovatel v posuzované věci neučinil.
33. Zcela na okraj a nad rámec posouzení důvodů, pro které nebylo možné námitku navrhovatele věcně projednat, podotýkám, že změna, kterou v zadávací dokumentaci učinil zadavatel, odpovídala záměru zadávací dokumentace, a sice aby vyhrazené činnosti nebylo možno řešit subdodavately. Pokud tedy zadavatel v tomto smyslu doplnil i požadavek na kvalifikaci (v zadávací dokumentaci shodně řešený již v bodu 5.6.3), mohla se taková změna jen stěží dotknout okruhu dodavatelů.

K požadavku na ekonomickou kvalifikaci dodavatele

34. *Napadené rozhodnutí se na základě návrhové námítky navrhovatele zabývalo otázkou, zda je přiměřené, aby zadavatel stanovil ekonomické kritérium kvalifikace (bod 5.5 zadávací dokumentace) v podobě minimálního ročního obrátu ve výši 300 mil. Kč. Úřad dospěl k závěru, že je nutno vyjít z předpokládané hodnoty veřejné zakázky, která činí 890 mil. Kč. Požadavek na vyšší ročního obrátu ve zhruba třetině předpokládané hodnoty veřejné zakázky je dle Úřadu přiměřený a je v souladu s limitem stanoveným v § 78 odst. 2 zákona. Přepočet předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jednotlivé roky plnění se dle Úřadu neuplatní, neboť jsou naplněny podmínky výjimky ustanovení § 78 odst. 3 zákona spočívající v možnosti stanovit požadavek na roční obrát v hodnotě vyšší než dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky, což je dle Úřadu výjimka pro situace, kdy existuje hrozba značných škod v případě nesplnění veřejné zakázky.*
35. *Námitky navrhovatele vůči této otázce lze shrnout následovně. Navrhovatel v rozkladu brojí především proti aplikaci výjimky dle § 78 odst. 3 zákona, neboť Úřad není oprávněn tuto výjimku aplikovat z vlastní iniciativy. Je to zadavatel, který musí být schopen svůj požadavek*

odůvodnit. Zadavatel však v zadávací dokumentaci, rozhodnutí o námitkách ani v průběhu zahájeného správního řízení aplikaci výjimky pro stanovení výše ročního obratu neuvádí. Úřad tak supljuje povinnosti zadavatele, což je dalece za hranou přiměřenosti. Je nutné, aby se Úřad zabýval přepočtením hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění zakázky. Vzhledem k plánované délce veřejné zakázky v trvání 9,5 roku by měl roční obrat činit maximálně 187 mil. Kč, zatímco zadavatel stanovil 300 mil. Kč ročně. Úřad navíc nepoměřoval zadavatelův požadavek dle § 73 odst. 6 zákona, tedy dle zásad přiměřenosti a zákazu diskriminace. Zadavatel svůj požadavek stanovil s vědomím, že jej bude schopen splnit jen jediný subjekt z pěti, se kterými byla veřejná zakázka konzultována.

36. *Zadavatel se ve vyjádření k rozkladu zabývá tím, že ačkoliv zákon v § 78 odst. 3 stanoví, že se § 78 odst. 2 zákona nepoužije v zadavatelem odůvodněných případech, není však stanoveno, že by měl zadavatel takové odůvodnění uvést již v zadávací dokumentaci. To plyne zejm. z § 217 odst. 2 písm. n) zákona, dle kterého písemná zpráva zadavatele obsahuje odůvodnění stanovení požadavku na prokázání obratu v případě postupu podle § 78 odst. 2, pokud ji zadavatel neuvedl v zadávací dokumentaci. Je tedy zřejmé že zadavatel v zadávací dokumentaci využití této výjimky odůvodnit nemusí, pokud tak učiní ve zprávě zadavatele. Ve fázi průběhu zadávacího řízení je tak požadavek zákona na odůvodnění výjimky toliko materiální, tj. důvody pro využití výjimky musí být fakticky dány. Ve věci nejsou dány důvody, aby byl požadavek na obrat poměřován s přepočtem plnění na rok plnění veřejné zakázky. Nabídku do zadávacího řízení podali tři dodavatelé, kteří podmínku obratu splňují.*
37. K tomuto rozkladovému okruhu v první řadě obecně předesílám, že účelem prokazování kvalifikace je snaha zajistit, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří jsou objektivně schopni konkrétní veřejnou zakázku řádně a včas splnit. Účelem prokazování ekonomických kvalifikačních předpokladů je potvrzení schopnosti dodavatele plnit své závazky. Je zřejmé, že realizaci veřejné zakázky může zajistit pouze způsobilý, tzn. kvalifikovaný dodavatel, který zadavateli prokáže svou ekonomickou stabilitu.
38. Z hlediska posouzení oprávněnosti stanovení minimálního obratu je rozhodná souvislost s předmětem veřejné zakázky, zejména s jeho charakterem, výší předpokládané hodnoty plnění a délkou závazku. Požadavkem na minimální obrat zadavatel vyjádří „velikost dodavatele“, který je podle jeho názoru schopen realizovat požadovanou dodávku, službu či stavební práce, avšak musí tak učinit s ohledem na rozsah činnosti stanovený předmětem veřejné zakázky. Zadavatelem zvolený požadavek na minimální obrat dodavatelů potom snižuje pravděpodobnost, že by k realizaci díla byl vybrán dodavatel, jehož finanční situace je do značné míry závislá na realizaci předmětné veřejné zakázky. Důraz kladený na stabilitu dodavatele realizujícího dlouhodobější kontrakt je odůvodněn rovněž způsobem hrazení ceny veřejné zakázky v takových vztazích, ta je totiž většinou hrazena prostřednictvím plateb, které jsou vázány např. na realizaci určité části veřejné zakázky.
39. Podle § 78 odst. 2 zákona podmínka minimální výše ročního obratu nesmí přesahovat dvojnásobek předpokládané hodnoty veřejné zakázky. V případě zadávacího řízení, v němž má být uzavřena rámcová dohoda s obnovením soutěže, nesmí tato podmínka přesáhnout dvojnásobek průměrné předpokládané hodnoty veřejných zakázek, které budou prováděny na základě rámcové dohody současně, nebo není-li známa, dvojnásobek předpokládané hodnoty rámcové dohody. V případě zadávacího řízení, v němž má být zaveden dynamický nákupní systém, nesmí tato podmínka přesahovat dvojnásobek maximální předpokládané

hodnoty jednotlivých veřejných zakázek, které mají být v dynamickém nákupním systému zadány.

40. Navrhovatel nicméně namítá – a to s odkazem na rozhodnutí Úřadu ze dne 26. 5. 2015, č. j. ÚOHS-S9/2015/VZ-12496/2015/532/KSt – že je nutno pro účely posouzení přiměřenosti obratu rozpočítat předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na 1 rok plnění a pracovat až s takto zjištěnou hodnotou. Úřad se nicméně takovýmto postupem nezabýval, neboť shledal, že veřejná zakázka splňuje podmínky výjimky ve smyslu § 78 odst. 3 zákona, neboť se jedná o poskytování služeb spojené se zvláštním rizikem vyplývajícím z povahy služby.
41. Zákon jednoznačně nevymezuje, zda se limitace dvojnásobkem předpokládané hodnoty vztahuje k roční předpokládané hodnotě. Ze samotného ustanovení § 78 odst. 2 zákona to nikterak nplyne. Toto tvrzení lze podpořit také níže citovanou komentářovou literaturou, která k § 78 odst. 2 zákona uvádí, že: *„Nová zákonná úprava dle komentovaného odstavce 2 tak zřejmě nereflektuje původní rozhodovací praxi ÚOHS platnou v této oblasti, která přijatelnost výše obratu posuzovala rovněž s ohledem na předpokládanou dobu poskytovaného plnění. Úprava uvedená v ZVZ přinejmenším výslovně nerozlišuje, zda bude poskytované plnění provedeno v rámci jednoho roku či zda bude veřejná zakázka prováděna například ve 2–3 letech a maximální možnou požadovanou výši obratu odvozuje pouze od výše předpokládané hodnoty. Jistotu v tomto výkladu však poskytne až rozhodovací praxe ÚOHS.“* (srov. DVOŘÁK, D., MACHUREK, T., NOVOTNÝ, P., ŠEBESTA, M. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2017, s. 482).
42. Ze systematiky zákona lze dovodit, že předpokládanou hodnotou se rozumí právě předpokládaná hodnota vypočítaná dle pravidel obsažených v § 16 a násl. zákona. Podle těchto pravidel se za dobu 1 roku, resp. 12 měsíců plnění, ačkoliv má být zakázka reálně plněna déle, vypočítává předpokládaná hodnota toliko v případě dle § 19 a případně i § 20 a 21 zákona, jde-li o smlouvu na dobu určitou v délce jednoho roku. Z toho plyne, že pouze v těchto případech lze pro účely § 78 odst. 2 zákona použít právě předpokládanou hodnotu vypočítanou toliko za 1 rok.
43. V posuzované věci, jak již bylo rekapitulováno v napadeném rozhodnutí, stanovil zadavatel předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 890 mil. Kč, přičemž požadoval, aby dodavatel prokázal, že v předchozích třech letech dosahoval ročního obratu přesahujícího 300 mil. Kč. Předpokládaná doba poskytování služeb činí 9,5 roku. Ze zadávací dokumentace (zejm. ze smlouvy o poskytování služeb a projektové dokumentace) pak vyplývá, že plnění veřejné zakázky má být poskytováno podle harmonogramu, v ucelených blocích závislých časově na plnění stavební zakázky na stavbu metra. Hlavními částmi plnění jsou dle bodu 3 zadávací dokumentace kromě geotechnického monitoringu a jeho vyhodnocování také tři pasportizace (výchozí, repasport v průběhu výstavby a konečný). Ačkoliv z článku 9 návrhu smlouvy o poskytování služeb vyplývá, že dodavatel své práce fakturuje měsíčně, zadavatel je hradí až poté, kdy je řádně splněna jednotlivá ucelená část služeb včetně předání k ní příslušející dokumentace (bod 9.7 návrhu smlouvy o poskytování služeb).
44. Plnění veřejné zakázky v posuzované věci je závislé na plnění veřejné zakázky na stavbu metra, rovněž úhrady za poskytnuté služby jsou vázány nikoliv na čas plnění, ale na dokončené poskytnuté služby. Mimoto služby, které mají být v rámci plnění veřejné zakázky poskytnuty, nejsou v čase rovnoměrně rozděleny, např. v prvním roce plnění jde zjednodušeně řečeno

toliko o zhotovení pasportu před výstavbou, naopak do dalších čtyř let je směřována podstatná část plnění veřejné zakázky, tedy intenzivní monitoring území, řešení problémů a vyhodnocování zjištění při ražbách a stavebních pracích na tělese metra, a naopak plnění závěrečných dvou let spočívá v monitoringu účinků již hotové stavby. Jinými slovy není možné mechanicky přepočítat předpokládanou hodnotu veřejné zakázky na roky plnění, neboť nejde o plnění, které by se svým charakterem a objemem každoročně opakovalo.

45. I s ohledem na výše uvedené je třeba výklad zákona, který předestírá navrhovatel, považovat za výklad, který v textu zákona nemá oporu a jde nad jeho rámec. Je třeba upozornit, že dotváření práva (zde v podobě restriktivního výkladu zákona) ze strany aplikační praxe má limit ve smyslu a účelu právního předpisu. Za jistých okolností je sice restriktivní výklad právního předpisu přípustný, to však zejména tehdy, pokud by jinak nemohlo být dosaženo smyslu a účelu právního předpisu.
46. Účelem § 78 odst. 2 zákona je stanovit maximální limit minimálního ročního obratu, který mohou zadavatelé v rámci kritéria ekonomické kvalifikace požadovat. Otázku, od čeho se takový limit odvíjí, zákonodárce vyřešil, a to tak, že se odvíjí od předpokládané hodnoty veřejné zakázky. Pokud není podle pravidel § 16 a násl. zákona předpokládaná hodnota koncipována jako hodnota za jeden rok plnění (viz právě např. § 19 zákona), pak se z jejího přepočtu na takové období nevychází.
47. Jak již konstatoval předseda Úřadu v rozhodnutí ze dne 9. 9. 2021, sp. zn. ÚOHS-R0104/2021/VZ, č. j. ÚOHS-13968/2021/162/DJa takovýto výklad § 78 odst. 2 zákona, tedy výklad, který neoperuje s přepočtem předpokládané hodnoty veřejné zakázky na dobu jednoho roku, „*nezasahuje neúnosně hodnoty chráněné zákonem (přiměřenost požadavků zadavatele vůči dodavatelům, rovné zacházení s dodavateli), byť je třeba vůči dodavatelům přísnější než výklad, který Úřad předestřel. Stále totiž zachovává vazbu kvalifikačního kritéria na předmět veřejné zakázky, neboť respektuje, že limit ročního obratu musí být navázán na předpokládanou hodnotu veřejné zakázky. Problematickým se může jevit maximálně to, že u veřejných zakázek plněných po dobu delší než jeden rok dochází k určitému rozprostrnění hodnoty plnění na celé toto období, pročez by se mohlo zdát nedůvodné po dodavateli požadovat prokázání ročního obratu ve výši dvojnásobku předpokládané hodnoty za celé stanovené období, ačkoliv je pravděpodobné, že dotčená zakázka za rok v rozsahu celé předpokládané hodnoty splněna nebude právě proto, že se předpokládá plnění delší. Intenzita takového problému však silně závisí na okolnostech konkrétního případu (výši požadovaného minimálního obratu, době plnění zakázky a rozložení plnění v rámci této doby) a rozhodně nelze bez dalšího tvrdit, že by řešení, které plyne z textu zákona, tj. že u stavebních zakázek na dobu delší než jeden rok se předpokládaná hodnota pro účely § 78 odst. 2 zákona nepřepočítává, snad bylo samo o sobě nepřiměřeným či diskriminačním. Řešení přijaté zákonodárcem i z pohledu smyslu a účelu zákona ob stojí a Úřadu nepřísluší jej za takové situace přetvářet.*“
48. Z výše uvedeného je patrné, že s ohledem na charakter veřejné zakázky není vhodné aplikovat postup spočívající v přepočtu předpokládané hodnoty veřejné zakázky na jeden rok plnění veřejné zakázky. Je třeba vycházet z předpokládané hodnoty jako celku, nastavený limit minimálního ročního obratu je tak plně v souladu s § 78 odst. 2 zákona. Lze rovněž konstatovat, že stanovený požadavek na minimální roční obrat není v rozporu ani s § 73 odst. 6 zákona, neboť je přiměřený složitosti a rozsahu posuzované veřejné zakázky.

49. Úřad se otázkou, zda má být předpokládána hodnota pro účely aplikace § 78 odst. 2 zákona přepočítána na roky plnění, nezabýval, neboť shledal, že jsou dány podmínky pro využití výjimky dané ustanovením § 78 odst. 3 zákona. Podle něho se pravidlo odst. 2 nepoužije v zadavatelem odůvodněných případech, kterými jsou zejména zvláštní rizika vyplývající z povahy dodávek, služeb nebo stavebních prací. Navrhovatel v rozkladu nezpochybňuje existenci zvláštních rizik vyplývajících z povahy poskytovaných služeb, ale brojí proti tomu, že Úřad s touto argumentací přichází namísto zadavatele, ačkoliv využití výjimky je možné *v zadavatelem odůvodněných případech*.
50. Co se týká materiálního naplnění možnosti využití výjimky, ztotožňuji se s argumentací Úřadu, který se zvláštními riziky vyplývajícími z povahy požadovaných služeb v napadeném rozhodnutí zabývá. Argumentace zadavatele o významu a rizikovosti zakázky se v jeho vyjádřeních v různých souvislostech objevuje. Co se týká námitky nedostatku formy, tedy toho, že zadavatel využití výjimky neodůvodnil, domnívám se, že postačuje, jsou-li v okamžiku stanovení požadavku na roční obrát naplněny materiální znaky výjimky (zvláštní rizika vyplývající z povahy dodávek, služeb nebo stavebních prací, která zadavatel i tvrdí, zejm. vyjadřuje-li se k tomu, proč je nutné, aby významné činnosti plnil přímo dodavatel, nikoli poddodavatel), zatímco u formálních znaků výjimky (výslovné odůvodnění zadavatele) postačí, jsou-li uvedeny až v závěrečné zprávě, jak ostatně vyplývá z ustanovení § 217 odst. 2 písm. n) zákona.
51. Zákon zadavateli nestanoví žádnou dřívější povinnost, aby využití této výjimky odůvodnil. Zadavatelova argumentace složitostí, rizikovostí a specifickým charakterem služeb se v jeho vyjádřeních vyskytuje a opakuje, ve vyjádření k rozkladu se zadavatel vyjadřuje již specificky k výjimce § 78 odst. 3 zákona. Zpráva zadavatele dle § 217 zákona nebyla v zadávacím řízení dosud zpracována. Za těchto okolností shledávám, že podmínky pro využití výjimky dle § 78 odst. 3 zákona jsou v posuzované věci naplněny. Dodávám, že i bez použití výjimky by podmínka obstála, jak je již shora konstatováno.

K požadavku na referenční zakázku v intravilánu obce

52. *Napadené rozhodnutí se na základě návrhové námítky zabývá požadavkem zadavatele (bod 5.6.1 zadávací dokumentace) na to, aby dodavatel předložil seznam významných služeb, ze kterého musí vyplývat, že v posledních 10 letech realizoval alespoň 2 významné služby spočívající v geotechnickém monitoringu při realizaci podzemních staveb v intravilánu obce. Úřad shledal, že pojem intravilán dle stavebního zákona označuje souhrnně zastavěné území obce stanovené územním plánem, popř. i zastavěné území obce vymezené k 1. 9. 1966. Kromě toho se jedná o pojem běžně používaný a obecně známý, tedy nemůže vzniknout pochybnost o jeho významu. Oproti extravilánu pak v intravilánu existují významné rozdíly v provádění geotechnického monitoringu. Proto je důvodný požadavek zadavatele, aby byly referenční stavby realizovány v intravilánu.*
53. *Navrhovatel v rozkladu nesouhlasí s výkladem pojmem intravilán, neboť legislativní definice intravilánu dle stavebního zákona znamená pouze zastavěnou část obce vymezenou k 1. 9. 1966 a vyznačenou v mapách evidence nemovitostí. Pojem intravilán tak byl Úřadem vyložen nesprávně a pochybnosti navrhovatele byly oprávněné. Návazně na to jsou nesprávné závěry Úřadu ohledně toho, jak chápe pojem intravilán zadavatel (bod 223 a 224 napadeného rozhodnutí). Navrhovatel namítá, že Úřad dokázal identifikovat a částečně definovat*

materiální podstatu požadavku na zkušenost s realizací stavby pod zástavbou, nicméně nechápe, že tento účel nelze naplnit skrze ryze formální vymezení v podobě intravilánu či zastavěného území ve smyslu stavebního zákona. I pokud by však zadavatel svůj požadavek definoval jednoznačně, není správný závěr, že zkušenost s realizací geomonitoringu na podzemní stavbě pod zástavbou a mimo zástavbu je natolik odlišná, že by odůvodňovala takto zásadní omezení hospodářské soutěže vylučující celou řadu dodavatelů. Z vyjádření České geologické služby dle navrhovatele vyplývá, že „realizace v zástavbě se odlišuje od realizace mimo zástavbu, nicméně vše je v rovině vyšších nároků na četnost měření a dalších parametrů, které vyplývají z aplikovatelných právních či technických norem.“ Technologické postupy a z toho vyplývající zkušenosti dodavatelů jsou totožné.

54. *Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu uvádí, že argument stavebním zákonem používá napadené rozhodnutí pouze podpůrně. Stěžejní je – jak napadené rozhodnutí konstatuje – že tento pojem je běžně používaný a obecně známý a jeho význam se neliší napříč různými slovníky. Zadavatel jej ostatně ve vysvětlení zadávací dokumentace vysvětlil a ve světle vysvětlení je nutno pojem vykládat. Argumentace navrhovatele směřuje k tomu, že by zadavatel nemohl použít jakýkoliv neurčitý pojem, neboť by jej již nemohl vysvětlit. Geomonitoring v intravilánu a extravilánu vykazuje takové rozdíly v náročnosti, že zadavatel nutně požaduje prokázání toho, že je dodavatel schopen takový monitoring v takovém rozsahu realizovat, nepostačuje pouze zkušenost s určitými postupy. Jinak jsou navrhovatelovy námitky ohledně provádění geomonitoringu v intravilánu obecné a nelze na ně konkrétně reagovat.*
55. Rozkladové námitky tohoto okruhu se rozpadají do dvou navazujících témat. Prvním je, zda byla zadávací podmínka, v níž zadavatel vyžaduje provedení referenčních zakázek v intravilánu, vymezena pojmem intravilán dostatečně určitě. Na ni navazuje otázka, zda jsou mezi monitoringem zastavěného a nezastavěného území takové rozdíly, že odůvodňují, aby byly reference požadovány specificky ze zastavěného území.
56. Co se týká pojmu intravilán, Úřad v napadeném rozhodnutí konstatuje, že z § 2 odst. 1 písm. d) zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon (dále též „**stavební zákon**“) vyplývá, že intravilán je zastavěným územím, tedy územím vymezeným územním plánem nebo postupem podle stavebního zákona; nemá-li obec takto vymezené zastavěné území, je zastavěným územím zastavěná část obce vymezená k 1. září 1966 a vyznačená v mapách evidence nemovitostí.
57. Toto chápání pojmu intravilán ve smyslu stavebního zákona není korektní. Intravilán je dle stavebního zákona pouze zastavěná část obce vymezená k 1. září 1966 a vyznačená v mapách evidence nemovitostí (tedy v definici zastavěného území je definice intravilánu uvedena až za středníkem, intravilán není legislativní zkratkou pro celý pojem zastavěného území). To je patrné i z dalších ustanovení stavebního zákona, popř. ze stavebního zákona č. 283/2021 Sb., kde je pojetí intravilánu zachováno. Nemá-li obec zastavěné území vymezeno územním plánem nebo postupem podle stavebního zákona, je jejím zastavěným územím intravilán², tedy zastavěná část obce vymezená k 1. 9. 1966, která je takto zanesena do map evidence nemovitostí. Intravilán je tak pojem důležitý pro obce, které nemají zastavěné území vymezeno územním plánem či postupem dle stavebního zákona. Stavební zákon s pojmem

² Viz např. metodické doporučení odboru územního plánování Ministerstva pro místní rozvoj, které se hranicemi intravilánu a jejich využitím v územním plánování zabývá <http://www.mmr.cz/getmedia/44586efc-be68-4fc7-af22-7586cd74be1e/Metodicke-doporuceni>

intravilán pracuje jako se základem vymezení zastavěného území – dle § 58 stavebního zákona se do zastavěného území zahrnou pozemky v intravilánu (s výjimkou zemědělských pozemků, které se vyjmají) a další stavební a zastavěné pozemky, viz § 58 odst. 2 písm. a) – e) stavebního zákona. Komentářová literatura³ k tomuto ustanovení uvádí, že „*definicí intravilánu není nutné se v činnosti orgánů územního plánování zabývat, neboť hranice intravilánu se přebírá z mapového podkladu, do kterého byla v minulosti zakreslena.*“ I tato skutečnost dokresluje, že z hlediska stavebního zákona je intravilán v minulosti jednoznačně určené území, které se nyní již nepředefinováá.

58. Je tedy nutno přisvědčit navrhovateli, že tam, kde napadené rozhodnutí hovoří o intravilánu dle stavebního zákona, zaměňuje tento pojem se zastavěným územím, což je však pojem zpravidla širší.
59. To však nic nemění na tom, že napadené rozhodnutí dále pokračuje zcela správnými úvahami o smyslu a významu užití pojmu intravilán v zadávací dokumentaci. Je těžko akceptovatelné, že by zadavatel chápal a použil pojem intravilán ve smyslu stavebního zákona, neboť takové vymezení reference by směřovalo jen k územím, která byla za zastavěná považována před více než padesáti lety, a v obcích se zpracovaným územním plánem se již intravilán se skutečným rozsahem zastavěného území může *de iure* i *de facto* značně rozcházet.
60. Při výkladu pojmu intravilán, jak byl užit v zadávací dokumentaci, nelze přehlédnout, že zadavatel tento pojem vysvětlil ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4, odpověď na dotaz 3. Svým vysvětlením zadavatel tomuto pojmu zachoval pro účely zadávacího řízení jeho nejširší význam, tedy zastavěné území obce (viz citace dotazu i vysvětlení v bodech 219 a 220 napadeného rozhodnutí).
61. Pojem intravilán je jako zastavěné území obce chápán nejen v obecném jazyce a ve slovnících, na které odkazuje ve svém vyjádření k rozkladu zadavatel, ale lze odkázat i na online encyklopedii <https://cs.wikipedia.org/wiki/Intravil%C3%A1n>, která rovněž chápe intravilán jako převážně zastavěné území obcí.
62. Je zřejmé, že smyslem reference bylo získat dodavatele, který má zkušenosti a kapacity na realizaci objemné zakázky realizované v zastavěném území, neboť i posuzovaná veřejná zakázka bude realizována v území, které je pokryto hustou zástavbou.
63. Navrhovatel v rozkladu jmenuje různá sporná území, u nichž by mohly ohledně místa realizace vzniknout pochybnosti. K tomu podotýkám, že pokud by se při posuzování konkrétní reference vyskytly pochybnosti o tom, jestli taková reference požadavek na realizaci v intravilánu splňuje, či nikoliv, bylo by nutno pojem intravilán vykládat široce a v neprospěch zadavatele. Vztah mezi zadavatelem a dodavatelem je vztahem soukromoprávním (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 24. dubna 2013, č. j. 1 Afs 2/2013–46, nebo rozsudek téhož soudu ze dne 21. 3. 2018, č. j. 1 As 403/2017-50). Je pravdou, že zákon do předkontrakční fáze daného vztahu vnáší rigidní a formalizovanou úpravu daného procesu, to nicméně neznamená, že by nedocházelo k jistým přesahům soukromoprávních institutů i do zadávacího řízení. Jedním z těchto přesahů jsou i otázky interpretace pojmů, které jsou uvedeny v zadávací

³ Průcha, Petr. Stavební zákon: praktický komentář: podle stavu k 1. lednu 2017 / Petr Průcha, Jana Gregorová a kolektiv autorů ve složení: Ján Bahýľ, Eva Hamrlová, Stanislava Neubauerová, Pavel Půček, Martin Studnička, Jana Vašíková, Jitka Večeřová. Vydání první. Praha: Leges, 2017. 876 stran.

dokumentaci [srov. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 3. 9. 2018, č. j. ÚOHS-R0111/2018/VZ-25541/2018/321/Edo/ZSř nebo rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2010, č. j. 8 Afs 12/2010-268 v návaznosti na § 558 odst. 1 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**občanský zákoník**“)].

64. Dle § 557 občanského zákoníku se pojem – pokud umožňuje různý výklad – vyloží v neprospěch toho, kdo jej použil jako první (zde zadavatele). Smyslem, proč zadavatelé obecně stanovují podmínky technické kvalifikace, je, aby došlo k selekci dodavatelů a zadávacího řízení se nadále účastnili pouze ti, kteří jsou – alespoň dle přesvědčení zadavatele – schopni veřejnou zakázku realizovat. K tíži zadavatele by pak vedl výklad podmínek technické kvalifikace (včetně požadavku na předložení referenčních zakázek), který by vedl k co možná nejmenšímu omezení hospodářské soutěže. K závěru, že pojmy, které umožňují různý výklad, by se měly vykládat způsobem, který vede k co nejmenšímu omezení hospodářské soutěže, dospěl i Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 9. 6. 2014, č. j. 8 Afs 44/2013-29.
65. Shrnuji, že pojem intravilán použitý v zadávací dokumentaci je tedy nutno chápat v nejširším pojetí, tedy jako zastavěné území obce, což koresponduje s vysvětlením zadavatele.
66. Druhou otázkou v tomto rozkladovém okruhu je důvodnost požadavku zadavatele na referenci realizovanou v intravilánu pro jeho specifické vlastnosti. Navrhovatel v rozkladu zpochybňuje závěry Úřadu o tom, že mezi geomonitoringem v intravilánu a extravilánu jsou takové rozdíly, že odůvodňují zadavatelův požadavek na referenční zakázku realizovanou v intravilánu (námitka v bodu 18 rozkladu).
67. Ani tuto námitku jsem neshledal důvodnou. Úřad se v řízení před vydáním napadeného rozhodnutí dotázal České geologické služby na odlišnosti těchto „typů“ monitoringu, k čemuž bylo sděleno, že ačkoliv existuje soubor měřených veličin, které se získávají stejnými postupy, jejich nastavení, komplexnost, propojení, četnost měření, rozsah měřicích bodů a umístění ve vztahu stavby a okolí a především způsob hodnocení výsledků měření je specifický. V intravilánu bývá geotechnický monitoring komplexnější a rozsáhlejší a musí obsáhnout širší škálu potenciálních geotechnických aspektů. K tomu jsou na straně dodavatele nutné specifické znalosti. Česká geologická služba mimo jiné uvádí: *„Právě při geotechnickém monitoringu v intravilánu jsou důležité dlouhodobé a specifické znalosti a zkušenosti zhotovitele s deformačním chováním objektů nad tunely a s posuzováním kritických mezí, kdy je interakce tunelového díla s horninovým masivem pro stavby v jeho okolí ještě únosná.“*⁴ Sdělení České geologické služby je nejen obsáhlé, ale především nedává prostor pro pochybnosti o tom, že mezi geomonitoringem v intravilánu a extravilánu jsou podstatné rozdíly a že je tato činnost v intravilánu z řady důvodů výrazně náročnější na kvalifikaci a zkušenosti dodavatele.
68. V této souvislosti konstatuji, že navrhovatel vůči závěrům napadeného rozhodnutí brojí jen obecnou tezí, že technologické postupy jsou v obou případech totožné, pouze v intravilánu jsou větší nároky na četnost měření a další parametry. K tomu však bylo zjištěno, že ačkoliv se základní měřené veličiny shodují, v intravilánu je využíváno více jednotlivých metod monitoringu, je měřeno větší množství dat, ty jsou náročnější na zpracování, hodnocení a uložení. V intravilánu je nutno obsáhnout podstatně širší škálu potenciálních aspektů a je

⁴ Podstatnou část rozsáhlé odpovědi České geologické služby cituje napadené rozhodnutí v bodu 221, na něž v podrobnostech odkazují.

nutno zahrnout i infrastrukturu, k čemuž jsou třeba nejen znalosti, zkušenosti, ale i specifické vybavení. Nepostačuje sledovat jen výstavbu, ale i nadzemní zástavbu, což je oproti extravilánu výrazná odlišnost.

69. Závěrem tedy k tomuto rozkladovému okruhu uzavírám, že požadavek zadavatele na referenční zakázku realizovanou v intravilánu je důvodný a vychází ze specifík posuzované veřejné zakázky.

K vyloučení provádění plnění prostřednictvím poddodavatelů

70. *Napadené rozhodnutí se zabývá požadavkem zadavatele v bodu 5.7.3 zadávací dokumentace, v němž zadavatel stanovil, že si dle § 105 odst. 2 zákona vyhraduje požadavek, že níže uvedené významné činnosti při plnění veřejné zakázky (zde geodetické měření včetně konvergenčního měření) musí být plněny přímo vybraným dodavatelem vlastními prostředky (resp. všemi či některými z dodavatelů, kteří případně podali nabídku v rámci společné účasti). Úřad shledal, že zadavatel je oprávněn omezit plnění veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele ve vztahu k významným činnostem. Ty nejsou nijak definovány, naopak jejich definici stanovuje zadavatel. To zadavatel v posuzované věci jasně učinil a odůvodnil. Zadavatel tak postupoval zcela v souladu se zákonem.*
71. *Navrhovatel napadl i tuto část rozhodnutí rozkladem, přičemž Úřadu vytýká především, že nikdy netvrdil, že měření není podstatou veřejné zakázky. Jde však o mechanické činnosti, které jsou výlučně v režii přístrojů, přičemž přesnost naměřených hodnot je ovlivněna lidským faktorem, pouze co se týká běžné a rutinní manipulace s přístroji. Za významnou část veřejné zakázky lze naopak považovat vyhodnocování a zpracování získaných dat, kde může mít pochybení vážné důsledky. Za významnou část veřejné zakázky tak nelze považovat měření, nýbrž výhradně vyhodnocování dat a specializované následné činnosti. Měření může naopak realizovat jakýkoli poddodavatel působící v oboru.*
72. *Zadavatel ve svém vyjádření k rozkladu uvádí, že měření je pro plnění veřejné zakázky a pro samotnou stavbu zásadní, neboť je nezbytné, aby bylo provedeno správně na první pokus. Analýzu dat je možné opakovat bez omezení, u měření k určitému okamžiku možné není. Právě míra vzniku rizika chyby měření a možnost katastrofických dopadů nesprávného měření je na rozdíl od tvrzení navrhovatele nezbytná. Bez odborných znalostí a zkušeností obsluhy není možné přesných výsledků dosáhnout a narůstá míra rizika. Významnou činnost nestanoví zadavatel s ohledem na náročnost, ale na význam v kontextu předmětu veřejné zakázky.*
73. Ani v případě tohoto okruhu rozkladových námitek jsem je neshledal důvodnými. Podstatou posouzení správnosti postupu zadavatele je odpověď na otázku, do jaké míry je zadavatel oprávněn stanovit významné činnosti, které je vybraný dodavatel povinen realizovat sám, tedy nikoliv poddodavately.
74. Zákon v ustanovení § 150 odst. 2 stanoví, že v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž, mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.
75. Výhrada plnění služby pouze vybraným dodavatelem je bez zákonného omezení, je-li respektováno, že se musí jednat o významnou činnost při plnění veřejné zakázky. Je to zadavatel, kdo v zadávací dokumentaci významné činnosti věcně určuje.

76. Aplikováno na posuzovanou věc je tedy nutno konstatovat, že zadavatel geodetické měření včetně konvergenčního stanovil v zadávací dokumentaci jako činnosti významné, viz bod 5.7.3 zadávací dokumentace. Tato výhrada je ze strany zadavatele odůvodňována v zadávací dokumentaci tím, že „*tato vyhrazená část plnění představuje práce, které mají zásadní vliv pro plnění veřejné zakázky jako celku. Současně se jedná o práce, jejichž provedení je technologicky velmi náročné a které mohou zásadně ovlivnit celou Stavbu. Kvalita provedení těchto prací bude mít významný vliv na vnímání kvality celého díla veřejnosti. Zadavatel má z těchto důvodů zvýšený zájem na řádném a včasném plnění těchto částí předmětu veřejné zakázky. Z tohoto důvodu považuje zadavatel za nezbytné, aby byly tyto práce prováděny přímo vybraným dodavatelem odpovědným za realizaci předmětu plnění.*“
77. Zadavatel tedy významné činnosti v zadávací dokumentaci určil. Jedná se o činnosti významné pro předmět veřejné zakázky, jde o činnosti podstatné a typické. Důvodnost vymezení geodetického měření jako významné činnosti je dána tím, že se jedná o stěžejní a v řadě situací neopakovatelnou a nereparovatelnou část plnění veřejné zakázky.
78. V této souvislosti nelze akceptovat polemiku navrhovatele o tom, že se v případě geodetického měření nejedná o činnost odborně nejnáročnější, ačkoliv jen odborně nejnáročnější činnost je zadavatel dle navrhovatele oprávněn vymezen jako významnou. Geodetická měření jsou nepochybně jednou ze stěžejních částí plnění jinak komplexní a odborně náročné veřejné zakázky. Měření jsou činností, jejíž vadné provedení ovlivní nejen kvalitu výstupů plnění veřejné zakázky, ale má reálný potenciál ohrozit i řádné provádění monitorované stavby metra, potažmo ohrozit bezpečnost majetku a osob. Ačkoliv se může jednat o činnosti rutinní, i u nich je třeba specifická zkušenost dodavatele a řádné přístrojové vybavení, k tomu viz vyjádření České geologické služby.
79. Není úkolem Úřadu posuzovat a komparovat odbornou náročnost činností, z nichž se plnění veřejné zakázky sestává, neboť k takovému postupu mu zákon nedává ani oprávnění a žádné takové kritérium ostatně ustanovení § 105 odst. 2 zákona neobsahuje. Úřad je v tomto případě povolán jen k zásahu v případě zjevné nepřiměřenosti vymezení významné činnosti, o což však v posuzované věci spor není.
80. To, co je z plnění veřejné zakázky pro zadavatele nejvýznamnější, je do jisté míry dáno subjektivní potřebou zadavatele, kterou může prostřednictvím § 150 odst. 2 zákona vyjádřit. Gros veřejné zakázky nemusí být vždy tou nejobornější činností, která je do veřejné zakázky zahrnuta. Při stanovení významné činnosti jde zpravidla o podstatu veřejné zakázky, o plnění pro zakázku typické, pro které je veřejná zakázka zadávána.
81. Namítá-li navrhovatel, že měření je činnost mechanická, závislá na přístrojích, pak tím spíše lze očekávat, že bude případný uchazeč o veřejnou zakázku schopen plnit sám bez poddodavatelského příspěví.
82. K tomuto rozkladovému okruhu tedy uzavírám, že zadavatel byl oprávněn vymezen geodetické měření jako významnou činnost, svou výhradu řádně odůvodnil a takto stanovená zadávací podmínka je v souladu se zákonem.
- Ke stanovení požadavku na použití snímků TerraSAR-X*
83. *Napadené rozhodnutí se zabývá skutečností, že zadavatel v projektové dokumentaci uvedl, že předpokládá využití radarových snímků TerraSAR-X. V této souvislosti Úřad na základě*

vyjádření Ministerstva dopravy ČR, skupiny dodavatelů a vlastního průzkumu (bod 346 napadeného rozhodnutí) shledal, že označení „snímky TerraSAR-X“ v praxi běžně znamená jeden produkt obsahující snímky celé konstelace TerraSAR-X/TanDEM-X. Tyto dvě družice tak nejsou konkurenčními výrobky, jedná se o jeden produkt/jednu službu provozovanou společností Airbus S.A.S Dále Úřad na základě porovnání parametrů jednotlivých družic a na základě vyžádaných odborných stanovisek zjistil, že na trhu neexistuje jiná družice, u níž by mohl mít v době stanovení zadávacích podmínek zadavatel jistotu, že mu poskytne tytéž výstupy jako družicový systém TerraSAR-X. Za těchto okolností Úřad shledal, že odkazem na družicový systém TerraSAR-X zadavatel neporušil pravidlo dle § 89 odst. 5 zákona.

84. Navrhovatel v rozkladu namítá, že výjimku dle § 89 odst. 5 zákona lze využít zcela výjimečně, pokud zadavatel přesně ví, že jeho požadavek nemůže splnit jiný než konkrétní dodavatel/produkt. Využití výjimky nelze navázat na neznalost zadavatele, ta mu jde naopak k tíži. Navrhovatel trvá na tom, že existují technicky naprosto shodné družice (PAZ), nebo i některé pokročilejší (COSMO-SkyMed). Zadavatel předložil multikriteriální analýzu (dále též **MKA**), z níž Úřad nekriticky vychází. Zadavatelův požadavek na přesnost by splnila i družice PAZ, požadavek na dostatečnou historii archivních snímků je diskutabilní. Dle navrhovatele je konkurenční družice PAZ nominálně i věcně schopna požadavky zadavatele splnit. Zadavatel musel o kompatibilitě družice PAZ vědět. Snímky z této družice představují zcela rovnocenné řešení k družicovému systému TerraSAR-X/TanDEM-X. Zadavatel tak svým postupem porušil zákon.
85. Zadavatel se k těmto rozkladovým námitkám vyjádřil tak, že MKA nezpracoval sám, ale zpracoval ji nezávislý projektant. Navrhovatel navíc obsah MKA nerozporoval. Jestliže MKA věcně nerozporuje ani navrhovatel, nemusel se jí podrobně zabývat ani Úřad. Zpracování historických snímků má pro zadavatele význam v tom, že umožní vyhodnotit přirozený pohyb terénu a odlišit jej od pohybů způsobených stavbou. Kompatibilitu snímků lze zajistit pouze tím, že budou pocházet ze stejného družicového systému. Družice PAZ není rovnocenným řešením, a to minimálně co do dostupnosti archivních snímků. PAZ je navíc jen od 24. 6. 2020 třetí komponentou systému TerraSAR-X, neboť tzv. Constellation Data zmiňovaná provozovatelem PAZ jsou komerčně poskytovaná data nerozlišující původce snímků. Provozovatelé těchto družic tak nejsou v konkurenčním vztahu. I navrhovatel uvádí, že vypuštěním družice PAZ byl od počátku sledován záměr doplnit družice TSX/TDX. V době zahájení zadávacího řízení navíc nebylo možné předjímat kompatibilitu družice PAZ s ostatními. Po zadavateli nelze požadovat, aby za rovnocenné řešení prováděné prostřednictvím systému TerraSAR-X uznal provedení snímkování samostatnou družicí PAZ, když se jedná jen o jednu část tohoto systému.
86. Zadavatel v zadávací dokumentaci (projektová dokumentace, technická zpráva pro část díla A) uvedl, že „se předpokládá využití radarových snímků TerraSAR-X. Jedná se o družici umožňující pořízení radarových dat s prostorovým rozlišením až 1 m, minimální velikost záběru 5x10 km, rozlišení podle velikosti záběru 1. 3. nebo 16 m, periodita opakování přeletu je 11 dní. Archivní snímky jsou k dispozici přibližně od roku 2010“.
87. Navrhovatel tento zadavatelův odkaz původně napadl především proto, že měl za to, že existuje i jiná vhodná družice – TanDEM-X. Od této argumentace nicméně v rozkladu ustoupil a nadále uvádí, že mimo snímků ze systému TerraSAR-X existují i srovnatelné výstupy, zejm. družice PAZ či COSMO-SkyMed.

88. K tomuto námitkovému okruhu především konstatuji, že ohledně terminologie vyplývá ze shromážděných dokumentů (ostatně už i ze zadávací dokumentace) to, že jsou v praxi pod pojmem „snímky TerraSAR-X“ míněny jak výstupy ze systému, tak výstup jednotlivé družice. I zadavatel v průběhu zadávacího řízení používá pojem systém a družice promiscue (viz zadávací dokumentace, vysvětlení zadávací dokumentace č. 7, rozhodnutí o námitkách) a totéž platí i o navrhovateli a jeho námitkách. Je tomu tak zejména proto, že v praxi se nerozlišuje mezi snímky pořízenými v rámci systému TerraSAR-X podle družice, která snímek pořídila, viz k tomu zjištění Úřadu v bodech 333 – 347 napadeného rozhodnutí.
89. Se systémem TerraSAR-X se koordinuje i družice PAZ, kterou jako rovnocennou alternativu pro potřeby zadavatele uvádí navrhovatel. K jeho návrhu je však nutno uvést, že PAZ je především vojenskou radarovou družicí, vypuštěnou až v roce 2018, u níž nebyla donedávna potvrzena kompatibilita se systémem TerraSAR-X (viz bod 361 napadeného rozhodnutí). V době, kdy zadavatel zahájil zadávací řízení, nebyla ověřena kompatibilita snímků a nebyly popsány a kvantifikovány rozdíly ve výstupech oproti systému TerraSAR-X. V současné době jsou snímky z této družice komerčně nabízeny v rámci snímků ze systému TerraSAR-X, aniž by byl jejich původ rozlišován podle družic, viz zjištění Úřadu v bodu 346 napadeného rozhodnutí.
90. Souhlasím tedy se závěrem Úřadu, že je nepřiměřené chtít po zadavateli, aby při přípravě zadávací dokumentace přistupoval k družici PAZ jako k rovnocennému řešení, neboť ani v současné době se odborníci na srovnatelnosti výstupů neshodují, viz opět bod 361 napadeného rozhodnutí. Kromě toho vzhledem k době vypuštění této družice u ní neexistují archivní snímky pro retrospektivní mapování.
91. Pokud navrhovatel jako další rovnocennou alternativu nabízí družici COSMO-SkyMed, je nutno konstatovat, že i snímky této družice lze komerčně získávat až od nedávné doby (COSMO-SkyMed druhé generace – říjen 2020). V důsledku toho u této družice – podobně jako u družice PAZ – nejsou k dispozici archivní snímky. Mimoto ačkoliv nominálně mohou být výstupy této družice srovnatelné se systémem TerraSAR-X, MKA použití snímků z této družice nedoporučuje, neboť má méně vhodnou geometrii snímání vzhledem ke směru dráhy, horšímu incidenčnímu úhlu a topologii budov v monitorovaném území, což navrhovatel v rozkladu nevyvrací, a nevyvrací to ani jím předložené vyjádření e-GEOS, viz bod 355 a násl. napadeného rozhodnutí.
92. Na okraj k tomuto námitkovému okruhu poznamenávám, že odkaz v zadávacích podmínkách je nepřipustný, pokud zvýhodňuje „určité dodavatele nebo výrobky“, viz díkce § 89 odst. 5 zákona. Veřejná zakázka je zakázkou na služby, jejímž předmětem nemá být získání konkrétního výrobku. Jde tedy o možnou diskriminaci dodavatelů, a je proto nutno si klást otázku, jak – a zda vůbec – může být zde posuzovaný požadavek zadavatele diskriminační vůči některým dodavatelům. Zadavatel sice po dodavatelích požaduje, aby při plnění veřejné zakázky využívali snímky z konkrétního družicového systému, nicméně v této situaci jsou si všichni potenciální uchazeči o veřejnou zakázku rovni – všichni uchazeči musí kalkulovat s totožnou položkou, všichni uchazeči by pro plnění veřejné zakázky nutně pořizovali shodné snímky od třetí strany za totožných cenových a smluvních podmínek. Lze totiž jen stěží předpokládat, že by některý z dodavatelů již předem disponoval buď přímo snímky dotčeného území nutné kvality/technických parametrů/časového rozlišení, či alespoň výhodnějším způsobem, jak snímky požadovaných parametrů získat.

93. Je tak velmi diskutabilní a vlastně to ani navrhovatel konkrétně netvrdí, jak by mohl odkaz na konkrétní dílčí „prostředek“ plnění veřejné zakázky, který nemá žádný z dodavatelů prozatím k dispozici, některého z dodavatelů zvýhodnit. I pokud by existovala možnost použití srovnatelných snímků a zadavatel by ji v zadávacích podmínkách připustil, všichni dodavatelé by pro účely sestavení nabídky nutně volili levnější variantu např. ze dvou (jsou-li pro účely této úvahy vzaty navrhovatelem uváděné alternativy: systém TerraSAR-X nebo COSMO-SkyMed), přičemž vzhledem ke specifikům „nabídky snímků“ (velké společnosti, standardizovaná řešení, minimální flexibilita nabídky) by žádný z dodavatelů nebyl schopen snímky získat – a tak ani zadavateli nabídnout – výhodněji než jiný. Požadavek zadavatele může být v důsledku na újmu toliko jemu samotnému, neboť hrozí, že vyžaduje-li konkrétní snímky, zaplatí více, bez ohledu na to, kdo bude vybraný dodavatel.
94. Závěrem k tomuto námitkovému okruhu uvádím, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepochybil. Jeho závěry nejsou založeny jen na MKA, kterou předložil zadavatel. Úřad si vyžádal řadu dalších odborných stanovisek, na jejichž základě správně konstatoval, že použitím odkazu nedochází ke zvýhodnění určitých dodavatelů či výrobků, neboť v šetřeném případě je užití přímého odkazu odůvodněno charakterem veřejné zakázky. Na trhu v době zahájení zadávacího řízení neexistovala vůči snímkům systému TerraSAR-X rovnocenná ověřená alternativa a současně zadavatel její použití řádně odůvodnil ve vztahu k požadavkům na plnění veřejné zakázky. Postup zadavatele tak nebyl v rozporu s § 89 odst. 5 zákona.

K námitce neúplného soupisu prací

95. *Napadené rozhodnutí se k námitce navrhovatele zabývalo úplností soupisu prací obsaženého v zadávacích podmínkách. Shledal, že zadavatel dle vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 nepožadoval fyzickou obhlídku jako samostatný úkon, tedy jej do soupisu prací neuvedl. Fyzická obhlídka je samozřejmou součástí jiných úkonů, které zadavatel vyžaduje a v jejich rámci se bude účtovat. Zadavatel stanovil zadávací podmínky transparentně a vysvětlení zadávací dokumentace č. 7 je dostačující.*
96. *Navrhovatel brojí proti úplnosti soupisu prací s tím, že si je vědom, že při plnění veřejné zakázky je třeba provádět fyzické prohlídky. Jejich provedení může dodavatel vyúčtovat, pokud je potřeba učinit současně nějaký úkon (např. odečet šířky trhlín). Pokud však bude provedena prohlídka za tímž účelem, avšak na místě nebude žádná trhlina zjištěna, není v soupisu prací žádný „účtovatelný“ úkon. Soupis prací však žádný „zbytkový“ úkon neobsahuje, tedy buď dodavatel náklady na jeho provedení rozpustí do jiných činností, nebo jej provede zadarmo.*
97. *Zadavatel ve vyjádření k rozkladu k této námitce uvedl, že z logiky věci vyplývá, že náklady na takové prohlídky budou fakturovány v rámci úkonů, ke kterým dané prohlídky sloužily (např. k odečtu hodnot měření). To ostatně uvedl ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 7. Jakákoli prohlídka vede k úkonu, který je v soupisu prací uveden. Pokud bude dodavatel provádět odečet šířky trhlín, při kterém zjistí, že se na místě žádná trhlina nenachází, bude fyzická prohlídka účtována jako odečet šířky trhlín, neboť i zjištění, že se trhlina na místě nenachází, je relevantním výstupem prohlídky. Zadávací podmínky tak dle zadavatele netrpí vytýkanou vadou.*
98. Podstatou posledního okruhu rozkladových námitek je posouzení otázky, zda je vadou zadávacích podmínek (soupisu prací), pokud v něm není samostatně uvedena položka fyzické obhlídky, ačkoliv taková činnost bude v průběhu plnění veřejné zakázky nutně prováděna.

99. Zadavatel se k položce fyzického sledování vyjádřil ve vysvětlení č. 7 zadávací dokumentace (plný text viz body 386 a 387 napadeného rozhodnutí), v němž uvedl, že „*fyzické sledování vybraných objektů je zahrnuto v soupisu prací např. při odečtu šířky trhlin. Soupis prací tak není potřeba doplňovat.*“
100. Navrhovatel oproti tomu v rozkladu zdůrazňuje, že chápe, že zadavatel nepožaduje provádění fyzických prohlídek jako samostatné plnění, nicméně v soupisu prací postrádá zbytkovou kategorii fyzické prohlídky pro případ, že při fyzické prohlídce nebyl uskutečněn úkon, s nímž soupis prací počítá (např. marný odečet šířky trhlin, nebude-li trhlina nalezena).
101. K této námitce považuji pro účely hodnocení úplnosti soupisu prací rozhodné to, zda zadavatel požaduje, či nepožaduje fyzické prohlídky jako samostatně prováděné činnosti. Soupis prací by byl nepochybně neúplný, pokud by v něm absentovala činnost, jejíž provádění zadavatel výslovně požaduje.
102. Pokud jde o odečet šířky trhlin, což je příklad, který je v souvislosti s nyní pojednávanou námitkou navrhovatele neustále uváděn, je zřejmé, že jako zjištění jsou relevantní nejen údaje o změnách v šířce trhlin, ale rovněž údaje o tom, že ke vzniku trhlin nedošlo. Stále se jedná o úkon, jehož smyslem byl monitoring trhlin. Zde je nutno souhlasit se zadavatelem, že i nulové zjištění je v této souvislosti důležitým výstupem prohlídky.
103. Jde-li obecně o marně provedené úkony, jejichž výsledek neodpovídá svému záměru a účelu, je zřejmé, že k takovým situacím při provádění různých děl dochází, ať již v důsledku pochybení některé ze smluvních stran či z objektivních důvodů, aniž by takové náklady bylo možno předem zahrnout do soupisu prací a ocenit, neboť jejich charakter i příčina zmaru se budou nutně různit. Marně vynaložené náklady jsou tedy nutně položkou, která – není-li na ni pamatováno ve smluvních ustanoveních o odpovědnosti – je řešena ex post podle příslušných ustanovení předpisů civilního práva.
104. Z uvedených důvodů proto uzavírám, že jsem v soupisu prací neshledal nedostatek, který je mu navrhovatelem vytýkán, a námitky navrhovatele považuji za nedůvodné.
105. Pro úplnost konstatuji, že Úřad se v napadeném rozhodnutí zabýval ještě dalšími návrhovými námitkami, správnost jejich posouzení však navrhovatel v rozkladu nezpochybňuje, proto se jím toto rozhodnutí o rozkladu nezabývá v souladu s § 89 odst. 2 správního řádu. Z hlediska zákonnosti jsem v těchto částech napadeného rozhodnutí neshledal pochybení.

VI. Závěr

106. Po zvážení všech aspektů dané věci a rozkladových námitek navrhovatel a na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o návrhu v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že je na místě napadené rozhodnutí potvrdit a podaný rozklad zamítnout.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

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

Vypraveno dne

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