



UOHSX00EIMAY

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0005/2021/VZ

Brno 04.03.2021

Číslo jednací: ÚOHS-08100/2021/500/Alv

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 7. 1. 2021, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 15. 1. 2021 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,
- navrhovatel – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 5. 2020 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 (v době udělení plné moci Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1),

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných ve veřejné zakázce „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,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – ze dne 7. 1. 2021 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „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, **se v částech návrhu** týkajících se nedostatečného nebo žádného prodloužení lhůty pro podání nabídek či neprodloužení lhůty pro podání nabídek o celou její původní délku v návaznosti na vysvětlení/změnu zadávací dokumentace č. 2 ze dne 6. 2. 2020, č. 11, 12 a 13 ze dne 3. 3. 2020, č. 14 ze dne 5. 3. 2020, č. 15 ze dne 10. 3. 2020, č. 18 a 19 ze dne 18. 3. 2020, č. 22 ze dne 19. 3. 2020, č. 23 ze dne 20. 3. 2020, č. 25 ze dne 23. 3. 2020, č. 26 ze dne 26. 3. 2020, č. 28, 29 a 30 ze dne 1. 4. 2020 a č. 34 ze dne 8. 4. 2020, ačkoliv těmito vysvětleními/změnami zadávací dokumentace měly být provedeny zásadní změny zadávací dokumentace a změny, které mohly rozšířit okruh potenciálních dodavatelů, **podle ustanovení § 257 písm. h) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zastavuje, neboť** předmětné části návrhu **nepředcházely řádně a včas podané námítky, jelikož lhůta pro podání námitek** ve smyslu ustanovení § 242 odst. 2 citovaného zákona, ve které byl jmenovaný navrhovatel povinen námítky podat, **činí 15 dnů ode dne, kdy jmenovaný zadavatel na svém profilu zadavatele uveřejnil předmětná vysvětlení zadávací dokumentace či je doručil jmenovanému navrhovateli**, avšak námítky ze dne 29. 4. 2020 obsahující argumentaci odpovídající předmětným částem návrhu byly navrhovatelem zadavateli doručeny až dne 30. 4. 2020, tedy po uplynutí stanovené lhůty.

II.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – ze dne 7. 1. 2021 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9 – učiněných při zadávání veřejné zakázky „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 se v části, jejíž předmět byl vymezen částí 10. „Požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ návrhu jmenovaného navrhovatele, a to v rozsahu namítaných skutečností týkajících 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“, podle ustanovení § 257 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje, neboť návrh v uvedené části neobsahuje tvrzení o vzniklé nebo hrozící újmě na právech navrhovatele v důsledku spatřovaného porušení zákona zadavatelem.**

III.

Návrh navrhovatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 – ze dne 7. 1. 2021 se ve zbývajících částech podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť v těchto částech návrhu nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Dopravní podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 15. 1. 2021 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 (dále jen „zadavatel“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), uveřejnil podle zákona ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000626, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 10. 1. 2020 pod ev. č. 2020/S 007-012461, oznámení o zahájení otevřeného řízení veřejné zakázky „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác - Olbrachtova - stavební část“ (dále jen „veřejná zakázka“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 7. 1. 2020 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
2. V bodu II.1.3) oznámení o zahájení zadávacího řízení je uvedeno, že se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce, přičemž z bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení vyplývá, že „*předmětem veřejné zakázky je zhotovení dopravní stavby „Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ v rozsahu dle projektové dokumentace. Blíže viz ZD a její přílohy.*“
3. Zadavatel stanovil v bodu II.1.5) oznámení o zahájení zadávacího řízení předpokládanou hodnotu veřejné zakázky ve výši 10 829 000 000,- Kč bez DPH.

4. Zadavatel v bodu IV.1.1) oznámení o zahájení zadávacího řízení dále určil, že veřejná zakázka bude zadávána v otevřeném řízení, přičemž v bodu IV.2.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovil lhůtu pro podání nabídek, a to do 9. 3. 2020 do 10:00 hodin. Lhůta pro podání nabídek byla zadavatelem následně opakovaně změněna tak, že konečná lhůta pro podání nabídek byla stanovena na 30. 4. 2020 do 10:00 hod.
5. Dne 30. 4. 2020 v 09:19:31 hod. obdržel zadavatel od dodavatele – EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 19. 5. 2020 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 (v době udělení právní moci Advokátní kancelář Jansta, Kostka spol. s r.o., IČO 28505913, se sídlem Těšnov 1059/1, 110 00 Praha 1) (dále jen „navrhovatel“) – námitky ze dne 29. 4. 2020 (dále jen „námitky“) proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky.
6. Zadavatel rozhodnutím ze dne 14. 5. 2020, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne, podané námitky odmítl.
7. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 22. 5. 2020 návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele u Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Na základě tohoto návrhu bylo zahájeno správní řízení vedené Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ.
8. Úřad vydal dne 15. 10. 2020 rozhodnutí č. j. ÚOHS-31700/2020/500/JBě, kterým výrokem II. podle § 263 odst. 5 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele ze dne 14. 5. 2020 o námitkách navrhovatele ze dne 29. 4. 2020. Uvedené rozhodnutí Úřadu nabylo právní moci dne 17. 12. 2020.
9. Zadavatel o námitkách navrhovatele ze dne 29. 4. 2020 znovu rozhodl svým rozhodnutím ze dne 23. 12. 2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) tak, že je opětovně odmítl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 7. 1. 2021 návrh na přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „návrh“) u Úřadu, na základě něhož bylo zahájeno správní řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0005/2021/VZ.

II. OBSAH NÁVRHU

10. Navrhovatel v podaném návrhu brojí proti zadávacím podmínkám stanoveným v zadávací dokumentaci, kdy je přesvědčen, že tyto jsou v rozporu s pravidly zákona a základními zásadami zadávání veřejných zakázek, a proti postupu zadavatele spočívajícímu v neuveřejnění všech zadávacích podmínek na profilu zadavatele a ve způsobu prodlužování lhůty pro podání nabídek v návaznosti na poskytování vysvětlení/změnu zadávací dokumentace.
11. V úvodu návrhu navrhovatel považuje za nezbytné reagovat na tvrzení zadavatele ohledně nedostatku aktivní legitimace k podání námitek a návrhu. Navrhovatel sděluje, že mu újma vlivem nezákonnosti postupu zadavatele při stanovení zadávacích podmínek vznikla, resp. hrozí vzniknout, když se nemůže účastnit férového zadávacího řízení na veřejnou zakázku s cílem dosažení zisku a referencí. Pokud jde o tvrzení zadavatele, že navrhovateli

újma reálně nevznikla, neboť nabídku podal dodavatel SMP CZ, a.s., IČO 27195147, se sídlem Vyskočilova 1566, 140 00 Praha 4 (dále jen „SMP CZ, a.s.“), který je stejně jako navrhovatel součástí koncernu VINCI, v důsledku čehož má navrhovatel údajně jednat za účelem zmaření zadání veřejné zakázky pro případ, že se koncernová sestra nestane vítězem zadávacího řízení, pak s tímto navrhovatel nesouhlasí, neboť jmenovaný dodavatel i navrhovatel mají každý jiného jediného akcionáře, samostatné manažerské řízení, nemají uzavřeny žádné vzájemné dohody o společném postupu v zadávacích řízení, a každý z nich jedná samostatně s cílem dosáhnout zisku.

12. Ještě před vlastní specifikací konkrétních údajných pochybení zadavatele navrhovatel uvádí, že ze zadávací dokumentace a z procesního postupu zadavatele v zadávacím řízení je zřejmé, že se vybraným dodavatelem stanou dodavatelé Metrostav a.s., IČO 00014915, se sídlem Koželužská 2450/4, 180 00 Praha 8 (dále jen „Metrostav a.s.“), resp. její dceřiná společnost Subterra a.s., IČO 45309612, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8 (dále jen „Subterra a.s.“), HOCHTIEF CZ a.s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5 (dále jen „HOCHTIEF CZ a.s.“) a STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírkova 982/4, 158 00 Praha 5 (dále jen „STRABAG a.s.“), spojení v jedno konsorcium, a to díky informačnímu náskoku z doplňkových geologických průzkumů a masivnímu zvýhodnění jmenovaných dodavatelů ze strany zadavatele.
13. Předně navrhovatel v návrhu brojí proti nedostupnosti částí zadávací dokumentace, když zadavatel dle přesvědčení navrhovatele bez vážného důvodu na jeho profilu zadavatele neuveřejnil přílohu č. 12 „Projektová dokumentace“ zadávací dokumentace (dále jen „projektová dokumentace“) a některá vysvětlení zadávací dokumentace, jež se vztahovala právě k projektové dokumentaci. Zadavatel dle navrhovatele ve vysvětlení zadávací dokumentace nesprávně uvedl, že se v případě poptávaného předmětu plnění jedná o prvek kritické infrastruktury, neboť je zřejmé, že nejsou naplněny jeho definiční znaky. Navrhovatel má za to, že zadavatel v době zahájení zadávacího řízení neměl postaveno najisto a neprokázal, že jsou naplněny důvody uvedené v § 211 odst. 3 písm. d) zákona, a současně neměl ověřeno, zda požadovanou úroveň zabezpečení nelze zajistit běžně dostupnými elektronickými nástroji nebo nástroji dle § 103 odst. 3 zákona. Podle navrhovatele zadavatel rovněž nezduvodnil, proč na rozdíl od v minulosti zadávané veřejné zakázky s obdobným předmětem plnění nepožadoval pro realizaci šetřené veřejné zakázky doložení příslušného stupně utajení ve smyslu zákona č. 412/2005 Sb., o ochraně utajovaných informací a o bezpečnostní způsobilosti, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o ochraně utajovaných informací“). Popsaným postupem zadavatele tak mělo dle navrhovatele dojít k porušení zásady transparentnosti.
14. V dalším navrhovatel namítá délku lhůty pro podání nabídek, kterou považuje za nedostatečnou s ohledem na složitost a rozsáhlost veřejné zakázky. Navrhovatel nesouhlasí se zadavatelem, který k předestřené argumentaci opřené o rozhodnutí Úřadu č. j. S430,446/2010/VZ-7942/2011/520/EMa ze dne 29. 6. 2011 sdělil, že v posuzovaném případě figurují zásadní odlišné okolnosti. Navrhovatel je přesvědčen, že k veřejným zakázkám je třeba přistupovat proporcionálně a pokud je veřejná zakázka násobně větší, měla by i předmětná lhůta být násobného rozsahu, přičemž u posuzované veřejné zakázky se přidává složitost a rozsáhlost jejího předmětu plnění. Zadavatel podle navrhovatele dostatečně nereflektuje potřebu individuální kalkulace nabídkové ceny, čímž se stává lhůta

o délce 44 pracovních dnů nepřiměřenou, když adekvátní by byla lhůta pro podání nabídek v délce 4 měsíců. Stanovená délka lhůty podle navrhovatele představuje zvýhodnění dodavatelů, kteří prováděli doplňkové geologické průzkumy, a tedy disponovali projektovou dokumentací s více než ročním předstihem oproti ostatním účastníkům zadávacího řízení. S ohledem na uvedené navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele, že lhůta pro podání nabídek platí pro všechny dodavatele stejně, a že žádné z dodavatelů nepreferuje ani nezvýhodňuje, jako nepravdivé. V souvislosti se zvýhodněním některých dodavatelů navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel obdržel nabídky právě od dodavatelů, kteří disponovali projektovou dokumentací více než jeden rok před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, a tudíž měli možnost si své nabídky ve značné míře předpřipravit. O nepřiměřenosti lhůty pro podání nabídek podle navrhovatele jasně svědčí i postup dodavatele Subterra a.s., který, byť měl k dispozici projektovou dokumentaci více než jeden rok před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku, byl nucen požádat o prodloužení předmětné lhůty. Zadavatel rovněž dostatečně nezohlednil potenciální účast zahraničních dodavatelů. V důsledku popsaných skutečností měl zadavatel porušit § 36 odst. 1 a 3 a § 6 zákona, přičemž jeho nezákonný postup nebyl zhojen ani následným prodloužením lhůty v průběhu zadávacího řízení. Nepřiměřenost lhůty pro podání nabídek měli tvrdit i další dodavatelé v rámci žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace.

15. Navrhovatel taktéž namítá, že zadavatel vůbec neprodloužil lhůtu pro podání nabídek nebo ji prodloužil nedostatečně, když v určitých případech ji stačilo prodloužit částečně, jindy však měla být prodloužena o celou svoji délku, přičemž tato svá tvrzení v návrhu dále odůvodňuje a zmiňuje konkrétní změny zadávací dokumentace, ve vztahu k nimž zadavatel lhůtu pro podání nabídek vůbec neprodloužil, ačkoliv tak učinit měl, a ty změny zadávací dokumentace, na základě nichž zadavatel sice přistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídek, avšak nedostatečným způsobem, v podrobnostech pak navrhovatel odkazuje na své námitky. Tato skutečnost mohla mít vliv na okruh dodavatelů a zadavatel se tak dopustil porušení § 99 odst. 2 zákona. Současně měl zadavatel porušit zákon tím, že změny lhůty pro podání nabídek prováděl nepřehledně a zmatečně, tzn. v rozporu se zásadou transparentnosti.
16. Navrhovatel v dalším sděluje, že zadavatel neposkytl dodavatelům úplnou zadávací dokumentaci, když realizuje zadávací řízení, aniž by bylo vydáno stavební povolení, a současně nejsou k dispozici závazná stanoviska dotčených orgánů. Podle navrhovatele se jedná o dokumenty, které ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky mohou mít zásadní dopad na podmínky jeho provádění a na nabídkovou cenu, neboť z nich mohou vyplynout změny předmětu veřejné zakázky. S tvrzením zadavatele, že existence stavebního povolení není nezbytnou podmínkou pro zákonné vymezení předmětu veřejné zakázky, a že je na trhu běžnou praxí realizovat zadávací řízení staveb dopravní infrastruktury bez stavebních povolení, navrhovatel nesouhlasí, neboť se v případě předmětu plnění šetřené veřejné zakázky jedná o unikátní stavbu, tudíž nelze dopředu předpokládat, že stavební povolení bude obsahovat pouze standardní podmínky, a že odborně způsobilý dodavatel bude schopen jejich obsah a rozsah předvídat a přizpůsobit tomu svoji nabídku. Zadavatel tak podle navrhovatele postupoval v rozporu s § 36 odst. 3 zákona. Pakliže zadavatel vyslovuje přesvědčení, že podmínky stavebního povolení nebudou mít žádný dopad do ceny a termínu díla, přenesl tím na dodavatele významné a obtížně odhadnutelné riziko obsahu stavebního povolení v jedné z nejsložitějších staveb na území České republiky,

a v důsledku této skutečnosti nemůže zadavatel obdržet od dodavatelů porovnatelné nabídky. Současně má navrhovatel za to, že zadavatel postupoval v rozporu se zásadou transparentnosti, pokud dodavatele vystavil takové nejistotě ohledně rozsahu a podmínek požadovaného plnění.

17. Navrhovatel rovněž upozorňuje, že zadavatel dodavatelům neposkytl výsledky a dokumenty z geologických průzkumů, čímž nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro jejich účast v zadávacím řízení. Zadavatel podle navrhovatele bagatelizuje význam doplňkových geologických průzkumů, když uvádí, že slouží pouze k ověření a doplnění již získaných informací s tím, že se v případě šetřené veřejné zakázky jedná o měřený kontrakt, kdy měřením a oceněním podle skutečného rozsahu provedených činností bude případný nedostatek informací vybraného dodavatele zhojen. Taková argumentace zadavatele podle navrhovatele nemůže obstát, neboť popsáním postupem nelze předmět veřejné zakázky rozšiřovat o potřebné změny, které vyplynou z výsledků geologických průzkumů. Ani argumentace měřeným kontraktem nemůže podle navrhovatele zhojit znevýhodnění ostatních dodavatelů, neboť společnosti realizující doplňkový geologický průzkum měly podrobné informace o skutečné geologii, a mohly tyto znalosti zapracovat do své nabídky. Zadavatel se tak podle navrhovatele dopustil porušení § 36 odst. 3 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, neboť zajistil bezdůvodnou konkurenční výhodu těm dodavatelům, kteří mají informace z geologických průzkumů k dispozici.
18. Navrhovatel spatřuje porušení zákona též v tom, že zadavatel požaduje k prokázání kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona mj. doložení významných stavebních prací ve znění *„nejméně tři dopravních tunelových staveb s raženými tunelovými úseky s následujícími minimálními parametry: 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.“*. Předmětná zadávací podmínka podle navrhovatele nedává jasnou představu, jaké položky prací může dodavatel do požadovaného finančního objemu zahrnout, čímž zadavatel učinil tento požadavek neurčitým a nejednoznačným, což vede k porušení § 36 odst. 3 zákona a netransparentnosti zadávacího řízení.
19. Nejasnost zadávací dokumentace navrhovatel spatřuje i u vyhrazených změn závazku a dalších změn, přičemž v podrobnostech odkazuje na své námitky. Pokud zadavatel definoval vyhrazené změny závazku, tyto nejsou podle navrhovatele stanoveny dostatečně určitě, čímž jsou v rozporu s § 100 odst. 1 zákona. Navrhovatel má za to, že zadavatel nezákonně podřadil změny závazku dle § 222 odst. 4 až 7 zákona pod režim vyhrazených změn závazku ve smyslu § 100 odst. 1 zákona a § 222 odst. 2 zákona, a současně nezákonným způsobem definoval podmínky pro změny závazků de minimis ve smyslu § 222 odst. 4 zákona. Dále navrhovatel namítá, že zadavatel popsal vyhrazené změny závazku odlišně v zadávací dokumentaci a v „ZÁVAZNÉM VZORU SMLOUVY O DÍLO“ (dále jen „návrh smlouvy“), zejména ve vztahu ke změně technologické třídy výrubu, která má zásadní dopad na podmínky realizace díla. Stanovením nezákonné, nesprávné, neurčité a velmi strohé úpravy vyhrazených změn závazků učinil zadavatel podle navrhovatele obsah zadávacích podmínek sporným a neúplným, čímž postupoval v rozporu s § 36 odst. 3 zákona.
20. Navrhovatel dále namítá nejasnost zadávací dokumentace spočívající v možnosti nahrazení znalosti českého jazyka přítomností tlumočnicka, avšak pouze u některých členů realizačního

týmu dodavatele. Tuto nejasnost spatřuje navrhovatel především v tom, že z čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, bodu 5.6.3. „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace vyplývá, že 8 ze 14 členů realizačního týmu musí disponovat znalostí českého jazyka alespoň na úrovni B2, zatímco z čl. 22. „Další povinnosti Zhotovitele“, bodu 22.20., návrhu smlouvy plyne, že povinnost komunikace v českém jazyce může být u všech členů personálu (realizačního týmu) zhotovitele uvedených v příloze č. 3 smlouvy, čili včetně 8 členů, u nichž je v zadávací dokumentaci výslovně požadována znalost českého jazyka alespoň na úrovni B2, splněna rovněž zajištěním trvalé přítomnosti potřebného počtu tlumočnicků. Zadávací dokumentace a návrh smlouvy jsou tak v tomto vzájemně rozporné, což podle navrhovatele činí zadávací podmínky jako celek nejednoznačné a nejasné. Současně navrhovatel poukazuje na skutečnost, že zadavatel požadoval, aby dodavatelé u 8 členů realizačního týmu doložili znalost českého jazyka, přičemž se však jedná o požadavek nadbytečný a nedůvodně diskriminační, který má dopad na okruh potencionálních dodavatelů.

21. Dále navrhovatel namítá, že dodavatel, který se neúčastnil zadávacího řízení zadavatele na doplňkový geologický průzkum, nemá přístup k projektové dokumentaci, dále k realizační dokumentaci doplňkových geologických průzkumů, ani k dokumentaci skutečného provedení doplňkových geologických průzkumů, které tvořili zhotovitelé geologických průzkumů, čímž je znevýhodněn oproti zhotovitelům doplňkových geologických průzkumů, jež mají přístup ke všem třem projektovým dokumentacím, tudíž si mohou „složit“ vypracované projektové dokumentace na celý úsek stavby metra, a mají tak před ostatními dodavateli informační i časový náskok. Současně navrhovatel namítá střet zájmů zaměstnanců zadavatelem preferovaných společností, neboť tyto jsou členy Rady monitoringu (dále jen „RAMO“), a to minimálně v pozicích stavbyvedoucí a zodpovědný pracovník zhotovitele, a mohou tak ve svůj prospěch ovlivňovat dokumenty touto radou vydávané. Tuto skutečnost podle navrhovatele nemůže ovlivnit ani tvrzení zadavatele, že RAMO je nezávislý orgán, jehož cílem je provádět soubor měření, pozorování a hodnocení zaměřený na sledování a kontrolu reakce horninového prostředí aj. Uvedená argumentace zadavatele podle navrhovatele potvrzuje množství zásadních informací, které mají společnosti realizující doplňkový geologický průzkum díky členství svých zaměstnanců v RAMO k dispozici. Dodavatelé realizující doplňkový geologický průzkum měli podrobnější informace o skutečné geologii a mohli své znalosti zapracovat do nabídky, proto mělo dojít k porušení zásady rovného zacházení a současně mělo dojít ke střetu zájmů u zhotovitelů doplňkových geologických průzkumů.
22. Dále navrhovatel namítá netransparentnost průběhu předběžných tržních konzultací. Navrhovatel, resp. jeho zaměstnanec se po zjištění, že proběhly předběžné tržní konzultace, a že jejich obsah nebyl kompletně zdokumentovaný v zadávací dokumentaci, obrátil na zadavatele s žádostí o poskytnutí informací z nich vyplývajících, a to postupem dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů. Zadavatel však na předmětnou žádost reagoval až po následně podané stížnosti, a to tak, že navrhovateli částečně odmítnul poskytnutí požadovaných informací týkajících se společností Metrostav a.s., a HOCHTIEF CZ a. s., tedy společností realizujících doplňkový geologický průzkum, s odůvodněním, že jmenované společnosti označily údaje za důvěrné. Zaměstnanec navrhovatele následně podal odvolání k rukám představenstva zadavatele, které však bylo ignorováno. Zaměstnanec navrhovatele se proto obrátil s žádostí o zásah

proti nečinnosti na Úřad pro ochranu osobních údajů. Ten dal zaměstnanci navrhovatele za pravdu, zrušil předchozí rozhodnutí zadavatele o částečném odmítnutí poskytnutí informace, a uložil zadavateli, aby informace z předběžných tržních konzultací týkající se shora jmenovaných společností poskytl. Zaměstnanec navrhovatele posléze obdržel nové rozhodnutí zadavatele, v němž však zadavatel opět neposkytl informace z předběžných tržních konzultací týkající se společnosti HOCHTIEF CZ a. s., resp. poskytl pouze informace z druhého kola předběžných tržních konzultací, tj. informace ve vztahu k certifikátům ISO, nikoliv k tomu, jak se tato společnost vyjádřila k profesní kvalifikaci a k nastavení technické kvalifikace. S ohledem na shora řečené je podle navrhovatele zřejmé, že se zadavatel obává, že by zveřejněním požadovaných informací byl zpřístupněn přímý důkaz o tom, kterým dodavatelům jsou zadávací podmínky „šity na míru“. Z důvodu toho, že má navrhovatel neověřené informace o tom, jak probíhala tvorba zadávací dokumentace, a jaké osoby ze struktury zadavatele spolupracovaly s „externími specialisty“, podal zaměstnanec navrhovatele odvolání k představenstvu zadavatele i proti tomuto „novému“ rozhodnutí. Zaměstnanec navrhovatele se domohl alespoň informací týkajících se společnosti Metrostav a.s., resp. odpovědí jmenované společnosti v rámci prvního a druhého kola předběžných tržních konzultací. Tyto informace se však navrhovatel dozvěděl v důsledku nezákonného jednání zadavatele až po lhůtě pro podání nabídek, tedy po lhůtě pro podání námitek proti zadávací dokumentaci. Z odpovědí jmenované společnosti podle navrhovatele jednoznačně vyplývá, že tato má podstatně více informací než ostatní dodavatelé. Netransparentnosti průběhu zadávacího řízení podle navrhovatele přidává i fakt, že odpovědi společnosti Metrostav a.s. v rámci předběžných tržních konzultací jsou datovány k 1. 10. 2019, avšak již obsahují i odpovědi na druhé kolo předběžných tržních konzultací, které však zadavatel zveřejnil dokumentem datovaným až ke dni 8. 10. 2019. V návaznosti na shora popsání navrhovatel konstatuje, že zadavatel nedostál povinnosti stanovené v § 36 odst. 4 zákona, neboť neuveřejnil podstatný obsah předběžných tržních konzultací, jako např. které návrhy účastníků předběžných tržních konzultací (ne)akceptoval a z jakého důvodu.

23. Navrhovatel dále identifikuje konkrétní požadavky obsažené v zadávací dokumentaci pocházející od společností Metrostav a.s. a HOCHTIEF CZ a. s. S ohledem na vyhodnocení informací z předběžných tržních konzultací je podle navrhovatele zřejmé zvýhodnění těchto společností, což navrhovatel blíže specifikuje, když vyjmenovává, jaké požadavky jmenovaných společností byly ze strany zadavatele promítnuty do zadávacích podmínek. Dále navrhovatel v souvislosti s problematikou střetu zájmů ve spojení s předběžnými tržními konzultacemi a výčtem tunelových staveb, na kterých bylo možné získat zkušenosti členů realizačního týmu, který zadavatel uvedl v rámci rozhodnutí o námitkách, uvádí, že na předmětných stavbách mohli získat zkušenosti pouze zaměstnanci zadavatelem zvýhodněných dodavatelů, tj. společností Metrostav a.s., Subterra a.s. a HOCHTIEF CZ a.s., kteří tyto stavby realizovali. V návaznosti na uvedené navrhovatel poukazuje na požadavek zadavatele na předložení seznamu stavebních prací poskytnutých dodavatelem za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení stanovený v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v bodu 5.6.1 „Seznam stavebních prací“ části „Technická kvalifikace“, zadávací dokumentace, který je možné doložit pouze referenční zakázkou „Výstavba trasy metra V. A Dejvická – Motol“, která byla realizována společnostmi Metrostav a.s. a HOCHTIEF CZ a.s. Shora uvedené pak v kombinaci s požadavkem zadavatele na vyhrazené plnění, tedy nemožnost využití poddodavatele, podle navrhovatele svědčí

o tom, že kvalifikační požadavky jsou „šity na míru“ společností Metrostav a.s., resp. Subterra a.s., a HOCHTIEF CZ a.s.

24. Navrhovatel v další části návrhu shledává neopodstatněným a nepřiměřeným požadavek zadavatele na prokázání profesní způsobilosti vymezený v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, bodu 5.3.4 „Profesní způsobilost“ pod písm. b), zadávací dokumentace spočívající v doložení oprávnění k podnikání ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona v rozsahu živností: (i) „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“; (ii) „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“; a (iii) „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, a to za současného požadavku na doložení oprávnění k podnikání v rozsahu živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Podle navrhovatele obsahová náplň živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ zahrnuje všechny 3 předmětné živnosti, a dodavatel tak nemusí disponovat samostatnými oprávněními k výkonu činností v rozsahu těchto tří živností, jestliže disponuje oprávněním k podnikání v rozsahu živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, přičemž takový duplicitní požadavek zadavatele je podle navrhovatele nezákonný.
25. Dále navrhovatel namítá nezákonnost požadavku zadavatele na prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona stanoveného v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, bodu 5.6.2 „Seznam významných dodávek“, zadávací dokumentace spočívajícího v předložení osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí dodávek, jelikož má za to, že zadavatel není oprávněn požadovat za účelem prokázání kvalifikace jiné doklady než ty, které zákon v citovaném ustanovení připouští. Uvedené pravidlo, že zadavatel je oprávněn požadovat pouze doklady, které zákon u jednotlivých kritérií kvalifikace připouští, podle navrhovatele přitom platí i pro případy, kdy zadavatel zadává sektorovou veřejnou zakázku, neboť požadavek zadavatele na doložení jiných dokladů nad rámec zákona není „stanovením jiného kritéria kvalifikace“ ve smyslu § 167 odst. 1 zákona. Podle navrhovatele tedy zadavatel může k prokázání kritérií technické kvalifikace ve vztahu k dodávkám požadovat toliko seznam významných dodávek, nikoliv však již osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí takových dodávek, neboť nelze upravovat kritéria kvalifikace, pouze lze formulovat kritéria nová.
26. V dalším navrhovatel namítá nezákonnost, resp. nepřiměřenost, požadavku uvedeného v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, bodu 5.6.2 „Seznam významných dodávek“ pod písm. f), zadávací dokumentace spočívajícího ve stanovení finančního objemu u významných zakázek na dodávky motoricky ovládaných dveří. V rámci tohoto požadavku zadavatel požaduje doložení minimálně 2 referencí ve finančním objemu ve výši alespoň 1 milion Kč bez DPH za každou dodávku, přičemž nepřiměřenost daného požadavku navrhovatel spatřuje v zanedbatelnosti plnění ve vztahu k rozsahu a charakteru veřejné zakázky. Podle navrhovatele se jedná o požadavek, který nedůvodně omezuje okruh potenciálních dodavatelů.
27. Navrhovatel v návrhu dále namítá nezákonnost požadavku zadavatele na složení jistoty formou bankovní záruky, jelikož zadavatel připouští pouze bankovní záruku vystavenou českou bankou nebo jinou českou osobou oprávněnou vydávat bankovní záruky v rámci podnikání, nebo bankovní záruku vystavenou zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státě Evropské unie s pobočkou v České republice, popř. bankovní záruku

vystavenou zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v Evropské unii působící v České republice na základě práva volného pohybu služeb, která však musí být potvrzena ve smyslu § 2031 zákona č. 89/2012, občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), českou bankou. Zadavatel tak podle navrhovatele zcela vyloučil možnost, aby dodavatelé předložili bankovní záruku vydanou bankou se sídlem mimo Evropskou unii. Navrhovatel považuje takový požadavek za diskriminační a znevýhodňující zejména zahraniční dodavatele, popř. dodavatele, kteří mají zajištěno financování u zahraničních bank. Navrhovatel dodává, že potvrzení bankovní záruky vystavené zahraniční bankou poskytuje jediná česká banka, což zvýhodňuje konkrétního dodavatele, který s touto bankou dlouhodobě spolupracuje.

28. Navrhovatel konečně namítá, že zadavatel chybně aplikoval vazbu vyhrazeného plnění na požadovanou kvalifikaci a nedostatečně vymezil vyhrazené plnění. Podle navrhovatele zadavatel nesprávně uchopil vztah mezi vyhrazeným plněním a prokazováním kvalifikace jinou osobou, když v zadávací dokumentaci nedostatečně specifikoval, co je předmětem vyhrazeného plnění, a není tudíž zřejmé, které části kvalifikace nelze vlivem požadavku na vyhrazené plnění prokazovat prostřednictvím jiné osoby. Konkrétně navrhovatel uvádí, že se zadavatel dopustil pochybení tím, že v zadávací dokumentaci uvedl požadavky na referenční zakázky, které nelze prokazovat jinou osobou, nicméně v jejich výčtu neuvedl referenční zakázku na „výstavbu nejméně jedné drážní tunelové stavby s raženými tunelovými úseky, kde finanční objem prací na této stavbě musí dosahovat finančního objemu min. 100 mil. Kč bez DPH“, čímž tedy připustil její prokazování jinou osobou. Pokud by však zadavatel připustil prokázání předmětné reference jinou osobou, musela by se tato podle navrhovatele zavázat v určitém rozsahu k realizaci ražeb (které jsou předmětem vyhrazeného plnění), čímž by došlo k narušení vyhrazeného plnění, a tudíž i k porušení zákona. Nedostatečnost specifikace vyhrazeného plnění navrhovatel namítá i ve vztahu k požadavku na doložení významných dodávek. Ve vztahu k požadavku na předložení seznamu odborného personálu má navrhovatel za to, že zadavatel pochybil, když neomezil možnost prokazování kvalifikace jinou osobou na osobu bezpečnostního technika, a naopak omezil tuto možnost na osobu výrobního přípravaře, a to s ohledem na obsahovou náplň jejich činností, když bezpečnostní technik se musí nutně podílet na realizaci vyhrazeného plnění, kterým jsou celé ražby, a naopak osobní přítomnost důlního přípravaře při realizaci prací ani není nutná.
29. V souvislosti s prokazováním profesní způsobilosti má navrhovatel rovněž za to, že zadavatel pochybil, když nejasně stanovil, prokazování jaké kvalifikace nepřipustí prostřednictvím jiné osoby, čímž mohlo dojít k zásahu do vyhrazeného plnění. K porušení zákona pak mělo dojít mj. tím, že zadavatel fakticky připustil prokazování kvalifikace např. u požadavku na doložení živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, osvědčení o autorizaci ČKAIT, mimo jiné, pro obor „dopravní stavby, „statika a dynamika staveb“, „geotechnika“ a „požární bezpečnost“, prostřednictvím jiné osoby, ačkoliv tyto souvisí s prováděním ražeb, tzn. formuloval požadavky na profesní způsobilost v rozporu s výhradou zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona.
30. Závěrem návrhu proto navrhovatel s ohledem na všechny shora uvedené skutečnosti navrhuje, aby Úřad jako nápravné opatření zrušil zadávací řízení, popř. aby zrušil rozhodnutí o námitkách pro jeho nepřezkoumatelnost.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

31. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dnem 7. 1. 2021, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavateli byl stejnopis návrhu doručen taktéž dne 7. 1. 2021.
32. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel.
33. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-00974/2021/531/MKe ze dne 11. 1. 2021.
34. Usnesením č. j. ÚOHS-03502/2021/531/MKe ze dne 29. 1. 2021 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to k podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení ve smyslu § 216 odst. 1 zákona, pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
35. Usnesením č. j. ÚOHS-04512/2021/531/JHl ze dne 4. 2. 2021 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
36. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-06778/2021/500/Alv ze dne 22. 2. 2021 Úřad podle § 61 odst. 1 správního řádu nařídil zadavateli z moci úřední předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení, neboť s ohledem na dosavadní průběh zadávacího i správního řízení shledal nezbytným zatímně upravit poměry účastníků správního řízení.

Vyjádření navrhovatele ze dne 13. 1. 2021

37. Navrhovatel ve svém vyjádření ze dne 13. 1. 2021, jež Úřad obdržel téhož dne, Úřadu sdělil, že jeho návrh neobsahuje utajované informace nebo skutečnosti, na něž se vztahuje zákonem uložená nebo uznaná povinnost mlčenlivosti. Současně navrhovatel uvedl, že žádnou ze skutečností uvedených v návrhu nepovažuje za obchodní tajemství.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 18. 1. 2021

38. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 18. 1. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž konstatuje následující.
39. Zadavatel je primárně přesvědčen, že se se všemi skutečnostmi namítanými v návrhu řádně vypořádal již v rámci rozhodnutí o námitkách, proto se ve svém stanovisku k návrhu zaměřuje na vystižení podstaty tvrzených námitek a na reakci na nová tvrzení navrhovatele. Zadavatel se domnívá, že postup navrhovatele je účelový, když se snaží každý, i marginální úkon zadavatele, označit za podstatné pochybení. Některé z námitek byly navrhovatelem nedostatečně formulovány, a proto bylo obtížné se k nim vyjádřit.
40. Podle zadavatele návrh obsahuje řadu spekulativních a nepravdivých tvrzení ohledně údajného zvýhodnění konkrétních dodavatelů, a to Metrostav a.s., Subterra a.s., HOCHTIEF CZ a.s. a STRABAG a.s. Tato tvrzení zadavatel odmítá, přičemž poukazuje na skutečnost, že Metrostav a.s., HOCHTIEF CZ a.s. a STRABAG a.s. jsou samostatné obchodní společnosti,

kteřé nejsou majetkově, osobně ani jinak zjevně propojeny a zadavatel je tedy až do podání nabídek vnímal jako samostatné soutěžitele na trhu. Skutečnost, že uvedení dodavatelé podali společnou nabídku, zadavatel nemohl předvídat ani ovlivnit, a tudíž mu nelze přičítat k tíži následné spojení uvedených dodavatelů do jediného účastníka zadávacího řízení. Zadavatel uvádí, že tvrzené zvýhodnění uvedených dodavatelů může být způsobeno jejich objektivně vyšší kvalifikovaností v oblasti podzemních staveb, nikoliv údajným nezákonným postupem zadavatele.

41. K námitce, již navrhovatel brojil proti neuveřejnění části dokumentace na profilu zadavatele, zadavatel konstatuje, že měl od počátku zadávacího řízení postaveno najisto, že projektová dokumentace obsahuje informace důvěrné povahy, tudíž pro její zpřístupnění stanovil konkrétní podmínky, přičemž nepostupoval v rozporu s § 36 odst. 8 zákona, neboť zákon nevyžaduje konkrétní kvalifikovanou povahu chráněných informací. Zadavatel nadto označil důvody, proč relevantní informace považuje za informace důvěrné povahy a podmínkami přístupu k zadávací dokumentaci nezmýhodnil žádného z dodavatelů, tzn. došlo k zachování zásady rovného zacházení. Zadavatel má za to, že neporušil zákon ani tím, že neuveřejnil na profilu zadavatele vysvětlení zadávací dokumentace týkající se neuveřejněných částí zadávací dokumentace, neboť i na ně je třeba pohlížet jako na součást projektové dokumentace. Zadavatel zdůrazňuje, že od počátku odůvodňoval neposkytnutí části zadávací dokumentace především ochranou bezpečnostních zájmů, přičemž konstantnost a konzistentnost jeho argumentace nijak nezpochybnuje, pokud podpůrně odkázal na právní úpravu kritické infrastruktury.
42. K námitce týkající se délky lhůty pro podání nabídek zadavatel uvádí, že přiměřenost lhůty je třeba posuzovat ve vztahu k okolnostem, které existovaly v době zahájení zadávacího řízení. Pakliže stanovil lhůtu pro podání nabídek v délce 44 pracovních dnů, přesahovala tato podstatně délku minimální zákonné lhůty, a proto ji považuje za přiměřenou, a to i s ohledem na skutečnost, že zadání určené k ocenění dodavatelé sestává z typizovaných celků, což usnadňuje přípravu nabídek. Zadavatel konstatuje, že nemůže zcela popřít přirozené zvýhodnění dodavatele realizujícího pro zadavatele související plnění v minulosti, nicméně učinil všechny myslitelné kroky k neutralizaci případného zvýhodnění, zejména dbal na to, aby dal k dispozici všechny relevantní informace. Přiměřenost lhůty pro podání nabídek je pak podle zadavatele třeba posuzovat nikoliv podle toho, jestli jeden dodavatel disponoval projektovou dokumentací dříve, ale podle toho, zda lhůta obecně byla či nebyla dostatečná pro přípravu nabídky, tedy pro všechny dodavatele. Délka lhůty byla stanovena objektivně s ohledem na předmět veřejné zakázky, přičemž o její přiměřenosti podle zadavatele svědčí mj. počet podaných nabídek. Pokud se po zahájení zadávacího řízení změnilo v důsledku pandemie onemocnění covid-19 okolnosti, nenastala úplná nemožnost zpracovávat nabídky, nadto zadavatel s ohledem na tuto okolnost předmětnou lhůtu přiměřeně prodloužil.
43. Argument navrhovatele o nedostatečném prodloužení lhůty pro podání nabídek shledává zadavatel neopodstatněným, přičemž svůj postup považuje za souladný se zákonem, neboť lhůta byla prodloužena v souladu se zásadou přiměřenosti.
44. Pokud navrhovatel namítá, že v určitých případech vůbec nedošlo k prodloužení lhůty pro podání nabídek, ačkoliv k jejímu prodloužení měl zadavatel přistoupit, pak zadavatel konstatuje, že navrhovatel nepoukázal na nic konkrétního, z čeho by vyplynula nutnost v jím

zmíněných případech tuto lhůtu prodloužit. Podle mínění zadavatele navrhovatel pouze obsahově vymezil změny zadávacích podmínek, aniž by však poukázal na jejich reálné dopady na zadávací řízení, tzn. chyběla dostatečná konkretizace námitek. Obdobnou argumentační linii zadavatel předkládá i ve vztahu k tvrzení navrhovatele ohledně nedostatečného prodloužení lhůty pro podání nabídek, neboť v určitých případech měl zadavatel podle navrhovatele prodloužit předmětnou lhůtu o celou její délku, k čemuž však nedošlo, a v případě nedostatečného prodloužení lhůty pro podání nabídek, kdy tato měla být v konkrétních případech přiměřeně prodloužena, což však zadavatel taktéž neučinil. Nadto považuje zadavatel převážnou část argumentace za opožděnou.

45. Námitku ohledně neúplnosti zadávací dokumentace, která neobsahovala stavební povolení, zadavatel nepovažuje za opodstatněnou, neboť zahájení zadávacího řízení, aniž by bylo vydáno stavební povolení, je v oboru běžnou praxí. Zadavatel zdůrazňuje, že dodavatelé od něj obdrželi zadávací podmínky, na základě nichž jim nevznikaly žádné pochybnosti, jak mají zpracovat své nabídky. Zadavatel upozorňuje, že navrhovatel v návrhu předložil nová tvrzení, která dříve neuplatnil v námitkách. Zadavatel dále uvádí, že případné větší změny související s podmínkami stavebního plnění by byly do předmětu plnění promítnuty legálním a legitimním způsobem, a to prostřednictvím vyhrazené změny závazku či institutu tzv. měřeného kontraktu. Podle zadavatele nedojde k zásadnímu ovlivnění vymezení předmětu plnění ani v souvislosti s požadavky a námitkami občanských spolků a sdružení.
46. Tvrzení navrhovatele o neúplnosti zadávací dokumentace, jež měla spočívat v absentujícím výstupu z probíhajícího doplňkového geologického průzkumu, čímž měli být někteří dodavatelé (provádějící doplňkový geologický průzkum) zvýhodněni, není podle zadavatele namístě, neboť příprava projektové dokumentace a návaznost jednotlivých kroků včetně všech fází geologického průzkumu je standardní, běžná a v praxi ověřená, tzn. zadávací dokumentace obsahovala dostatečné množství informací pro zpracování nabídek, jež budou vzájemně porovnatelné, a to mj. s ohledem na skutečnost, že se bude v případě posuzované veřejné zakázky jednat o tzv. měřený kontrakt. Zadavatel upozorňuje, že do konce lhůty pro podání nabídek neexistovala žádná zpráva z doplňkového geologického průzkumu, která by zpřesňovala zadávací podmínky. Zadavatel dále konstatuje, že určitá míra informačního zvýhodnění stávajících dodavatelů či dodavatelů souvisejícího plnění je přirozená, avšak zadavatel nemá možnost je z tohoto důvodu apriori vylučovat. Zadavatel trvá na tom, že i vzhledem k reálnému průběhu provádění doplňkového geologického průzkumu neměli jeho zhotovitelé ke dni podání nabídek k dispozici takové informace, které by je mohly zvýhodnit oproti ostatním dodavatelům. K argumentaci navrhovatele, že prostřednictvím měřeného kontraktu nelze předmět veřejné zakázky rozšiřovat o potřebné změny, které vyplynou z výsledků geologických průzkumů, zadavatel sděluje, že změny mohou nastat pouze v množství dílčích jednotek, ale nelze předpokládat vznik a doplňování nových, dodavatelem v nabídce nenacenených položek, neboť v rámci nabídkové ceny nebylo přípustné upravovat položky soupisu prací.
47. Pokud jde o nejasnost zadávací dokumentace, kterou navrhovatel spatřuje v ne zcela jasném vymezení kvalifikačního požadavku dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, kde v rámci referenční zakázky zadavatel požadoval doložit, že dodavatel v minulosti provedl konkrétní práce (ražený tunel, izolovaný, definitivně ostěný) v určité hodnotě, považuje zadavatel tuto námitku za zcela vypořádanou, když není pochyb, že rozporovaná referenční zakázka v sobě

musela zahrnovat všechny tři uvedené druhy prací, jež musely souhrnně dosahovat minimální finanční výše 2,5 mld. Kč bez DPH.

48. K námitce ohledně nejasnosti zadávací dokumentace v části vyhrazených změn a dalších změn zadavatel předně odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013 a s ohledem na něj konstatuje, že z jeho pohledu není v této části zadávací dokumentace přítomen žádný exces, který by zavadával důvod k úvahám o nemožnosti plnění předmětu veřejné zakázky. Veškeré vyhrazené změny zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci i v návrhu smlouvy, přičemž dílčí rozdíly v jejich textaci dle něj nemohou znamenat porušení zákona, stejně tak jako navrhovatelem tvrzené směřování právních institutů. V podrobnostech se pak zadavatel vyjadřuje k jednotlivým vyhrazeným změnám. Zadavatel je přesvědčen, že podmínky a obsah vyhrazených změn dle § 100 odst. 1 zákona byly stanoveny jednoznačně, a tudíž jsou v souladu se zákonem.
49. Ve vztahu k námitce týkající se nejasnosti zadávací dokumentace, jež měla spočívat v tom, že není dostatečně zřejmé, kdy je požadavek na český jazyk možno splnit prostřednictvím tlumočnicka a kdy nikoliv, zadavatel poznamenává, že je přesvědčen, že svůj požadavek na znalost českého jazyka u 8 klíčových osob z týmu dodavatele řádně odůvodnil, přičemž se nejedná pouze o účelové zdůvodnění, neboť tyto osoby vykonávají nejdůležitější činnosti a budou v nejužším kontaktu se zadavatelem. Zadavatel je toho názoru, že v rozhodnutí o námitkách zcela vyvrátil argumentaci navrhovatele, vysvětlil údajný „rozpor“ mezi zadávací dokumentací a návrhem smlouvy, kdy je zřejmé, že nestanovil svůj požadavek diskriminačně a záměrně nezvýhodnil žádného z dodavatelů.
50. K námitkám, jejichž obsahem byl údajný střet zájmů, zvýhodnění některých účastníků a nezákonnost předběžných tržních konzultací, zadavatel ve vztahu k doplňkovým geologickým průzkumům odkazuje na svou předchozí argumentaci ohledně pokročilosti doplňkových geologických průzkumů a jejich využitelnosti pro přípravu nabídky a doplňuje, že všem dodavatelům poskytl úplnou sumu informací nezbytných pro přípravu nabídek a stanovil dostatečnou lhůtu pro tvorbu a podání nabídek. Pokud kterýkoliv dodavatel disponoval informacemi na základě předchozí spolupráce se zadavatelem, zadavatel má za to, že tento potenciální a zcela přirozený informační náskok eliminoval způsobem, jakým připravil zadávací dokumentaci. Zadavatel odmítá tvrzení navrhovatele, že se některý z údajně zvýhodněných dodavatelů podílel na přípravě zadávací či projektové dokumentace. K námitce ohledně působení některých osob v RAMO zadavatel sděluje, že se s touto dostatečně vypořádal v rozhodnutí o námitkách, přičemž platí, že působení v RAMO nepředstavuje podíl na přípravě zadávací či projektové dokumentace, ani nepřináší podstatnou informační výhodu.
51. Zadavatel uvádí, že provedl předběžné tržní konzultace v souladu se zákonem, když zcela transparentně uveřejnil své dotazy, přičemž paralelně oslovil konkrétní dodavatele. Následně v zadávací dokumentaci v souladu se zákonem uveřejnil veškeré podstatné informace, jež byly obsahem těchto předběžných tržních konzultací. Zadavatel popírá vznik časových nesrovnalostí u odpovědí společnosti Metrostav a.s. v rámci předběžných tržních konzultací. K námitce navrhovatele ohledně problematiky střetu zájmů ve spojení s předběžnými tržními konzultacemi a výčtem tunelových staveb, na kterých bylo možné získat zkušenosti členů realizačního týmu, zadavatel sděluje, že přehled provedený navrhovatelem dokazuje, že předmětné zakázky provádělo několik nezávislých subjektů,

a tudíž zadavatel oprávněně předpokládal, že je na trhu k dispozici přiměřený počet referencí. Podle zadavatele není jeho pochybením ani důvodem nezákonnosti zadávacího řízení, pokud se několik dodavatelů spojilo a podalo jedinou společnou nabídku.

52. Zadavatel se v dalším vyjadřuje k námitce týkající se požadavku na prokázání profesní způsobilosti, který spočíval v doložení oprávnění k podnikání podle § 77 odst. 2 písm. a) zákona. Pokud byl požadován doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, pak zadavatel trvá na tom, že nepovažuje daný požadavek za nepřiměřený či diskriminační. Zadavatel předesílá, že nepožadoval předložení duplicitních živnostenských oprávnění, jelikož nikdy neformuloval formální požadavek na živnostenské oprávnění na konkrétní předmět podnikání. Zadavatel požaduje, aby vybraný dodavatel měl oprávnění vykonávat všechny v zadávací dokumentaci uvedené činnosti, a aby tato oprávnění řádně doložil.
53. Navrhovatelem rozporovaný požadavek na prokázání kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona spočívající v předložení seznamu významných dodávek, v rámci něhož zadavatel stanovil povinnost doložit k tomuto seznamu i osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí těchto dodávek, je umožněn ustanovením § 167 odst. 1 zákona, podle něhož u sektorových veřejných zakázek mohou zadavatelé využít i jiná kritéria kvalifikace dodavatele. Výklad posledně citovaného ustanovení zákona učiněný navrhovatelem vede podle zadavatele k naprostému popření předmětného ustanovení. Zadavatel považuje jím stanovený požadavek za zcela souladný se zákonem.
54. Zadavatel dále ve vztahu k jeho požadavku na motoricky ovládané dveře podotýká, že navrhovatel námitkami nebrojil proti samotnému finančnímu objemu předmětného požadavku, a proto takovou námitku ani nemohl vypořádat. Zadavatel je nicméně přesvědčen, že vyvrátil námitku navrhovatele, že projektová dokumentace neobsahuje ani jedny motoricky ovládané dveře, a taktéž odůvodnil svůj požadavek na seznam významných dodávek motoricky ovládaných dveří. Při stanovení tohoto požadavku vycházel zadavatel z předpokládané hodnoty veřejné zakázky a z počtu požadovaných automatických dveří.
55. Zadavatel považuje za zákonný i požadavek na bankovní záruku, jelikož dodavatelé si mohou určit, jakou banku si pro bankovní záruku zvolí, a pouze pokud banka nebude mít v České republice sídlo nebo pobočku, musí být taková bankovní záruka potvrzena českou bankou. Zadavatel daný požadavek nestanovil v rozporu se zásadou zákazu diskriminace, což dokládá odkazem na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0327,0328/2019/VZ-35855/2019/523/VHm ze dne 30. 12. 2019. Zadavatel dodává, že potvrzení zahraniční bankovní záruky je standardní peněžní nástroj a není žádný důvod, aby jej poskytoval pouze jediný bankovní ústav. V této souvislosti zadavatel odmítá nedůvodné spekulace navrhovatele o zvýhodnění konkrétního dodavatele.
56. Zadavatel v dalším reaguje na tvrzení, že vazba vyhrazeného plnění na požadovanou kvalifikaci byla učiněna chybně. K tomu zadavatel sděluje, že vyhrazené plnění, jakož i jeho vazba na kvalifikaci, byly provedeny řádně a v souladu se zákonem. Zadavatel v zadávací dokumentaci stanovil, že významné činnosti spočívající v ražbě stanic při realizaci veřejné zakázky musí být plněny přímo vybraným dodavatelem vlastními prostředky a tuto činnost dále specifikoval tím způsobem, že uvedl, že se jedná o činnosti ražení částí, izolace

a definitivní ostění tunelů. Z právě řečeného tak jednoznačně vyplývá, jaké činnosti jsou významnými činnostmi dle § 105 odst. 2 zákona. Argumentaci navrhovatele ohledně nejednoznačnosti vymezení pojmů považuje zadavatel za účelovou. Zadavatel zdůrazňuje, že nemá povinnost v zadávací dokumentaci jednoznačně definovat tu část kvalifikace, která odpovídá věcně vymezenému vyhrazenému plnění, a kterou z tohoto důvodu nelze prokazovat prostřednictvím jiných osob. Zadavatel dále upozorňuje, že fakt, že lze konkrétní činnosti zařadit do několika položek v rámci soupisu prací, jež jsou následně agregovány do skupiny položek, neznamená, že jedna celá skupina položek musí být vždy kompletně buď zařazena pod stanovenou výhradu či nikoliv.

57. K technické kvalifikaci, konkrétně k seznamu stavebních prací, zadavatel konstatuje, že stanovil vícero požadavků na referenční zakázky, přičemž k prokázání zkušenosti dodavatele s ražbou stanic, čili s významnou činností dle § 105 odst. 2 zákona, je zcela dostatečné předložení referencí dle písm. a) bodu 5.6.1 „Seznam stavebních prací“ čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“ zadávací dokumentace, v jehož rámci dodavatel prokazuje zkušenost s ražbou stanic v rozsahu finančního objemu min. 2,5 mld. Kč bez DPH. V případě prokazování referenční zakázky dle písm. b), tzn. zkušenost s výstavbou alespoň jedné drážní tunelové stavby s raženými tunelovými úseky, prostřednictvím jiné osoby bude mít vybraný dodavatel požadovanou zkušenost pro realizaci vyhrazeného plnění, neboť tato zkušenost je v dostatečné míře prokázána již na základě zkušeností požadovaných dle písm. a). K tomu zadavatel doplňuje, že zkušenost dle písm. b) je s ohledem na požadavky písm. a) zcela marginální (zejména pak finanční hodnotou), přičemž tuto referenční zakázku požadoval k prokázání zkušenosti s výstavbou drážní tunelové stavby. Zadavatel poukazuje na to, že činnosti realizované v rámci výstavby drážní tunelové stavby nejsou pouze činnostmi spočívajícími v ražení, ale jedná se o různorodé činnosti související s výstavbou drážní tunelové stavby. V případě prokazování kvalifikace prostřednictvím jiné osoby se tedy poddodavatel může zavázat k činnostem souvisejícím s výstavbou drážní tunelové stavby, přičemž dílčí činnosti spočívající v ražení, ostění a izolaci mohou být realizovány přímo vybraným dodavatelem. Zadavatel považuje svůj postup za zcela zákonný.
58. K dalším požadavkům stanoveným v rámci technické kvalifikace, konkrétně ve vztahu k seznamu významných dodávek a k seznamu odborného personálu, zadavatel cituje odbornou literaturu, z níž podle něj jednoznačně vyplývá, že co se týče definitivního ostění, jedná se pouze o betonové ostění, nikoliv o rozvody či vzduchotechniku. Ve vztahu k vymezení činnosti bezpečnostního technika zadavatel odkazuje na rozhodnutí o námitkách, přičemž podotýká, že zajištění bezpečnosti představuje podpůrnou činnost spočívající v zajištění bezpečnosti při tom, kdy jiná osoba či osoby provádějí ražení stanic. K profesní způsobilosti ve vztahu k argumentaci navrhovatele stran prokazování živnostenského oprávnění k činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ zadavatel podotýká, že omezení kvalifikace k vymezené významné činnosti bylo z jeho strany učiněno na základě materiálního hlediska. Zadavatel uvádí, že stanovil poddodavatelské omezení v rámci kvalifikace tak, že omezil kvalifikaci významnou ve vztahu k vyhrazenému plnění dle § 105 odst. 2 zákona, a to především z důvodu, aby byla zajištěna co nejširší hospodářská soutěž. Zadavatel dodává, že dostatečná kvalifikace pro ražby stanic v rámci vyhrazeného plnění je zajištěna již požadavkem na prokázání profesní způsobilosti spočívající v provádění trhacích prací, oprávnění báňského úřadu k činnosti prováděné hornickým způsobem a osvědčení

odborné způsobilosti osoby odpovědné za provádění trhacích prací, jež musí být prokázána přímo vybraným dodavatelem.

59. Ve světle výše řečeného tak zadavatel v závěru svého stanoviska navrhuje, aby Úřad návrh zamítl a zahájené správní řízení zastavil, neboť neshledal důvody pro uložení nápravného opatření.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 12. 2. 2021

60. Navrhovatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-04512/2021/531/JHI ze dne 4. 2. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 12. 2. 2021, jež Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.
61. Navrhovatel konstatuje, že z vyjádření zadavatele ze dne 18. 1. 2021 je naprosto zřejmé, že zadavatel považuje za relevantní trh pouze Českou republiku. Navrhovatel proto uvádí, že s ohledem na předmět veřejné zakázky, kterým je výstavba metra, vyplývá, že relevantním trhem je v předmětném zadávacím řízení minimálně trh Evropské unie a nikoliv pouze český trh, jak se domnívá zadavatel. Pokud zadavatel vymezil zadávací podmínky takovým způsobem, že dochází dle slov zadavatele ke „zvýhodnění“ konkrétních subjektů působících na českém trhu, zejména stanovením požadavku na osobní znalost českého jazyka, kteří jako jediní mohou kvalifikaci požadovanou zadavatelem splnit, tak se v žádném případě nejedná o přirozenou a naprosto legální konkurenční výhodu, jak se pokouší dovozovat zadavatel, nýbrž o zcela zjevné a nedůvodné zvýhodnění, které je dle § 36 odst. 1 zákona zapovězeno. Tyto své závěry dále v textu svého stanoviska v podrobnostech odůvodňuje.
62. K vyjádření zadavatele ve vztahu k nedostupnosti části zadávací dokumentace navrhovatel uvádí, že informace citlivé povahy obsahuje marginální část projektové dokumentace (ochranný systém metra). Není proto možné, aby zadavatel, který považuje za důvěrnou informaci pouze marginální část projektové dokumentace, neuveřejnil celou projektovou dokumentaci. V opačném případě by bylo možné neuveřejnit projektovou dokumentaci prakticky jakékoliv pozemní či dopravní stavby.
63. Navrhovatel dále sděluje, že přiměřenost lhůty pro podání nabídek je třeba posuzovat dle okolností, které existovaly v okamžiku zahájení zadávacího řízení. Dle navrhovatele je argumentace zadavatele neudržitelná, neboť dodavatel obdrží projektovou dokumentaci až za 3 pracovní dny od okamžiku, kdy o ní požádá, přičemž ze lhůty pro podání nabídky mu tak zbude už jen 59 dní a méně. Pokud se např. zahraniční dodavatel rozhodne nabídku podat, musí předložit potvrzení o uznání odborné kvalifikace, avšak ČKAIT, jako uznávající orgán, musí o žádosti rozhodnout bezodkladně, a to nejpozději do 60 dnů ode dne předložení žádosti o uznání odborné kvalifikace s předložením všech dokladů uchazeče. Dle navrhovatele je již v tento okamžik zřejmé, že není možné, aby zahraniční dodavatel nabídku mohl podat, neboť s největší pravděpodobností nezíská potřebné doklady k prokázání kvalifikace.
64. Navrhovatel vyjadřuje své přesvědčení, že v případě zájmu podat nabídku by si zahraniční dodavatel musel v rámci veřejné zakázky nechat odborně přeložit nejen zadávací podmínky, ale následně by si musel nechat zkontrolovat a konzultovat s odborně zdatnou osobou se znalostí českého jazyka i svou nabídku. Takové konzultace ohledně nabídky, včetně předběžné a finální kontroly nabídky zahraničního dodavatele, se nutně projeví v tom, že

zahraniční dodavatel k přípravě své nabídky potřebuje více časového prostoru. Navrhovatel v dalším upozorňuje na skutečnost, že zadavatel obdržel celkem 6 žádostí o prodloužení lhůty pro podání nabídek, což dle jeho přesvědčení rozhodně není obvyklý, ani malý počet, naopak, tento počet sám o sobě naznačuje možnou nepřiměřenost lhůty pro podání nabídek.

65. K otázce nedostatečného prodloužení lhůty pro podání nabídek navrhovatel sděluje, že z důvodu netransparentního postupu zadavatele není možné spolehlivě ověřit, na základě jakých dotazů a vysvětlení/změny zadávací dokumentace zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek. Pokud sám zadavatel tvrdí, že k prodloužení lhůty pro podání nabídek došlo na základě vysvětlení zadávací dokumentace č. 18, které bylo neveřejné, navrhovatel v této souvislosti odkazuje na bod 34. návrhu, ve kterém uváděl, že absence uveřejnění některých vysvětlení/změn zadávací dokumentace je zjevně nezákonná, a že neuveřejněním některých vysvětlení/změn zadávací dokumentace se zadavatel vystavil zvýšenému riziku, že takovýto postup bude shledán netransparentním. Jelikož zadavatel neuveřejnil vysvětlení zadávací dokumentace č. 18, dodavatelé ani veřejnost neměli možnost seznámit se s důvody, pro které byla lhůta pro podání nabídek prodloužena. Jinými slovy, zadavatel prodloužil lhůtu pro podání nabídek z důvodů, které nebyly uveřejněny a které proto nebyly známé. Takovýto postup zadavatele je ve zcela zjevném rozporu se zásadou transparentnosti.
66. Navrhovatel sděluje, že je zcela nepodstatné, v jakém časovém okamžiku je na vysvětlení/změny zadávací dokumentace nahlíženo. Vždy, a tedy i zpětně, totiž musí být postup zadavatele přezkoumatelný, což je v daném případě zcela nemožné, jak je zřejmé i z vyjádření zadavatele, který přiznává, že jsou jeho vysvětlení zadávací dokumentace „obtížně uchopitelná“. Jestliže zadavatel považoval svá vysvětlení/změny zadávací dokumentace v průběhu zadávacího řízení za „obtížně uchopitelná“ a nepřehledná, tak v okamžiku takového poznání měl sám z vlastní iniciativy prodloužit lhůtu pro podání nabídek, a to alespoň v rozsahu původní délky pro podání nabídek.
67. Navrhovatel dále doplňuje svou argumentaci týkající se nedostatečného prodloužení či neprodloužení lhůty pro podání nabídek ve vztahu ke konkrétním vysvětlením/změnám zadávací dokumentace.
68. Navrhovatel uvádí, že hlavní nedostatky vymezení předmětu plnění veřejné zakázky spočívající v tom, že v návaznosti na výsledek řízení o vydání stavebního povolení reálně hrozí, že bude nutné provést zásadní změny v předmětu veřejné zakázky, zadavatel nemůže obhájit tím, že tyto budou zhojeny použitím tzv. měřeného kontraktu. Navrhovatel upozorňuje, že institut tzv. měřeného kontraktu totiž není určen k nápravě nedostatečné specifikace díla, ale lze jej aplikovat pouze na položky soupisu prací s výkazem výměr, které jsou již v tomto soupisu obsaženy. Na základě těchto principů proto nelze přidat nové položky do soupisu prací. Takový postup již není „měřením“, nýbrž změnou/doplněním předmětu díla, resp. v terminologii zákona, změnou závazku ze smlouvy. Obsah stavebních povolení je pro realizaci tak rozsáhlé stavby dopravní infrastruktury zcela zásadní a bez takových pravomocných stavebních povolení nelze zadat veřejnou zakázku na realizaci takové stavby, aniž by vymezení předmětné veřejné zakázky nebylo v rozporu s požadavky podle zákona.

69. Navrhovatel argumentuje, že zadavatel měl vyčkat na závěry a výstupy doplňkových geologických průzkumů, které měl dát k dispozici všem dodavatelům jakožto součást zadávací dokumentace. Rovněž závěry předběžné tržní konzultace měl zadavatel zpracovat nejen v rozsahu požadavků jím zvýhodněných dodavatelů. Zadávací podmínky tak mohl zadavatel zpracovat nediskriminačně, zejména s ohledem na zahraniční dodavatele. Tvrzení zadavatele o tom, že v daném čase neexistovaly výstupy z doplňkových geologických průzkumů, které by výrazně ovlivnily předmětnou veřejnou zakázku, označuje navrhovatel jako nepravdivé. Jednak v bodu 104. námitek navrhovatel uvedl termíny dokončení doplňkových geologických průzkumů, ze kterých vyplývá ukončení ražeb v období dubna a května 2020. Tedy je jasné, že již existovala celá řada dat, včetně výsledků laboratorních zkoušek přímo z ražeb (tedy těch nejpřesnějších), a že byly hotové realizační projektové dokumentace. Žádná tato data ale nebyla součástí zadávací dokumentace na realizaci veřejné zakázky.
70. Dle navrhovatele zadavatel vůbec nedokázal reagovat na námítky navrhovatele, že „části *Soupisu prací (ražené části, izolace, definitivní ostění)*“ jsou v rámci různých staveb zařazeny odlišně a nelze jednoznačně identifikovat, co vše je součástí ražené části. Dle navrhovatele je zřejmé, že ani sám zadavatel neví, co má být součástí jeho požadavku a co nikoliv. Argumentace zadavatele proto postrádá jakoukoliv relevanci a spíše jen vzbuzuje další pochybnosti ohledně toho, zda zadavatel řádně posoudil splnění kvalifikace dodavatelů, když s ohledem na nejednoznačnost požadavků v zadávací dokumentaci toho nemohl být schopen.
71. Pokud se týká nejasnosti zadávací dokumentace u vyhrazených změn závazku a dalších změn, navrhovatel trvá na tom, že nastavení smluvních podmínek v podstatě umožňuje zadavateli nekontrolovatelně přidávat blíže nespecifikované práce, a to bez předem jasně stanovených podmínek. Pokud totiž není zadavatel předem schopen předmět změn jasně definovat a jednoznačně vymežit podmínky a obsah změny, pak je zřejmé, že nemůže využít institut vyhrazené změny ve smyslu § 100 odst. 1 zákona.
72. Navrhovatel opětovně uvádí, že zvýhodnění společností realizujících doplňkový geologický průzkum vyplývá ze skutečnosti, že je realizován metodou průzkumných štol a je tedy realizován v samotné budoucí trase ražeb. Jde tedy o nejpřesnější a nejvíce vypovídající metodu, poskytující ty nejdůležitější informace nezbytné pro řádné zpracování nabídky. Takto zvýhodnění dodavatelé mají k dispozici informace o hydrogeologii, výsledcích laboratorních zkoušek přímo z míst budoucích ražeb, informace o možnostech injektáží, bezpečnosti, místech a způsobech odstřelů a ražeb, množství dokumentů včetně podkladů a samotné závěrečné zprávy, projektové dokumentace geologických průzkumů (realizační dokumentace stavby a dokumentace skutečného provedení stavby) a navíc, jak sám zadavatel potvrdil, mají projektovou dokumentaci k šetřené veřejné zakázce o téměř rok dříve, než ostatní účastníci. Navrhovatel navíc upozorňuje, že výše uvedené skutečnosti, tj. že v rámci realizace doplňkového geologického průzkumu dochází ke změně projektové dokumentace, a tedy k informačnímu zvýhodnění dodavatelů realizujících doplňkový geologický průzkum, výslovně potvrzují i změnové listy uzavřené mezi zadavatelem a společností Metrostav a.s., v rámci realizace veřejné zakázky „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplňkový geologický průzkum ID1a Úsek PAD4“.

73. Navrhovatel setrvává na svém tvrzení, že je přítomna nejasnost zadávací dokumentace, a to u konkrétního požadavku na referenční stavby, neboť se rozhodně nejedná o jednoznačný a určitý požadavek, přičemž zadavatel důvodnost této námitky z pohledu navrhovatele nevyvrátil. Stejně tak považuje navrhovatel i nadále za relevantní svou námitku týkající se nedostatečného vymezení vyhrazených změn závazků, k čemuž se v podrobnostech vyjadřuje.
74. Pokud jde o argumentaci ve vztahu ke smyslu předběžných tržních konzultací, kdy zadavatel tvrdí, že navrhovatelem uváděný smysl z rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0317/2018, nevyplývá, a pokud jde o tvrzení zadavatele, že se jedná o novou námitku, odkazuje navrhovatel na bod 225. námitek, kde je uvedena citace z uvedeného rozhodnutí. Z této citace je zřejmé, že účelem předběžných tržních konzultací je, aby zadavatel „*přiměřenost svých požadavků ověřil před zahájením zadávacího řízení v rámci institutu předběžných tržních konzultací a až na základě jejich výsledků stanovil podmínky, které nebudou takto omezovat soutěž.*“.
75. Navrhovatel dále upozorňuje, že relevantní cenovou nabídku dokáže připravit pouze dodavatel či konsorcium dodavatelů, kteří realizují geologický průzkum pomocí průzkumných šachet. Tito dodavatelé totiž mají informace potřebné pro zpracování nabídky, kterými ostatní dodavatelé nedisponují. Navíc jsou v daném případě tito dodavatelé dále zvýhodnění i nepřiměřeně krátkou lhůtou k podání nabídek, nemluvě o faktické eliminaci zahraničních dodavatelů z důvodu nepřiměřených jazykových požadavků zadavatele.
76. Navrhovatel namítá, že pouze požadování jiných dokladů k prokázání kvalifikačního předpokladu, který je upraven v zákoně, není stanovením jiného kritéria kvalifikace ve smyslu § 167 odst. 1 zákona. Argumentace zadavatele, že tímto využil možnosti stanovit jiné kritérium kvalifikace, je zjevně neopodstatněná a účelová.
77. Pokud jde o požadavek zadavatele na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení, je zřejmé, že původně byly zadávací podmínky zadavatelem skutečně míněny tak, jak je obhajoval v rámci zadávacího řízení a následně v rámci původního rozhodnutí o námitkách. Tento výklad zadávacích podmínek, který již zadavatel jednou zastával a prezentoval, nelze následně zcela účelově měnit o 180 stupňů. Podle navrhovatele je tak zřejmé, že se nezákonný požadavek na doložení oprávnění k podnikání snaží zadavatel ospravedlnit účelovou interpretací zadávací dokumentace.
78. Pokud jde o rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0327,0328/2019, na které zadavatel poukazuje a současně uvádí, že jeho postup je zcela v souladu s touto rozhodovací praxí, když neznemožnil předložení bankovní záruky vydané zahraniční bankou, je třeba konstatovat, že byť formálně nebylo předloženo bankovní záruky vystavené zahraniční bankou zadavatelem zakázáno, svým požadavkem na potvrzení takové bankovní záruky „českou bankou“ fakticky toto znemožnil. Požadavek zadavatele má tedy stejný efekt jako v případě, který byl řešen rozhodnutím Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0327,0328/2019, které navrhovatel citoval v bodu 266. námitek.
79. Pokud zadavatel v rámci svého vyjádření k návrhu tvrdí, že kabelové vedení není součástí ostění tunelu (tedy vyhrazeného plnění), navrhovatel uvádí, že v rámci návrhu naopak doložil článek uznávaných odborníků, který prokazuje opak. Jelikož zadavatel nedefinoval vyhrazené plnění dostatečně přesně, není zřejmé, zda kabelové vedení a další plnění jsou nebo nejsou

součástí vyhrazeného plnění. Vyhrazené plnění tedy bylo stanoveno zcela neurčitým způsobem, v důsledku čehož je tato zadávací podmínka netransparentní.

80. Vztah požadavků na kvalifikaci a vyhrazeného plnění měl být dle vyjádření zadavatele posuzován každým dodavatelem samostatně, přičemž každý dodavatel na tento vztah mohl nahlížet odlišným způsobem, když jedno a to samé plnění (např. kabelové vedení v rámci ostění tunelu) mohlo být jedním dodavatelem považováno za vyhrazené plnění a druhým dodavatelem nikoliv. V důsledku takto nastavených zadávacích podmínek zadavatel nemohl obdržet vzájemně porovnatelné nabídky. Ve světle výše uvedených skutečností je dle navrhovatele naprosto zřejmé, že vztah vyhrazeného plnění a možnosti prokazování kvalifikace prostřednictvím poddodavatele nebyl zadavatelem vymezen v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení veřejné zakázky podle § 36 odst. 3 zákona.
81. Navrhovatel i nadále rozporuje kritéria technické kvalifikace stanovená zadavatelem, a to seznam stavebních prací, seznam významných služeb a seznam odborného personálu.
82. K otázce profesní způsobilosti navrhovatel uvádí, že nerozporuje vyvratitelnou právní domněnku uvedenou v § 83 odst. 2 zákona. Tato domněnka se dle navrhovatele nevztahuje k případům, kdy prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob možné není. Zadavatel v bodu 5.7.3 zadávací dokumentace definoval vyhrazené plnění, přičemž uvedl, že *„zadavatel upozorňuje, že stanovené poddodavatelské omezení současně brání tomu, aby byla prostřednictvím poddodavatelů prokazována ta část kvalifikace, která věcně odpovídá vyhrazenému plnění“*. Zadavatel tedy v zadávací dokumentaci definoval zadávací podmínky tak, že mj. i požadavky na profesní způsobilost odpovídající vyhrazenému plnění nebylo možné prokazovat prostřednictvím jiných osob. Zadavatel však ve vyjádření k návrhu uvádí zcela nový výklad výše uvedené zadávací podmínky, který ale ze zadávací dokumentace nikterak nevyplývá. V případě tohoto nového výkladu zadavatele se jedná o zcela novou zadávací podmínku, která byla zadavatelem definována až v jeho vyjádření k návrhu. Jestliže by měl platit nový výklad citované zadávací podmínky uvedený ve vyjádření zadavatele k návrhu, tak by bylo nutné konstatovat, že citovaná zadávací podmínka uvedená v zadávací dokumentaci je zcela netransparentní, jelikož z ní nikterak nevyplývá, že by dodavatelé mohli požadavky na profesní způsobilost odpovídající vyhrazenému plnění prokazovat i prostřednictvím jiných osob.
83. Závěrem svého vyjádření navrhovatel sděluje, že setrvává na svém návrhu, přičemž uvádí, že zadavatel v určitých případech nesprávně propojil a v jiných případech zase vůbec nepropojil vyhrazené plnění a požadavky na kvalifikaci. Vyjádření zadavatele navíc dle názoru navrhovatele potvrdilo, že zadávací podmínky nebyly formulovány jednoznačným a srozumitelným způsobem, přičemž zadavatel tak postupoval v rozporu s 36 odst. 3 zákona a dále v rozporu se zásadami transparentnosti a přiměřenosti vyjádřenými v § 6 odst. 1 zákona. S ohledem na shora uvedené proto navrhovatel navrhuje zadávací řízení zrušit.

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí ze dne 12. 2. 2021

84. Zadavatel se k usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-04512/2021/531/JHI ze dne 4. 2. 2021 vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 12. 2. 2021, které Úřad obdržel téhož dne, přičemž v něm sděluje následující.

85. Zadavatel v úvodu odkazuje na všechna svá podání a vyjádření, která učinil v rámci správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ, a činí veškerá svá vyjádření z předmětného správního vyjádření součástí tohoto vyjádření k podkladům rozhodnutí. Úřad ověřil, že v předmětném správním řízení zadavatel doručil Úřadu vícero stanovisek, a to konkrétně vyjádření k návrhu ze dne 2. 6. 2020, vyjádření ze dne 7. 7. 2020, vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 17. 7. 2020 a vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 9. 9. 2020, v rámci kterých se vyjadřuje ke všem, příp. k některým namítaným pochybením, a vyjádření ze dne 26. 6. 2020, v rámci kterého se vyjadřuje k požadavku na bankovní záruku.
86. Dále zadavatel popisuje jeho zvyšující se finanční škodu způsobenou inflací, resp. navýšením cen stavebních děl, kterou dává do souvislosti s prodlevou se zahájením plnění veřejné zakázky z důvodu vedení správních řízení u Úřadu.
87. V souvislosti se zadávacími podmínkami zadavatel zdůrazňuje, že v zadávacím řízení obdržel nabídky několika sdružení, a proto podle něj nelze dospět k závěru o „na míru“ připravených zadávacích podmínkách. Zadavatel uvádí, že zadávací podmínky byly z jeho strany nastaveny tak, aby umožnily řádnou hospodářskou soutěž a účast všech dodavatelů, kteří jsou schopni předmět veřejné zakázky plnit, k čemuž mu dopomohly i proběhnuvší předběžné tržní konzultace.
88. Nad rámec shora uvedeného zadavatel vyjadřuje své přesvědčení, že se stal součástí konkurenčního boje mezi potenciálními dodavateli, k čemuž se blíže vyjadřuje.
89. Závěrem zadavatel navrhuje, aby Úřad nařídil ústní jednání ve smyslu § 49 odst. 1 správního řádu, neboť návrh obsahuje řadu otázek vysoce odborného charakteru, přičemž je přesvědčen, že ústní jednání může být nezbytné pro splnění účelu správního řízení a uplatnění práv jeho účastníků.
90. S ohledem na vše shora uvedené zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl, neboť nebyly shledány důvody pro uložení nápravného opatření.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

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

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

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

93. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
94. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

95. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 2 ze dne 6. 2. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 2“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 6. 2. 2020.
96. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 11 ze dne 3. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 11“) bylo navrhovateli doručeno dne 3. 3. 2020.
97. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 12 ze dne 3. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 12“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 3. 3. 2020.
98. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 13 ze dne 3. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 13“) bylo navrhovateli doručeno dne 3. 3. 2020.
99. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 14 ze dne 5. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 14“) bylo navrhovateli doručeno dne 5. 3. 2020.
100. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 15 ze dne 10. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 15“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 10. 3. 2020.
101. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 18 ze dne 18. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 18“) bylo navrhovateli doručeno dne 18. 3. 2020.
102. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 19 ze dne 18. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 19“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 18. 3. 2020.
103. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 22 ze dne 19. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 22“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 19. 3. 2020.
104. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 23 ze dne 20. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 23“) bylo navrhovateli doručeno dne 20. 3. 2020.
105. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 25 ze dne 23. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 25“) bylo navrhovateli doručeno dne 23. 3. 2020.
106. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 26 ze dne 26. 3. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 26“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 26. 3. 2020.
107. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 28 ze dne 1. 4. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 28“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 1. 4. 2020.
108. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 29 ze dne 1. 4. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 29“) bylo navrhovateli doručeno dne 1. 4. 2020.
109. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 30 ze dne 1. 4. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 30“) bylo navrhovateli doručeno dne 1. 4. 2020.
110. Vysvětlení/změna zadávací dokumentace č. 34 ze dne 8. 4. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 34“) bylo uveřejněno na profilu zadavatele dne 8. 4. 2020.

Právní posouzení

111. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že jednou z podmínek pro podání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele je předcházející podání námitek zadavateli. Platí, že návrh je až druhotným nástrojem procesní obrany dodavatele, neboť prvotním nástrojem jsou námitky, jež jsou podávány přímo zadavateli, který tím dostává možnost na námitky dodavatele reagovat. Zákon tak vyžaduje, aby byly veškeré námitky nejprve uplatněny u zadavatele, a to řádně a včas. V situaci, kdy stěžovatel nevyužije možnosti podání námitek, resp. takto neučiní včas a řádně, tedy s veškerými zákonnými náležitostmi, pak není oprávněn domáhat se ochrany svých práv před Úřadem.
112. V šetřeném případě se tedy Úřad zabýval tím, zda byla naplněna základní podmínka pro to, aby se mohl návrhem v celém jeho rozsahu věcně zabývat, spočívající ve splnění povinnosti navrhovatele před podáním návrhu podat zadavateli řádně a včas námitky. Úřad zde opětovně podotýká, že řádnost a včasnost podaných námitek je přitom nutné posuzovat zejména s ohledem na jejich obsah a dodržení lhůty pro jejich podání.
113. V podaném návrhu navrhovatel mj. brojí proti způsobu prodlužování lhůty pro podání nabídek, kdy má za to, že zadavatel postupoval v rozporu s § 99 odst. 2 zákona. Navrhovatel konkrétně namítá, že zadavatel lhůtu pro podání nabídek neprodloužil v případech, kdy ji podle navrhovatele prodloužit měl, dále že v určité situaci lhůtu pro podání nabídek prodloužil, avšak nikoliv o celou původní délku, přičemž se navrhovatel domnívá, že tak zadavatel měl učinit, a že v určité situaci lhůtu pro podání nabídek sice prodloužil, nikoliv však adekvátním způsobem.
114. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námitky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona (pozn. Úřadu: ustanovení § 254 zákona upravuje postup v situaci podání návrhu na uložení zakazu plnění smlouvy na veřejnou zakázku). Z citovaného ustanovení zákona tak jednoznačně plyne, že podání řádných a včasných námitek je podmínkou pro meritorní projednání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.
115. Ustanovení § 242 odst. 2 zákona konstruuje zvláštní lhůtu pro podání námitek, jež jsou mířeny proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, resp. jedná se o ustanovení speciální vůči obecné lhůtě pro podání námitek ve smyslu § 242 odst. 1 zákona. Jak vyplývá z ustanovení § 242 odst. 2 zákona, námitky proti úkonům oznamovaným v uveřejněných či odeslaných dokumentech musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
116. Jak vyplývá z dokumentace o zadávacím řízení, námitky navrhovatele ze dne 29. 4. 2020, které byly zadavateli doručeny dne 30. 4. 2020, směřovaly mj. proti postupu zadavatele spočívajícímu ve způsobu prodlužování (či neprodužování) lhůty pro podání nabídek. Námitky navrhovatele týkající se zákonnosti postupu zadavatele dle § 99 odst. 2 zákona a s tím souvisejícím (ne)prodlužováním lhůty lze rozdělit do tří skupin. V rámci první skupiny námitek navrhovatel namítá, že zadavatel postupoval v rozporu s § 99 odst. 2 zákona, když v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 14, vysvětlení zadávací dokumentace č. 15, vysvětlení zadávací dokumentace č. 22, vysvětlení zadávací dokumentace č. 25, vysvětlení zadávací dokumentace č. 26 a vysvětlení zadávací dokumentace č. 34 žádným

způsobem neprodloužil lhůtu pro podání nabídek. Ve vztahu k druhé skupině námitek navrhovatel namítá, že zadavatel postupoval v rozporu s § 99 odst. 2 zákona, když v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 2, vysvětlení zadávací dokumentace č. 11, vysvětlení zadávací dokumentace č. 18, vysvětlení zadávací dokumentace č. 19, vysvětlení zadávací dokumentace č. 23, vysvětlení zadávací dokumentace č. 29 a vysvětlení zadávací dokumentace č. 30 neprodloužil lhůtu pro podání nabídek o celou její délku. Konečně v třetí skupině námitek navrhovatel namítá, že zadavatel postupoval v rozporu s § 99 odst. 2 zákona, když v návaznosti na vysvětlení zadávací dokumentace č. 11, vysvětlení zadávací dokumentace č. 12, vysvětlení zadávací dokumentace č. 13, vysvětlení zadávací dokumentace č. 28, vysvětlení zadávací dokumentace č. 29 a vysvětlení zadávací dokumentace č. 30 neprodloužil lhůtu pro podání nabídek přiměřeným způsobem.

117. Pro úplnost Úřad uvádí, že z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá (a navrhovatel to ani netvrdí), že by v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku před podáním návrhu k Úřadu doručil navrhovatel zadavateli jiné podání, jehož obsahem by byly námítky ve smyslu § 241 a násl. zákona, než námítky ze dne 29. 4. 2020, které mj. směřují proti postupu zadavatele spočívajícímu ve způsobu prodloužení lhůty pro podání nabídek. Z uvedeného důvodu Úřad vycházel dále při posouzení splnění předmětné povinnosti navrhovatele (podmínky vedení správního řízení) toliko z obsahu námitek ze dne 29. 4. 2020, jakožto jediných námitek navrhovatele, které předcházely podání návrhu u Úřadu.
118. Úřad konstatuje, že v posuzovaném případě navrhovatel rozporoval postup zadavatele spočívající v poskytnutí vysvětlení, jež zahrnovalo změnu zadávací dokumentace, kterým nedošlo, nebo došlo nedostatečným způsobem, k prodloužení lhůty pro podání nabídek. Podle navrhovatele měl zadavatel postupovat v rozporu s ustanovením § 99 odst. 2 zákona. Podle tohoto zákonného ustanovení pokud to povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje, zadavatel současně přiměřeně prodlouží lhůtu pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. V případě takové změny nebo doplnění zadávací dokumentace, která může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, prodlouží zadavatel lhůtu tak, aby od odeslání změny nebo doplnění zadávací dokumentace činila nejméně celou svou původní délku.
119. K uvedenému Úřad uvádí, že ustanovení § 99 odst. 2 zákona zadavateli jednoznačným způsobem ukládá, jakým způsobem má postupovat v případě, že povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Pokud povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, zadavatel tuto lhůtu přiměřeně prodlouží. Z citovaného ustanovení zákona v dalším vyplývá, jakým způsobem má zadavatel postupovat, pokud změna nebo doplnění zadávací dokumentace může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení, tzn. jaký úkon má učinit, pokud povaha doplnění nebo změny zadávací dokumentace vyžaduje prodloužení lhůty pro podání žádostí o účast, předběžných nabídek nebo nabídek, nebo pokud změna nebo doplnění zadávací dokumentace může rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení. Z uvedeného lze dovodit, že v případě postupu zadavatele, k němuž dochází na základě ustanovení § 99 odst. 2 zákona, se jedná o úkony zadavatele. Tuto skutečnost je pak nutné reflektovat při aplikaci § 242 zákona.

120. Úřad opětovně odkazuje na ustanovení § 242 odst. 2 zákona, podle kterého musí být námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
121. V tabulce níže Úřad uvádí přehled, kdy bylo každé ze shora jmenovaných vysvětlení zadávací dokumentace uveřejněno na profilu zadavatele, příp. doručeno navrhovateli, kdy navrhovateli počala běžet lhůta pro podání námitek, a kdy tato lhůta uplynula, resp. do kdy mohl navrhovatel proti danému vysvětlení zadávací dokumentace podat námitky.¹

Vysvětlení zadávací dokumentace	Datum uveřejnění na profilu zadavatele	Datum doručení navrhovateli	Začátek lhůty pro podání námitek	Konec lhůty pro podání námitek
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 2	6. 2. 2020	-	7. 2. 2020	21. 2. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 11	-	3. 3. 2020	4. 3. 2020	18. 3. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 12	3. 3. 2020	-	4. 3. 2020	18. 3. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 13	-	3. 3. 2020	4. 3. 2020	18. 3. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 14	-	5. 3. 2020	6. 3. 2020	20. 3. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 15	10. 3. 2020	-	11. 3. 2020	25. 3. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 18	-	18. 3. 2020	19. 3. 2020	2. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 19	18. 3. 2020	-	19. 3. 2020	2. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 22	19. 3. 2020	-	20. 3. 2020	3. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 23	-	20. 3. 2020	21. 3. 2020	6. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 25	-	23. 3. 2020	24. 3. 2020	7. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 26	26. 3. 2020	-	27. 3. 2020	10. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 28	1. 4. 2020	-	2. 4. 2020	16. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 29	-	1. 4. 2020	2. 4. 2020	16. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 30	-	1. 4. 2020	2. 4. 2020	16. 4. 2020
Vysvětlení zadávací dokumentace č. 34	8. 4. 2020	-	9. 4. 2020	23. 4. 2020

122. Pokud měl tedy navrhovatel za to, že se zadavatel v souvislosti s vysvětleními zadávací dokumentace uvedenými v tabulce výše dopustil porušení zákona tím, že v rámci poskytnutých odpovědí provedl změny zadávacích podmínek, aniž by lhůtu pro podání námitek prodloužil dostatečným způsobem, přestože se mělo jednat o zásadní změny zadávací dokumentace a o změny, které mohly rozšířit okruh potenciálních dodavatelů, měl proti nim brojit námitkami ve lhůtě 15 dnů ode dne, kdy bylo konkrétní navrhovatelem napadané vysvětlení zadávací dokumentace obsahující konkrétní změnu zadávacích podmínek uveřejněno na profilu zadavatele, příp. ode dne, kdy mu bylo doručeno, tj. ve lhůtě 15 dnů následujících po dnech uvedených v tabulce výše ve sloupci „Datum uveřejnění na profilu zadavatele“, příp. „Datum doručení navrhovateli“, tj. do dnů uvedených v tabulce výše ve sloupci „Konec lhůty pro podání námitek“, což však neučinil.
123. Navrhovatel námitky směřující vůči údajnému porušení zákona zadavatelem v souvislosti s vysvětleními zadávací dokumentace uvedenými v tabulce výše učinil až součástí námitek proti zadávacím podmínkám, jež zadavateli doručil až dne 30. 4. 2020. Z právě řečeného je tudíž zřejmé, že námitky navrhovatele, týkající se údajného porušení zákona zadavatelem v souvislosti s uvedenými vysvětleními zadávací dokumentace, nebyly uplatněny včas,

¹ Vysvětlení zadávací dokumentace jsou řazena chronologicky podle data jejich vydání, nikoliv podle jejich obsahu jako v bodě 116. odůvodnění tohoto rozhodnutí.

tj. jedná se o námitky opožděné, tzn. námitky podané po lhůtě stanovené v § 242 odst. 2 zákona, protože navrhovatel nesplnil jednu ze základních podmínek pro podání návrhu, kterou je právě podání námitek řádně a včas. Otázku zákonnosti postupu zadavatele s (ne)prodloužením lhůty pro podání nabídek nelze podle Úřadu podřadit pod zadávací podmínky (a tedy přijmout výklad, že lhůta pro podání námitek se řídí dle § 242 odst. 4 zákona), neboť se nejedná o podmínku, kterou stanoví zadavatel. Naopak prodloužení lhůty pro podání nabídek ve smyslu § 99 odst. 2 zákona je ze zákona vyplývající povinnost zadavatele, která stanoví, jakým způsobem musí zadavatel postupovat, a jaký úkon má zadavatel učinit, pokud nastane zákonem stanovená skutečnost, tj. změna nebo doplnění zadávací dokumentace, tedy že musí přiměřeně prodloužit lhůtu pro podání nabídek (případně i tak, aby od odeslání nebo změny zadávací dokumentace činila nejméně celou sovu původní délku). Tento výklad Úřad zastává i s ohledem na ochranu (a právní jistotu) zadavatelů i dodavatelů při zadávání veřejných zakázek. Dodavatelé by totiž měli brojit proti nezákonnému postupu zadavatele při nezákonném neprodloužení lhůty pro podání nabídek rychle a neprodleně, tedy v okamžiku, kdy byl zadavatel podle zákona povinen prodloužit lhůtu pro podání nabídek, tedy ve lhůtě stanovené zákonem pro podání námitek proti úkonu zadavatele, neboť zadavatel daný úkon neprovedl v souladu se zákonem, a tedy v době, kdy lze ještě reálně případný nezákonný postup napravit; stejně tak v době, kdy ještě dodavatelé mohou na tuto skutečnost reagovat při přípravě svých nabídek.

124. Úřad na tomto místě konstatuje, že situace by byla odlišná v případě, pokud by zadavatel vysvětlením zadávací dokumentace vytvořil rozpor mezi daným vysvětlením zadávací dokumentace a samotnou zadávací dokumentací, nebo by poskytnutým vysvětlením vznikla nejasnost zadávací dokumentace a navrhovatel by tak zpochybňoval znění zadávacích podmínek ve znění pozdějšího vysvětlení zadávací dokumentace. Případné námitky by pak směřovaly proti zadávací dokumentaci, přičemž by je v souladu s § 242 odst. 4 zákona bylo možné podat až do skončení lhůty pro podání nabídek, tj. do 30. 4. 2020. Z obsahu námitek, stejně tak z podaného návrhu je potom nanejvýše zřejmé, že navrhovatel nerozporuje informace ve vyjasnění zadávací dokumentace jako takové (tzn. znění zadávacích podmínek), nýbrž výhradně napadá postup zadavatele v souvislosti s prodloužením (či neprodloužením) lhůty pro podání nabídek v návaznosti na učiněné vysvětlení. V takovém případě Úřad podané námitky identifikuje jako námitky směřující proti postupu zadavatele, které měly být podány ve lhůtě 15 dnů dle § 241 odst. 2 zákona, což, jak vyplývá z výše uvedeného, navrhovatel neučinil. Pro úplnost Úřad doplňuje, že skutečnost, že se v daném případě jedná o námitky proti postupu zadavatele, nikoliv o námitky proti zadávacím podmínkám, lze dovodit z rozhodovací praxe Úřadu (k tomuto viz např. rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S0092/2020/VZ, ÚOHS-S0255/2018/VZ nebo ÚOHS-S0217/2018/VZ, potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0147/2018/VZ).
125. Vzhledem k tomu, že navrhovatel ve vztahu k výše vymezené části návrhu, tj. v části návrhu týkající se zákonnosti postupu zadavatele dle § 99 odst. 2 zákona nevyužil v zákonné lhůtě primární způsob ochrany před tvrzeným nezákonným postupem zadavatele, tedy nepodal včasné námitky, je Úřad povinen dle § 257 písm. h) zákona správní řízení v této části bez dalšího zastavit, a proto Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

126. Podle § 250 odst. 1 zákona návrh lze podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele, a to zejména proti
- zadávacím podmínkám,
 - dobrovolnému oznámení,
 - vyloučení účastníka zadávacího řízení,
 - rozhodnutí o výběru dodavatele,
 - volbě druhu zadávacího řízení, nebo
 - postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení.
127. Podle § 251 odst. 1 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle § 255 odst. 1 nebo 2 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.
128. Podle § 257 písm. b) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrh neobsahuje, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

129. Zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace stanovil mj. následující:

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

(...)

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

- provádění staveb, jejich změn a odstraňování;*
(...)
- montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení;*
- výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení;*
- montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení;*

(...).“.

130. V námitkách ze dne 29. 4. 2020, konkrétně v bodu 240. v čl. 10. „Požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení - rozpor se zásadou nediskriminace ...“ navrhovatel uvádí, že „[z]adavatel tedy napadeným postupem podle Stěžovatele porušil § 36 odst. 1 a 3 ZZVZ v návaznosti na § 6 odst. 1 a 2 ZZVZ (zásadu přiměřenosti a zákazu diskriminace) tím, že duplicitně požadoval předložení osvědčení o živnostenských oprávněních, která již požadoval v rámci osvědčení, které v sobě tyto požadavky zahrnuje, přičemž tímto postupem mohl omezit přístup blíže nespecifikovaného okruhu dodavatelů k veřejné zakázce.“.
131. V čl. VI. „Specifikace újmy“, v bodu 322., námitek navrhovatel mj. uvádí, že „napadeným postupem Zadavatele mu vzniká újma, neboť s ohledem na nezákonný obsah zadávací dokumentace nemůže podat nabídku v zadávacím řízení, přitom je Stěžovatel součástí největšího stavebního koncernu na světě a leaderem na trhu dopravních staveb v České republice.
- Z toho důvodu Stěžovateli vzniká, resp. může vzniknout újma spočívající v nemožnosti stát se vybraným dodavatelem a díky nemožnosti realizovat veřejnou zakázku je připraven o případný zisk, uplatnění zkušeností a získání referenčního listu po její úspěšné realizaci. Tím je mu znemožněno uplatnění jeho zaměstnanců a poddodavatelů.“.*
132. V bodu 13. návrhu navrhovatel mj. uvádí, že „[ú]jma samozřejmě spočívá v nemožnosti účastnit se za férových podmínek předmětného zadávacího řízení a realizovat veřejnou zakázku za účelem dosažení zisku, nemožnosti uplatnění svých zkušeností a získání reference pro další zakázky.“.

Právní posouzení

133. Úřad předně uvádí, že navrhovatel ve svém návrhu v reakci na argumentaci zadavatele obsaženou v rozhodnutí o námitkách obsáhle dovozuje svou aktivní legitimaci k podání návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání přezkoumávané veřejné zakázky, přičemž sděluje, že jemu způsobená újma spočívá v nemožnosti účastnit se zadávacího řízení z důvodu nezákonných zadávacích podmínek. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu ze dne 18. 1. 2021 nadále aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu nezpochybňuje, a tudíž má Úřad za to, že otázka aktivní legitimace k podání návrhu není v obecné rovině mezi účastníky řízení sporná. Úřad k výše uvedenému doplňuje, že se, pokud jde o aktivní legitimaci ve vztahu k převážné části návrhu, a to výjimkou konkrétní části, k níž se vyjádří samostatně níže, ztotožňuje s navrhovatelem, že jeho aktivní legitimace k podání návrhu je dána. V obecnosti Úřad konstatuje, že předpokladem aktivní legitimace k podání návrhu je skutečnost, že dodavatel postupem zadavatele souvisejícím se zadáním veřejné zakázky hrozí nebo vznikla újma. Povinnost navrhovatele tvrdit újmu vyplývá z ustanovení § 251 odst. 1 zákona, když podle věty první musí návrh na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele obsahovat vedle obecných náležitostí podání (viz § 37 správního řádu) (1) označení zadavatele, (2) v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, (3) návrhy na provedení důkazů a (4) čeho se navrhovatel domáhá.

134. Z § 251 odst. 1 věty první zákona je tedy zřejmé, že v návrhu na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele musí navrhovatel nejen uvést, v čem spatřuje porušení zákona zadavatelem při zadávání veřejné zakázky, ale rovněž jaká újma mu v této souvislosti vznikla nebo hrozí.
135. Před tím, než Úřad přistoupí k posouzení naplnění předmětné náležitosti návrhu ve vztahu ke konkrétní části návrhu, vyjádří se nejdříve k samotnému pojmu „újma“. Na tomto místě je třeba konstatovat, že újma je pojem zjevně širší než pojem škoda. Újma nemusí a v určitých fázích ani nemůže být přesně vyčíslena, a proto stačí obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli. Újma v sobě zahrnuje jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, kterou v okamžiku podání návrhu není možné přesně stanovit, avšak musí být nesporné, že došlo k újmě na právech eventuálního dodavatele. Povinnosti prokázat vznik újmy se obšírně věnovalo mj. rozhodnutí předsedy Úřadu ze dne 15. 7. 2010, č. j. R158/2009/VZ-10447/2010/310/ASc, v němž bylo uzavřeno, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat.“
136. Nyní již Úřad přistoupí k posouzení, zda navrhovatel řádně tvrdí újmu či její hrozbu ve vztahu ke konkrétní části návrhu, a to ve vztahu k části 10. „Požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ návrhu (dále jen „část 10. návrhu“).
137. V části 10. návrhu navrhovatel brojil proti zadávacím podmínkám, kterými 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. Navrhovatel má za to, že pokud zadavatel k prokázání profesní způsobilosti ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona požaduje po dodavatelích předložení oprávnění k podnikání v rozsahu živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ a současně pak i předložení oprávnění k podnikání v rozsahu živností „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“, jedná se o duplicitní a nepřiměřený požadavek. Dle navrhovatele v sobě totiž obsahuje náplň živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ zahrnuje i všechny 3 výše jmenované živnosti, a dodavatel tudíž nemusí disponovat ještě i samostatnými živnostenskými oprávněními k výkonu činností v rozsahu daných 3 živností. Úřad na tomto místě konstatuje, že považuje za prokázané, že předmětné části návrhu předcházely řádně podané námitky, tj. tato skutečnost tvořila obsah námitek navrhovatele ze dne 29. 4. 2020, přičemž odkazuje na závěry obsažené v bodech 177. – 179. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-31700/2020/500/JBě ze dne 15. 10. 2020, které nabylo právní moci dne 17. 12. 2020.
138. Navrhovatel ve vztahu k hrozící či vzniklé újmě již v námitkách uvedl, že „napadeným postupem Zadavatele mu vzniká újma, neboť s ohledem na nezákonný obsah zadávací dokumentace nemůže podat nabídku v zadávacím řízení, přitom je Stěžovatel součástí největšího stavebního koncernu na světě a leaderem na trhu dopravních staveb v České republice. Z toho důvodu Stěžovateli vzniká, resp. může vzniknout újma spočívající v nemožnosti stát se vybraným dodavatelem a díky nemožnosti realizovat veřejnou zakázku

je připraven o případný zisk, uplatnění zkušeností a získání referenčního listu po její úspěšné realizaci. Tím je mu znemožněno uplatnění jeho zaměstnanců a poddodavatelů.“

139. V návrhu navrhovatel obecně uvedl, že jeho „*újma samozřejmě spočívá v nemožnosti účastnit se za férových podmínek předmětného zadávacího řízení a realizovat veřejnou zakázku za účelem dosažení zisku, nemožnosti uplatnění svých zkušeností a získání reference pro další zakázky.*“ a mj. předkládá tvrzení, že „*nastavení zadávacích podmínek skutečně a objektivně kladlo Navrhovateli zásadní překážky pro podání nabídky, což bylo důvodem, pro který Navrhovatel nakonec nabídku nepodal, přestože nemůže být pochyb, že je odborně způsobilý předmětnou veřejnou zakázku realizovat.*“. Dále pak v části 10. návrhu uvedl, že zadavatel změnil v rámci nového rozhodnutí o námitkách výklad zadávacích podmínek prezentovaný v původním rozhodnutí o námitkách. Navrhovatel tvrdí, že by v takovémto případě neměl relevantní informaci o tom, jak se má při podání nabídky zachovat, resp. by nabídku ani nepodal, jelikož z toho, co mu bylo odpovězeno v rámci původního rozhodnutí o námitkách, by nemohl dojít k závěru, že v případě nepředložení všech živnostenských oprávnění by nebyl vyloučen ze zadávacího řízení.
140. Úřad pak má za to, že navrhovatel ve vztahu k předmětným namítaným skutečnostem nespécifikuje, jaká konkrétní újma v jejich důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí vzniknout. Navrhovatel se omezuje na popis skutkového stavu a z něho vyplývající domnělá porušení zákona a taktéž komentuje postup zadavatele, aniž by ve vztahu ke tvrzeným porušením zákona zadavatelem specifikoval/tvrdil svoji újmu.
141. Úřad na tomto místě nezpochybňuje, že navrhovatel v návrhu v obecné rovině vznik či hrozbu újmy tvrdí, nicméně má za to, že se jedná toliko o obecné tvrzení vztahující se ke všem namítaným pochybením zadavatele. Takové univerzální konstatování, že navrhovateli stanovenými zadávacími podmínkami vznikla újma, neobstojí ve vztahu ke konkrétnímu namítanému pochybení specifikovanému v bodu výše, neboť v souvislosti s přezkumem námítky navrhovatele týkající se duplicitního požadavku zadavatele na předložení oprávnění k podnikání ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona v rámci prokázání splnění profesní způsobilosti Úřad z živnostenského rejstříku zjistil, že navrhovatel disponuje nejen živnostenským oprávněním „*provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“, ale mj. i oprávněními k podnikání v předmětu činností „*montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení*“ a „*výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení*“. Z celkového kontextu navrhovatelovy argumentace v návrhu pak vyvstává spíše otázka, zda v důsledku navrhovatelem namítaného nezákonného postupu zadavatele navrhovateli vůbec mohla reálně vzniknout či hrozit nějaká újma na jeho právech (bez ohledu na to, že není v návrhu tvrzena), neboť v souvislosti s přezkumem námítky navrhovatele týkající se duplicitního požadavku zadavatele na předložení oprávnění k podnikání ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona v rámci prokázání splnění profesní způsobilosti Úřad z živnostenského rejstříku zjistil, že u navrhovatele absentuje pouze oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „*montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení*“, tzn. Úřadu není jasné, proč by navrhovatel nemohl pro doložení splnění profesní způsobilosti doložit výpisy z živnostenského rejstříku k oprávněním, kterými evidentně disponoval a disponuje. K tomu Úřad uvádí, že disponuje-li navrhovatel některými oprávněními k podnikání, která zadavatel v zadávací dokumentaci vyžaduje za účelem prokázání splnění profesní způsobilosti, vyvstává pochybnost o tvrzení navrhovatele,

že mu tímto požadavkem zadavatele hrozila újma spočívající ve znemožnění účasti v zadávacím řízení, když navrhovatel v zásadě nic nebránilo předmětné doklady o oprávnění k podnikání předložit, a tím v daném rozsahu prokázat splnění profesní způsobilosti dle shora citovaného ustanovení zákona. V takovém případě pak je i lhostejno, jak předmětný požadavek vykládá zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách. Z pohledu Úřadu tak ve vztahu k této části návrhu není újma navrhovatele, jak vyplývá z výše uvedeného, tvrzena a specifikována, neboť nemůže být pravdivým tvrzení, že by byl z možnosti účasti v zadávacím řízení vyloučen, když se evidentně nabízí možnost předložit navrhovatelem výše uvedená živnostenská oprávnění, což znamená, že újma by navrhovatel z jím tvrzených důvodů nevznikla (obecně pak k údajnému duplicitnímu požadavku zadavatele na živnostenská oprávnění viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí).

142. K námitce navrhovatele týkající se požadavku zadavatele na předložení oprávnění k podnikání ve smyslu § 77 odst. 2 písm. a) zákona, a to ve vztahu k předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ je proto třeba konstatovat, že v šetřeném případě nejen, že navrhovatel ve vztahu k předmětné části návrhu netvrdil, jaká újma mu vznikla či hrozí, ale není ani věcně patrné, v čem by měla spočívat, jelikož předmětnými živnostenskými oprávněními disponuje.
143. V šetřeném případě tedy lze uzavřít, že z obsahu výše pojednávané části návrhu navrhovatele vyplývá, že tato neobsahuje tvrzení o vzniklé újmě či její hrozbě navrhovatel v důsledku domnělého nezákonného postupu zadavatele, jelikož navrhovatelem v návrhu obecně uplatněné tvrzení o újmě či hrozící újmě nelze vysledovat ve vztahu k požadavku zadavatele na předmětná živnostenská oprávnění.
144. S ohledem na výše uvedené Úřad rozhodl podle § 257 písm. b) zákona o zastavení správního řízení v části, jejíž předmět byl vymezen částí 10. návrhu, a to v rozsahu namítaných skutečností týkajících se požadavku 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“ neboť návrh v uvedených částech neobsahuje tvrzení o vzniklé nebo hrozící újmě na právech navrhovatele v důsledku spatřovaného porušení zákona zadavatelem, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

145. Navrhovatel v návrhu namítá množství údajných pochybení zadavatele, která pro přehlednost člení do jednotlivých částí označených pořadovým číslem a stručným nadpisem. Úřad se níže k namítaným pochybením vyjadřuje, přičemž pro zachování přehlednosti je další odůvodnění tohoto rozhodnutí členěno stejným způsobem jako návrh navrhovatele.

K části návrhu č. 1 „Nedostupnost částí zadávací dokumentace“

146. V této části návrhu navrhovatel brojí proti nedostupnosti projektové dokumentace, resp. jejímu neuveřejnění na profilu zadavatele, a neuveřejnění k ní se vztahujících vysvětlení zadávací dokumentace, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

147. Podle § 36 odst. 8 zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel přijal přiměřená opatření k ochraně důvěrné povahy informací, které zadavatel poskytuje nebo zpřístupňuje v průběhu zadávacího řízení.
148. Podle § 96 odst. 1 zákona zadavatel uveřejní zadávací dokumentaci s výjimkou formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu na profilu zadavatele ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo od odeslání výzvy k podání žádosti o účast podle § 58 odst. 5 zákona nejméně do konce lhůty pro podání nabídek; to neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění.
149. Podle § 96 odst. 2 zákona pokud některou část zadávací dokumentace nelze zpřístupnit podle odstavce 1, z důvodů vymezených v § 211 odst. 3 písm. a), b) a d) nebo v případě postupu podle § 36 odst. 8 zákona, 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 zákona přijetím přiměřených opatření k ochraně důvěrné povahy informací.
150. Podle § 98 odst. 2 zákona pokud se vysvětlení zadávací dokumentace týká částí zadávací dokumentace, které se neuveřejňují podle § 96 odst. 2, odešle je nebo předá zadavatel všem dodavatelům, kteří podali žádost o příslušné části zadávací dokumentace; odstavec 1 se nepoužije.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

151. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, konkrétně v části „Přístup k zadávací dokumentaci“, zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „(...) uveřejnil na profilu zadavatele celou zadávací dokumentaci, vč. jejích příloh s výjimkou Projektové dokumentace (Příloha č. 12 této zadávací dokumentace). Projektovou dokumentaci nelze ve smyslu § 36 odst. 8 a § 96 odst. 2 ZZVZ na profilu uveřejnit. S ohledem na skutečnost, že tato příloha obsahuje důvěrné informace, bude tato součást zadávací dokumentace v souladu s § 36 odst. 8 ZZVZ poskytnuta pouze na žádost dodavatele doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích.“.
152. Z „PŘEDÁVACÍHO PROTOKOLU CD OBSAHUJÍCÍCH PŘÍLOHU Č. 12 ZADÁVACÍ DOKUMENTACE“ ze dne 24. 1. 2020 vyplývá, že navrhovatel převzal CD obsahující přílohu č. 12 zadávací dokumentace, tj. projektovou dokumentaci.
153. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4 ze dne 10. 2. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 4“), konkrétně v odpovědi na dotaz č. 2, zadavatel uvedl, že „[z]adávací dokumentace veřejné zakázky obsahuje projektovou dokumentaci v elektronické podobě. Vzhledem k citlivé povaze těchto informací zadavatel v souladu s § 96 odst. 2 ZZVZ a z důvodů vymezených v § 211 odst. 3 písm. d) ZZVZ na veřejném profilu nezveřejňoval tuto část zadávací dokumentace, ale podmínil její vydání předchozím podpisem prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích.“.
154. V rozhodnutí o námitkách zadavatel uvedl, že „(...) považuje projektovou dokumentaci za komplexní celek, který obsahuje citlivé informace ve všech svých částech (...)“.

Právní posouzení

155. Úřad primárně v obecné rovině uvádí, že řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností zadavatele v rámci zadávacího řízení a má výrazný dopad na další průběh zadávacího řízení. Zadávací dokumentaci, jež v sobě obsahuje zadávací podmínky, je nutno považovat za soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, které tvoří nejvýznamnější dokument, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracována dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soud č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010). Je nutné zdůraznit, že důležitou součástí stanovení zadávacích podmínek je pak forma jejich zpřístupnění. Zadavatel je povinen zadávací podmínky vtělené do zadávací dokumentace a dalších dokumentů řádně zpřístupnit dodavatelům tak, aby se s nimi tito mohli seznámit a v souladu s nimi zpracovat a podat své nabídky, aby tyto odpovídaly požadavkům zadavatele.
156. Podle § 96 odst. 1 zákona zadavatel uveřejní zadávací dokumentaci s výjimkou formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu na profilu zadavatele ode dne uveřejnění oznámení o zahájení zadávacího řízení nebo od odeslání výzvy k podání žádosti o účast podle § 58 odst. 5 zákona nejméně do konce lhůty pro podání nabídek; to neplatí pro jednací řízení bez uveřejnění. 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 zákona, může podle § 96 odst. 2 zákona 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 zákona přijetím přiměřených opatření k ochraně důvěrné povahy informací.
157. Zákon ve svém § 36 odst. 8 uvádí, že zadavatel může požadovat, aby dodavatel přijal přiměřená opatření k ochraně důvěrné povahy informací, které zadavatel poskytuje nebo zpřístupňuje v průběhu zadávacího řízení. Úřad k tomuto obecně uvádí, že pojem „informace důvěrné povahy“ vyskytující se ve výše uvedeném ustanovení zákona není v tomto zákoně definován, nicméně Úřad je toho názoru, že pojem „informace důvěrné povahy“ je pojmem širším než pojem „utajované informace“ použitý v § 29 písm. b) zákona, protože směřuje k ochraně širšího okruhu informací nad rámec ochrany utajovaných informací, kterým je poskytována zákonná ochrana v zákoně o ochraně utajovaných informací, přičemž tomuto názoru Úřadu přisvědčuje také komentářová literatura. Lze tedy uzavřít, že pojem „informace důvěrné povahy“ obsahuje širší okruh informací, než pojem „utajované informace“, který je podmnožinou pojmu „informace důvěrné povahy“.
158. Také legální definice pojmu „přiměřená opatření“, který nalezneme v § 36 odst. 8 zákona, není v zákoně uvedena. Jistý návod k vyložení obsahu pojmu „přiměřená opatření“ může poskytnout odborná literatura, a to jak ve vztahu k utajovaným informacím, kde se může jednat o žádost o předložení dokladu podle zákona o ochraně utajovaných informací předcházející předání zadávací dokumentace, tak i k ostatním důvěrným informacím, u nichž mezi přiměřená opatření ve smyslu § 36 odst. 8 zákona lze zařadit podmínění poskytnutí zadávací dokumentace či příslušné části obsahující důvěrné informace např. předchozím

uzavřením dohody o mlčenlivosti², předložením závazku dodavatele o způsobu nakládání se zadávací dokumentací (například neposkytnutí třetím osobám, její vrácení zadavateli).³ Tím, že zákon žádným způsobem nespecifikuje, jaká přiměřená opatření může zadavatel po dodavateli požadovat, může zadavatel vyžadovat různá opatření sloužící k ochraně důvěrné povahy informací či dokonce jejich vzájemnou kombinaci, ovšem za současného dodržení zásady přiměřenosti. Je tak na zadavateli v každém jednotlivém případě, aby stanovil přiměřená opatření podle § 36 odst. 8 zákona tak, aby odpovídala povaze konkrétní veřejné zakázky, resp. důvěrným informacím, které mají přiměřená opatření chránit.

159. V posuzovaném případě navrhovatel brojí proti zadávací podmínce stanovené v čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, konkrétně v části „Přístup k zadávací dokumentaci“, zadávací dokumentace, v rámci které zadavatel mj. uvedl, že „(...) uveřejnil na profilu zadavatele celou zadávací dokumentaci, vč. jejich příloh s výjimkou Projektové dokumentace (Příloha č. 12 této zadávací dokumentace). Projektovou dokumentaci nelze ve smyslu § 36 odst. 8 a § 96 odst. 2 ZZVZ na profilu uveřejnit. S ohledem na skutečnost, že tato příloha obsahuje důvěrné informace, bude tato součást zadávací dokumentace v souladu s § 36 odst. 8 ZZVZ poskytnuta pouze na žádost dodavatele doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích.“, a současně proti tomu, že zadavatel na profilu zadavatele neuveřejnil některá vysvětlení zadávací dokumentace, pokud se vztahovala k projektové dokumentaci. Navrhovatel namítá, že zadavatel stanovením předmětné zadávací podmínky a neuveřejněním vysvětlení zadávací dokumentace vztahujících se k projektové dokumentaci bez závažného důvodu omezil přístup k projektové dokumentaci přesto, že v době zahájení zadávacího řízení neměl relevantním způsobem prokázáno, že jsou naplněny zákonné předpoklady podle § 36 odst. 8 zákona, § 98 odst. 2 zákona a § 211 odst. 3 písm. d) zákona.
160. V návaznosti na shora uvedené Úřad uvádí, že zadavatel již v rámci napadené zadávací podmínky v zadávací dokumentaci předesílal, že projektová dokumentace nebude, resp. není na profilu zadavatele uveřejněna, neboť obsahuje důvěrné informace, a proto ji nelze ve smyslu § 36 odst. 8 zákona a § 96 odst. 2 zákona na profilu zadavatele uveřejnit. Obdobným způsobem se pak zadavatel vyjádřil ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 4, konkrétně v odpovědi na dotaz č. 2, v rámci které mj. uvedl, že „[z]adávací dokumentace veřejné zakázky obsahuje projektovou dokumentaci v elektronické podobě. Vzhledem k citlivé povaze těchto informací zadavatel v souladu s § 96 odst. 2 ZZVZ a z důvodů vymezených v § 211 odst. 3 písm. d) ZZVZ na veřejném profilu nezveřejňoval tuto část zadávací dokumentace, ale podmínil její vydání předchozím podpisem prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích.“, a rovněž v rozhodnutí o námitkách, v němž uvedl, že „(...) považuje projektovou dokumentaci za komplexní celek, který obsahuje citlivé informace ve všech svých částech (...)“. Nutno dodat, že je na uvážení zadavatele, jak vyhodnotí povahu jím poskytované informace. Z uvedeného lze dovodit, že zadavatel si byl od počátku zadávacího řízení vědom skutečnosti, resp. měl postaveno najisto, že zadávací dokumentace obsahuje informace, jejichž povaha neumožňuje jejich uveřejnění na profilu zadavatele, a proto je zapotřebí ji zpřístupnit jen na základě zcela jasných, předem definovaných a pro všechny dodavatele stejných podmínek. Tu Úřad akcentuje, že v daném případě plně

² DVOŘÁK, David a kol. *Zákon o zadávání veřejných zakázek: komentář*. Praha: C. H. Beck, 2017. s. 217

³ HERMAN, Pavel a kol. *Komentář k zákonu o zadávání veřejných zakázek*. Plzeň: Aleš Čeněk, 2016. s. 93

vnímá předmět veřejné zakázky, a je ztotožněn s postupem zadavatele, který danou část zadávací dokumentace na profilu neuveřejnil. Zadavatel ostatně explicitně dodavatele v uveřejněné části zadávací dokumentace na tuto skutečnost upozornil. Nelze totiž přehlédnout, že neuveřejněná část zadávací dokumentace obsahuje podrobné informace týkající se stavby linky metra, která bude jednou z páteřních částí dopravy v hlavním městě. Je pak plně pochopitelné, že není chtěným stavem zadavatele, aby komukoliv z veřejnosti byly do detailu známy všechny aspekty způsobu plánované výstavby, neboť tyto informace by mohly být i ve svém důsledku zneužity a je vhodné, že zadavatel s ohledem na přijatá opatření bude mít přehled, kterým subjektům tyto informace byly předány. Proto zadavatel v souladu s § 36 odst. 8 zákona přijal opatření k ochraně důvěrné povahy informací, které zadavatel poskytuje nebo zpřístupňuje v průběhu zadávacího řízení, když poskytnutí projektové dokumentace podmínil žádostí dodavatele doplněnou o prohlášení o zachování mlčenlivosti o důvěrných informacích (dále jen „NDA“). Z uvedeného je zřejmé, že zadavatel nepovažoval za problematické projektovou dokumentaci za splnění konkrétních a předem definovaných podmínek, tj. na žádost dodavatele oproti podpisu NDA, poskytnout, přičemž každý dodavatel měl možnost se se zněním NDA seznámit, a případně zadavatele požádat o vysvětlení některých ustanovení v něm uvedených. Ostatně nelze přehlédnout, že i sám navrhovatel si předmětnou část zadávací dokumentace vyžádal a zadavatelem mu byla poskytnuta. Zadavatel tak při omezení přístupu k projektové dokumentaci postupoval v souladu se zákonem.

161. V návaznosti na shora uvedené Úřad v souvislosti s neuveřejněním vysvětlení zadávací dokumentace vztahujících se k projektové dokumentaci odkazuje na § 98 odst. 2 zákona, podle kterého pokud se vysvětlení zadávací dokumentace týká částí zadávací dokumentace, které se neuveřejňují podle § 96 odst. 2, odešle je nebo předá zadavatel všem dodavatelům, kteří podali žádost o příslušné části zadávací dokumentace; odstavec 1 se nepoužije. Úřad již výše dovedl, že zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když na profilu zadavatele neuveřejnil projektovou dokumentaci, neboť tato obsahuje důvěrné informace. Zadavatel tedy nebyl povinen ani tato vysvětlení zadávací dokumentace uveřejnit na profilu zadavatele, a postupoval tak v souladu se zákonem. Jelikož navrhovatel, jak bylo již výše uvedeno, je jedním z dodavatelů, kteří obdrželi projektovou dokumentaci po splnění podmínky spočívající v podpisu NDA, lze konstatovat, že navrhovatel nebyl v přístupu k projektové dokumentaci a k neuveřejněným vysvětlením zadávací dokumentace nijak omezen. Tudíž se nabízí i otázka, zda vůbec navrhovateli mohla vzniknout či hrozila újma, když byl schopen v souladu se zadavatelem stanovenou podmínkou předmětnou část zadávací dokumentace získat. Úřad doplňuje, že navrhovatelem vznesená námitka nesměřovala proti způsobu zpřístupnění projektové dokumentace, když navrhovatel nenamítal průtahy nebo jiné obstrukce ze strany zadavatele v procesu zpřístupnění předmětných dokumentů, i z tohoto pohledu byl tedy postup zadavatele souladný se zákonem.
162. Nad rámec shora uvedeného Úřad k tvrzení navrhovatele, že omezení přístupu k projektové dokumentaci mohlo být výhodné pro některé konkrétní dodavatele, např. pro dodavatele Metrostav a.s. a Subterra a.s., neboť tito dodavatelé v poslední době přišli o prověrku na stupeň utajení, uvádí následující. Úřad již výše uvedl, že pokud by součástí zadávací dokumentace byly utajované informace podle zákona o ochraně utajovaných informací, bude jedním ze základních přiměřených opatření přicházejících v úvahu požadavek na předložení dokladů (prověrek) podle tohoto zákona. K tomu Úřad uvádí, že pokud

zadavatel nazná, že zadávací dokumentace obsahuje utajované informace podle zákona o ochraně utajovaných informací, je povinen podle tohoto zákona postupovat. V této souvislosti Úřad uvádí, že mu nepřísluší posuzovat soulad postupu zadavatele s tímto právním předpisem či povahu konkrétních informací, neboť působnost Úřadu je vymezena v § 248 zákona, a tedy není příslušný k posouzení souladu postupu zadavatele s jiným právním předpisem, než je zákon. V šetřeném případě zadavatel postupoval podle § 36 odst. 8 zákona, v souladu s nímž přijal konkrétní opatření k ochraně důvěrné povahy informací, které zadavatel poskytuje nebo zpřístupňuje v průběhu zadávacího řízení, nikoliv podle zákona o ochraně utajovaných informací. Zadavatel tak nebyl povinen podmínit poskytnutí projektové dokumentace doklady (prověrkami) podle zákona o ochraně utajovaných informací, neboť se v šetřeném případě nejednalo o ochranu informací podle zákona o ochraně utajovaných informací, nýbrž podle zákona. Úřad nadto přitakává zadavateli v tom směru, že pokud by došlo k omezení přístupu k projektové dokumentaci zakotvením požadavku na určitý stupeň bezpečností prověrky u dodavatelů, spíše by došlo k zúžení okruhu potencionálních dodavatelů a mělo by tedy negativní dopad na soutěž o veřejnou zakázku.

163. Na základě shora uvedeného Úřad shrnuje, že zadavatel s ohledem na přítomnost důvěrných informací postupoval při omezení přístupu k projektové dokumentaci a neuveřejnění vysvětlení zadávací dokumentace k ní se vztahujících v souladu se zákonem. Pro úplnost Úřad uvádí, že na předmětnou rozporovanou skutečnost by mohlo být nahlíženo i jako na postup zadavatele, vůči kterému by se neuplatnila lhůta pro podání námitek dle § 242 odst. 4 zákona, Úřad však z procesní opatrnosti tuto část návrhu věcně vypořádal ve smyslu stanovené podmínky v zadávací dokumentaci týkající se zpřístupňování zadávací dokumentace.
164. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 1. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává zadávací podmínky zákonnými.

K části návrhu č. 2 „Nedostatečná délka lhůty pro podání nabídek“

165. V této části návrhu navrhovatel brojí proti stanovené délce lhůty pro podání nabídek, kterou navrhovatel považuje za nepřiměřeně krátkou vzhledem k předmětu veřejné zakázky, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

166. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
167. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
168. Podle § 36 odst. 5 zákona je zadavatel oprávněn stanovit lhůty potřebné k průběhu zadávacího řízení. Délka lhůt musí být stanovena tak, aby byla zajištěna přiměřená doba pro vyžadované úkony dodavatelů.
169. Podle § 36 odst. 8 zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel přijal přiměřená opatření k ochraně důvěrné povahy informací, které zadavatel poskytuje nebo zpřístupňuje v průběhu zadávacího řízení.

170. Podle § 56 odst. 1 zákona zadavatel zahajuje otevřené řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212, kterým vyzývá neomezený počet dodavatelů k podání nabídky.
171. Podle § 57 odst. 1 písm. b) zákona zadavatel stanoví lhůtu pro podání nabídek v otevřeném řízení na nejméně 30 dnů od zahájení zadávacího řízení. Lhůta pro podání nabídek musí být prodloužena o 5 dnů, jestliže zadavatel postupuje podle § 96 odst. 2; to neplatí v případech podle odstavce 2 písm. b).
172. Podle § 96 odst. 2 zákona pokud některou část zadávací dokumentace nelze zpřístupnit podle odstavce 1, z důvodů vymezených v § 211 odst. 3 písm. a), b) a d) nebo v případě postupu podle § 36 odst. 8, může zadavatel příslušnou část zadávací dokumentace poskytnout jiným vhodným způsobem. V takovém případě zadavatel odešle nebo předá příslušnou část zadávací dokumentace nejpozději do 3 pracovních dnů od doručení žádosti dodavatele o její poskytnutí. Poskytnutí příslušné části zadávací dokumentace může být podmíněno pouze úhradou nákladů podle odstavce 4 nebo v případě postupu podle § 36 odst. 8 přijetím přiměřených opatření k ochraně důvěrné povahy informací.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

173. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 7. 1. 2020 a uveřejněno dne 10. 1. 2020, přičemž v jeho bodu IV.2.2) zadavatel stanovil lhůtu pro podání nabídek, a to do 9. 3. 2020 do 10:00 hodin.
174. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, odstavci 5.7 „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, bodu 5.7.6 „Prokazování kvalifikace u zahraničních osob“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„[o]d zahraničních osob bude požadováno předložení dokladu o odborné způsobilosti v příslušném oboru vydávaného v zemi, kde tyto osoby odbornou způsobilost vykonávají. (...) Za všechny tyto osoby bude dodavatel povinen předložit doklad o jejich odborné způsobilosti k výkonu předmětných regulovaných činností na území České republiky jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky.*

Informace k doložení autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 zákona o autorizaci, zahraničními osobami (§ 30a až 30r zák. č. 360/1992 Sb.): (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).

Informace k doložení úředního oprávnění pro ověřování výsledků zeměměřických činností v rozsahu dle § 13 odst. 1 zákona o zeměměřictví, zahraničními osobami (§ 12 až 16): (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).

Informace k doložení oprávnění technického vedoucího odstřelů podle § 35 a § 36 zákon o hornické činnosti: (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).

Informace k doložení odborné způsobilosti bezpečnostního technika jako osoby způsobilé pro plnění úkolů na úseku bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu

při hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem: (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).

Informace k doložení odborné způsobilosti závodního jako osoby odpovědné za bezpečné a odborné řízení hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem na provozech: (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).

Informace k doložení odborné způsobilosti důlního měřiče jako osoby způsobilé provádět a řídit jednotlivá měření při důlně měřické činnosti: (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).

Informace k doložení odborné způsobilosti k vyhotovování projektové dokumentace u staveb realizovaných hornickým způsobem – úroveň „báňský projektant“ jako osoby způsobilé vyhotovovat projektovou dokumentaci u staveb realizovaných hornickým způsobem: (...) Doklady o splnění výše uvedených uznávacích povinností dokládá zahraniční dodavatel jako podmínku pro uzavření smlouvy na plnění této veřejné zakázky (ostatní doklady předkládá běžně v rámci nabídky).“.

175. Z čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace vyplývá, že „[d]odavatelé ocení všechny položky *Soupisu prací poskytnutého s přihlédnutím k technickým specifikacím jednotlivých položek. Dodavatelé v rámci nabídky předloží oceněné dílčí soupisy prací v XLSX, rekapitulaci podrobnou a rekapitulaci souhrnnou.*“.
176. Z čl. 13. „Lhůta a způsob podání nabídek“ zadávací dokumentace vyplývá, že „[k]onec lhůty pro podání nabídek je uveden v oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek.“.
177. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 28 zadavatel uvedl, že „[l]hůta pro podávání nabídek se mění následujícím způsobem: **Lhůta pro podání nabídek končí dne 30. 4. 2020 v 10:00 hodin.**“.

Právní posouzení

178. Navrhovatel brojí proti délce lhůty pro podání nabídek, kterou zadavatel původně stanovil na 62 kalendářních dnů, tj. 44 pracovních dnů, když v čl. 13. „Lhůta a způsob podání nabídek“ zadávací dokumentace uvedl, že „[k]onec lhůty pro podání nabídek je uveden v oznámení o zahájení zadávacího řízení uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek.“, přičemž v bodu IV.2.2) oznámení o zahájení zadávacího řízení stanovil lhůtu pro podání nabídek do 9. 3. 2020 do 10:00 hodin. Stanovená lhůta pro podání nabídek je podle navrhovatele s ohledem na složitost a rozsáhlost veřejné zakázky a aktuální podmínky pro přípravu nabídek (i s ohledem na nouzový stav v České republice) nedostatečná. K tomu Úřad sděluje následující.
179. Úřad ke lhůtě pro podání nabídek předně v obecné rovině uvádí, že se jedná o časový úsek, který zadavatel musí stanovit tak, aby poskytl potenciálním dodavatelům dostatečný prostor pro seznámení se se zadávacími podmínkami a pro přípravu nabídky. Účelem lhůty

pro podání nabídek je vytvoření časového rámce, v němž má dojít k předání informací dodavatelům o zahájení zadávacího řízení, o předmětu veřejné zakázky, v dalším se mají dodavatelé obeznámit s veškerými povinnostmi a požadavky zadávacího řízení tak, aby se mohli objektivně rozhodnout, zda se zadávacího řízení zúčastní, a v konečné fázi má dojít k sestavení a předložení nabídky splňující veškeré požadavky zadavatele.

180. Zákonodárce uložil zadavateli v § 57 zákona povinnost stanovit lhůtu pro podání nabídek v otevřeném řízení, v němž je šetřená veřejná zakázka zadávána, na nejméně 30 dnů od zahájení zadávacího řízení, přičemž v citovaném ustanovení zákona současně nastavil konkrétní podmínky pro prodloužení či zkrácení této lhůty. Pro úplnost Úřad dodává, že zadávací řízení je zahájeno okamžikem odeslání příslušného formuláře k uveřejnění do Věstníku veřejných zakázek (příp. i do Úředního věstníku Evropské unie) (viz § 56 odst. 1 zákona), tzn. od tohoto dne se počítá délka lhůty pro podání nabídek.
181. Jak již bylo naznačeno výše, hlavním smyslem lhůty pro podání nabídek je poskytnout všem potenciálním dodavatelům dostatek času na obeznámení se se zadávacími podmínkami, na obstarání dokladů pro prokázání splnění jednotlivých zadávacích podmínek a na zpracování jejich nabídek. Úřad se se zřetelem ke shora nastíněným východiskům v šetřené věci zabýval tím, zda zadavatel postupoval při stanovení délky lhůty pro podání nabídek v souladu s ustanovením § 36 odst. 1 zákona, resp. zda dodržel zásadu přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona, a nevytvořil tak bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
182. Dříve, než se Úřad bude věnovat zodpovězení otázky, zda délka lhůty pro podání nabídek stanovená zadavatelem byla dostatečná, resp. přiměřená skutkovým okolnostem věci, považuje za nezbytné postavit najisto, jaká délka předmětné lhůty v posuzované věci byla délkou minimální, čili zákonem minimálně připuštěnou. Samotná minimální délka lhůty pro podání nabídek je pouze určitým vodítkem při stanovení lhůty pro podání nabídek; v konečném důsledku musí zadavatel vždy zohlednit i zásadu přiměřenosti, a to v tom smyslu, že musí reflektovat specifika jím zadávané veřejné zakázky a dodavatelům poskytnout dostatečný časový rámec pro zpracování jejich nabídek. Obecně tedy neplatí rovnítko v tom smyslu, že je-li dodržena minimální lhůta pro podání nabídek dle shora citovaného ustanovení zákona, jedná se automaticky o zákonně stanovenou lhůtu pro podání nabídek, a to právě s ohledem na zásadu přiměřenosti. Úřad uvádí, že z ustanovení § 57 odst. 1 zákona plyne, že lhůta pro podání nabídek v otevřeném řízení činí nejméně 30 dnů. Jak je zřejmé z § 57 odst. 1 písm. b) zákona, lhůta pro podání nabídek musí být prodloužena o 5 dnů, jestliže zadavatel postupuje podle § 96 odst. 2; to neplatí v případech podle odstavce 2 písm. b). Jak již Úřad uvedl výše, zadavatel v šetřeném zadávacím řízení postupoval podle § 96 odst. 2 zákona, když část zadávací dokumentace, konkrétně projektovou dokumentaci, neuveřejnil na profilu zadavatele, nýbrž ji poskytl jiným vhodným způsobem v souladu s § 36 odst. 8 zákona. Proto minimální lhůta v daném případě činila 35 dnů (30+5).
183. Jestliže bylo Úřadem výše zjištěno, jaká délka lhůty pro podání nabídek byla podle zákona délkou minimální, je třeba dále zjistit, kolik dnů tato lhůta ve skutečnosti činila. Úřad opětovně uvádí, že podle § 56 odst. 1 zákona zahajuje zadavatel otevřené řízení odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění způsobem podle § 212 zákona. Zadavatel odeslal oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek k uveřejnění dne 7. 1. 2020, přičemž předmětné oznámení bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno

dne 10. 1. 2020 a v Úředním věstníku Evropské unie rovněž dne 10. 1. 2020. Lhůtu pro podání nabídek zadavatel stanovil do 9. 3. 2020, když následně tuto lhůtu opakovaně prodlužoval tak, že konečná lhůta pro podání nabídek byla stanovena do 30. 4. 2020. Z výše uvedeného plyne, že „prvotní“ zadavatelem stanovená lhůta, tj. lhůta do 9. 3. 2020, která je z hlediska posouzení otázky dodržení zákona zadavatelem relevantní, činila celkem 62 kalendářních dnů, tj. 44 pracovních dnů. Je tak možno konstatovat, že zadavatelem reálně stanovená lhůta pro podání nabídek téměř dvojnásobně přesahovala minimální zákonem stanovenou délku; tím, že zadavatel stanovil předmětnou lhůtu na 62 dnů, tak rozhodně „nepodkročil“ minimální lhůtu, jež činila 35 dnů.

184. Ačkoliv zadavatel stanovil délku lhůty pro podání nabídek na 62 dnů, čili téměř ve dvojnásobné délce nad rámec zákonného minima, nelze bez dalšího dospět ke „zkratkovitému“ závěru, že v tomto ohledu došlo z jeho strany k dodržení zákona. Úřad se proto v dalším bude zabývat tím, zda daná délka lhůty řádně reflektuje skutkové okolnosti šetřené veřejné zakázky, a zda ji lze tudíž opravdu označit za lhůtu dostatečnou, tzn. lhůtu souladnou se zásadou přiměřenosti. Současně již na tomto místě Úřad zdůrazňuje, že v souvislosti s plánovanou výstavbou metra D nelze opominout skutečnost, že se jednalo o veřejně známou informaci, že zadavatelem bude tato stavební akce realizována, byť tuto informaci zadavatel nezmaterializoval např. do předběžného oznámení, jedná se o investiční akci, která byla známa nejen odborné, ale i široké veřejnosti.
185. Úřad při posouzení přiměřenosti lhůty pro podání nabídek bral v potaz, že v průběhu stanovené lhůty jsou potenciální dodavatelé povinni vytvořit a zkompletovat celou nabídku, kdy tento proces zahrnuje mj. i opatření si dokumentů týkajících se prokázání splnění kvalifikace, případně vést jednání s partnery, s jejichž pomocí bude možno nabídku podat apod. Úřad má za to, že se po administrativní stránce jedná nepopíratelně o nikoliv jednoduchý proces, a to vzhledem k tomu, že do nabídky musí být začleněna celá řada dokumentů, pro jejichž zpracování je v některých případech nutná určitá časová příprava dodavatele, a to ať už se jedná o zpracování cenotvorby nabídky (např. ocenění výkazu výměr), nebo o získání určitých dokumentů týkajících se příslušných kritérií hodnocení. Nabídka tak ve výsledku obsahuje značné penzum dokumentů, jejichž vytvoření (vyplnění), popř. obstarání, je pro účely její tvorby a kompletace nezbytné zajistit, což vyžaduje určitý čas. To stejné pak platí pro případné navázání spolupráce, které má dopad do finalizace a způsobu zpracování nabídky. V této souvislosti lze současně odkázat na § 36 odst. 5 zákona, podle kterého musí být délka lhůt zadavatelem stanovena tak, aby byla zajištěna přiměřená doba pro vyžadované úkony dodavatelů.
186. Z čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace vyplývá, že dodavatelé za účelem zpracování nabídkové ceny ocení všechny položky soupisu prací, přičemž navrhovatel v souvislosti s tvrzenou nepřiměřeností lhůty pro podání nabídek poukazuje zejména na množství položek (11 000) v předmětném soupisu, jejichž ocenění je podle něj možné pouze detailní individuální výkonovou kalkulací jednotlivých činností a prací. Úřad ověřil, že položky v soupisu prací jsou rozčleněny do jednotlivých celků tak, aby jejich ocenění bylo proveditelné i za použití cenové soustavy, přičemž předmětné celky nejsou nijak neobvyklé. Nelze se tak bez dalšího ztotožnit s názorem navrhovatele, že ocenění soupisu prací nelze provést za použití cenové soustavy; tu lze zajisté použít jako výchozí, přičemž případný odklon od ní již je na úvaze samotného dodavatele. Úřad nepopírá, že

se v případě ocenění soupisu prací, který čítá na 11 000 položek, jedná o administrativně náročnější proces, avšak připomíná, že již původně stanovená lhůta pro podání nabídek, tj. lhůta stanovená do 9. 3. 2020, byla téměř dvojnásobné délky nad rámec zákonného minima, což samo o sobě svědčí o tom, že si je zadavatel vědom složitosti a časové náročnosti přípravy nabídky. Úřad tak má za to, že k ocenění soupisu prací, resp. přípravě nabídek zadavatel poskytl dostatečný časový prostor. Současně nelze přehlédnout, že zadavatel obdržel celkem 3 nabídky (a to i při zohlednění, že s ohledem na specifický předmět veřejné zakázky se nejednalo o plnění, které by byl schopen realizovat „kterýkoliv“ dodavatel), což svědčí o tom, že ocenit soupis prací nebylo nemožné. Nutno dodat, že pokud některý z dodavatelů odložil ocenění soupisu prací tzv. „na později“, zejména na období březen – duben 2020, tj. na období posledních dvou měsíců předcházejících konci lhůty pro podání nabídek, který po jejím opakovaném prodloužení připadl na den 30. 4. 2020, mohl být celý proces ocenění soupisu prací z důvodu výskytu pandemie koronaviru a s tím souvisejícím vyhlášením nouzového stavu na území České republiky komplikovanější, nikoliv však nemožný. V této souvislosti Úřad uvádí, že ačkoliv původní délka lhůty pro podání nabídek byla téměř dvojnásobné délky nad rámec zákonného minima, zadavatel opakovaně lhůtu pro podání nabídek v návaznosti na provedené změny zadávací dokumentace prodloužoval, přičemž k prvnímu prodloužení lhůty došlo ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2, které bylo na profilu zadavatele uveřejněno dne 6. 2. 2020. Od tohoto dne tak dodavatelé byli srozuměni s tím, že lhůta pro podání nabídek bude delší, než původně stanovená, a že tedy na přípravu nabídek budou mít více času. Vysvětlením zadávací dokumentace č. 28, které bylo na profilu zadavatele uveřejněno dne 1. 4. 2020, zadavatel lhůtu pro podání nabídek prodloužil rovněž s ohledem na situaci zapříčiněnou výskytem pandemie koronaviru a s tím souvisejícím vyhlášením nouzového stavu na území České republiky, a to do 30. 4. 2020, tj. o dva týdny, přestože tato nastala až dva měsíce po zahájení zadávacího řízení. Konečná lhůta pro podání nabídek tak činila celkem 114 dnů (8. 1. 2020 – 30. 4. 2020), přičemž takto stanovenou lhůtu Úřad považuje s přihlédnutím ke všem okolnostem, tj. složitosti a rozsáhlosti veřejné zakázky a aktuálním podmínkám pro přípravu nabídek, za naprosto dostatečnou, a tedy přiměřenou, stejně jako původně stanovenou lhůtu v délce 62 dnů.

187. Nad rámec shora uvedeného Úřad k argumentaci navrhovatele, že zadavatel při stanovení lhůty pro podání nabídek nezohlednil potenciální účast zahraničních dodavatelů, uvádí, že je vždy na uvážení dodavatele, zda se daného zadávacího řízení s konkrétními zadávacími podmínkami, tedy i konkrétně stanovenou lhůtou pro podání nabídek, zúčastní. Stejně tak je na uvážení dodavatele, zda se daného zadávacího řízení s ohledem na zadávací podmínky, resp. lhůtu pro podání nabídek zúčastní ve spolupráci se zahraničními dodavateli. Ve vztahu k námitce navrhovatele, že jsou tak znevýhodněni zahraniční dodavatelé, jelikož je dána krátká lhůta pro podání nabídek a nadto zahraniční dodavatelé si musí zajistit překlad zadávací dokumentace, neboť tato je v českém jazyce, Úřad uvádí, že uvedená teze navrhovatele ničeho na závěrech učiněných Úřadem výše nemění. Dodavatelé musí počítat s tím, že s vysokou měrou pravděpodobnosti bude zadávací dokumentace zpracována v jazyce odpovídajícím státu, v němž je veřejná zakázka zadávána. Úřad již výše konstatoval, že zadavatel v šetřeném případě stanovil lhůtu pro podání nabídek v dostatečné délce. Pokud tedy navrhovatel namítá, že zadavatel zcela eliminoval účast zahraničních dodavatelů v zadávacím řízení nutností překladu soupisu prací, pak Úřad odkazuje na argumentaci

zadavatele, že potenciální jazykovou bariéru odstraňuje možnost využití internetových překladáčů, které umožňují míru porozumění dostatečnou pro přípravu nabídky, s níž se ztotožňuje. Nezbyvá tedy než konstatovat, že se v případě spolupráce se zahraničními dodavateli jedná o míru podnikatelského rizika, přičemž je na dodavateli, zda jej podstoupí či nikoliv.

188. V souvislosti s tvrzením navrhovatele, že ani při nejlepší vůli není možné, aby zahraniční dodavatel mohl podat nabídku, neboť s největší pravděpodobností nezíská doklady potřebné k prokázání kvalifikace, když z § 24 odst. 5 zákona č. 18/2004 Sb., o uznávání odborné kvalifikace a jiné způsobilosti státních příslušníků členských států Evropské unie a některých příslušníků jiných států a o změně některých zákonů, ve znění pozdějších předpisů, vyplývá, že uznávací orgán musí o žádosti o uznání odborné kvalifikace rozhodnout bezodkladně, nejpozději však do 60 dnů ode dne doručení předmětné žádosti s předložením všech dokladů uchazeče, Úřad odkazuje na čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, část „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, bod 5.7.6 „Prokazování kvalifikace u zahraničních osob“, zadávací dokumentace, z něž mj. vyplývá, že doklady o uznání odborné kvalifikace se dokládají až v rámci spolupráce před uzavřením smlouvy. Nelze se tak ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že zahraniční dodavatel nemohl z důvodu údajně nepřiměřené lhůty pro podání nabídek podat nabídku na veřejnou zakázku.
189. K navrhovatelem tvrzenému zvýhodnění dodavatelů, kteří prováděli doplňkový geologický průzkum, tj. společností Metrostav a.s. (resp. Subterra a.s.), HOCHTIEF CZ a.s. a STRABAG a.s., spočívajícímu v tom, že tito dodavatelé měli k dispozici projektovou dokumentaci s více než ročním předstihem oproti ostatním dodavatelům, a tedy měli dostatek času k „předpřípravě“ nabídek, Úřad stručně uvádí následující. Dodavatelé za účelem zpracování nabídkové ceny měli ocenit všechny položky (jednotky) soupisu prací, který byl podle zadavatele zpracován tak, aby obsahoval veškeré druhové položky, které by se při realizaci díla mohly vyskytnout, přičemž celková cena díla bude stanovena až na základě skutečného objemu prací, dodávek a výkonů nutných k provedení díla. Předmětem, resp. výsledkem doplňkového geologického průzkumu je přitom upřesnění množství těchto jednotek, nikoliv objevení druhově nových položek, které by již nebyly zahrnuty v soupisu prací, a nebyly tak pokryty jednotkovou cenou uvedenou v nabídce dodavatele. Smyslem doplňkového geologického průzkumu je tedy upřesnění potřebného množství měrných jednotek, které se následně principem měřeného kontraktu projeví předvídaným způsobem do celkové nabídkové ceny. Současně je zapotřebí uvést, že doplňkový geologický průzkum, resp. jeho výsledek není nezbytný pro zadání veřejné zakázky, neboť pouze doplňuje informace získané z podrobného geologického průzkumu, přičemž tyto jsou v zadávací dokumentaci zpracovány. V případě, že by se informace zjištěné doplňkovým geologickým průzkumem promítly do smluvních podmínek, jednalo by se o změnu závazku ze smlouvy, která by mezi jednotlivými dodavateli nečinila rozdíl, a tedy žádné z nich nezvýhodňovala, neboť všichni dodavatelé by shodně byli nuceni přistoupit k novaci smluvního vztahu. S ohledem na tuto skutečnost a současně na skutečnost, že všichni dodavatelé bez rozdílu měli oceňovat týž soupis prací, a že stanovená lhůta pro podání nabídek platila pro všechny dodavatele stejně, tj. všem plynula po stejnou dobu, nelze hovořit o zásadním zvýhodnění dodavatelů, kteří prováděli doplňkový geologický průzkum a kteří, ačkoliv mohli disponovat projektovou dokumentací v důsledku účasti ve veřejné zakázce na doplňkové geologické průzkumy v předstihu, obdrželi zásadní

penzum informací potřebných k sestavení své nabídky ve stejný okamžik jako ostatní dodavatelé, tj. i pro jejich zpracování nabídky platila lhůta běžící po stejně dlouhou dobu jako u ostatních dodavatelů. Pakliže by skutečně k nějakému dílčímu zvýhodnění dodavatelů, kteří se podíleli (podílejí) na dodatečném geologickém průzkumu došlo, nejednalo by se dle přesvědčení Úřadu o porušení zákona zadavatelem, nýbrž o přirozený jev v důsledku okolností realizace jiné veřejné zakázky. Nejedná se však o nic výjimečného za situace, kdy určité veřejné zakázce předchází nějaké plnění či se jedná o opakované plnění u zadavatele, vždy svým způsobem mají dřívější dodavatelé určitý informační náskok, což však plyne z povahy věci a nelze na tuto skutečnost nazírat jako na nezákonnost v postupu zadavatele. V daném kontextu lze nadto podotknout, že u tak významné veřejné zakázky lze přikročit k přípravným krokům ze strany dodavatelů již v předstihu, kdy určité informace o záměru zahájit zadávací řízení bývají předmětem tiskových zpráv a novinových článků. V posuzovaném případě zadavatel rovněž přistoupil k realizaci předběžných tržních konzultací, kdy žádosti o předběžné tržní konzultace uveřejnil na svém profilu zadavatele dne 18. 9. 2019 a 9. 10. 2019, a kterých se mohli dodavatelé účastnit, a z jejichž obsahu již bylo možné vyčíst, jaké zadávací podmínky ve vztahu k veřejné zakázce zadavatel zvažuje formulovat (podrobněji viz níže).

190. Závěrem Úřad dodává, že obecně zadavatelem stanovená lhůta pro podání nabídek nebude, obdobně jako i jiné zadávací podmínky, vyhovovat naprosto všem potenciálním dodavatelům. Vždy se najdou dodavatelé, v jejichž očích bude lhůta pro podání nabídek nepřiměřeně krátká. To ještě nicméně neznamená, že se jedná o lhůtu rozpornou se zákonem. Úřad posoudil zadavatelem stanovenou délku lhůty pro podání nabídek, a to s ohledem na skutkové okolnosti věci, přičemž dospěl k závěru, že se jedná o lhůtu přiměřenou, a tedy o lhůtu souladnou se zákonem i se základními zásadami zadávání veřejných zakázek.
191. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 2. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem.

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

192. V této části návrhu navrhovatel brojí proti způsobu prodloužení lhůty pro podání nabídek v návaznosti na poskytnuté vysvětlení/změnu zadávací dokumentace, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

193. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
194. Podle § 98 odst. 5 zákona pokud by spolu s vysvětlením zadávací dokumentace zadavatel provedl i změnu zadávacích podmínek, postupuje podle § 99 zákona.
195. Podle § 99 odst. 1 zákona zadavatel může zadávací podmínky obsažené v zadávací dokumentaci změnit nebo doplnit před uplynutím lhůty pro podání žádosti o účast, předběžných nabídek nebo nabídek. Změna nebo doplnění zadávací dokumentace podmínek musí být uveřejněna nebo oznámena dodavatelům stejným způsobem jako zadávací podmínka, která byla změněna nebo doplněna.

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

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

197. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, bodu 3.3.1. „Vyhrazená změna spočívající v měřené zakázce“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„zadáva tuto veřejnou zakázku jako zakázku měřenou – skutečná cena díla (Stavby) bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Tento způsob určení skutečné ceny plnění veřejné zakázky je vyhrazenou změnou závazku ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. Které části veřejné zakázky jsou tzv. měřené a u kterých se naopak předpokládá paušální stanovení ceny, je patrné ze Soupisu prací. K tomuto způsobu určení ceny zadavatel již přihlédl při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.“*

198. V čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel mj. určil, že *„[d]odavatelé ocení všechny položky Soupisu prací poskytnutého s přihlédnutím k technickým specifikacím jednotlivých položek. Dodavatelé v rámci nabídky předloží oceněné dílčí soupisy prací v XLSX, rekapitulaci podrobnou a rekapitulaci souhrnnou.“*

199. V čl. 2. „DÍLČÍ SOUPISY PRACÍ V ČÁSTI 5“, bodu 2.3. „Oceňování položek“ dokumentu „SOUPIS PRACÍ, část 1: Komentář k soupisu prací“ zadavatel mj. stanovil, že *„v nabídce zájemce o zakázku doplní položky soupisu prací o jednotkové ceny příslušné položky.“* V čl. 5. „TECHNICKÉ SPECIFIKACE POLOŽEK“, bodu 5.1. „Technické specifikace položek obecné, platné pro všechny položky dílčího soupisu prací“, téhož dokumentu je v odst. 5.1.22. uvedeno, že *„v jednotkových cenách pro razící práce jsou mimo jiné zahrnuty i náklady na následující opatření, ztížené podmínky, překážky apod.:*

- *bezpečnostní opatření všeho druhu po celou dobu ražení*
- *kvalifikace zaměstnanců zajišťující bezpečnost a plynulost ražení*
- *ztížení prací z důvodů zabudování vstrojovacích prostředků*
- *osazení a odstranění dočasných vstrojovacích prostředků*
- *zaměřování výrubů*

(...)

Další technické specifikace jsou uvedeny u jednotlivých položek v Části 2 Soupisu prací: Technické specifikace položek.“

200. V dokumentu „SOUPIS PRACÍ, část 2: Technické specifikace položek“ je např. k položkám „32-111151 Ražení tunelu průřezu nad 16 m2 (bez dobírky dna) v hornině suché TT3“, „32-111161 Ražení (dobírání) dna tunelu nad 16 m2 v hornině suché TT3“, „32-111251 Ražení tunelu průřezu nad 16 m2 (bez dobírky dna) v hornině suché TT4“ a dalším uvedena mj. informace, že se jedná o měřenou položku, a že položka obsahuje *„rozpojování, nakládání rubaniny, dále obsahuje náklady následující opatření, ztížené podmínky, překážky apod.:*

- bezpečnostní opatření všeho druhu po celou dobu ražení
- kvalifikace zaměstnanců zajišťující bezpečnost a plynulost ražení
- ztížení prací z důvodů zabudování vstrojovacích prostředků
- osazení a odstranění dočasných vstrojovacích prostředků (...)

201. Z dokumentace o zadávacím řízení je zřejmé, že zadavatel dne 8. 4. 2020 uveřejnil na profilu zadavatele vysvětlení zadávací dokumentace č. 34, v rámci něhož přistoupil k prodloužení lhůty pro podání nabídek do 30. 4. 2020.
202. Z dokumentace o zadávacím řízení je v dalším zřejmé, že zadavatel dne 23. 4. 2020 vyhotovil vysvětlení/změnu zadávací dokumentace č. 38 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 38“), kterou téhož dne doručil dodavatelům, kteří předložili NDA v souladu s pravidly stanovenými zadávací dokumentací.
203. Obsahem vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 ze dne 23. 4. 2020 bylo mj. následující:

„Dotaz č. 4

Doplňující dotaz k dotazu číslo 1 uvedeném ve vysvětlení / změně zadávací dokumentace č. 29 z 1.4.2020.

Citace dotazu uchazeče:

U objektu SOD 13 Stanice Olbrachtova, 20-00 Stanice Olbrachtova, 0202 – Ražby, primární ostění – Pravý staniční tunel je v technické zprávě na straně 13 v kapitole 4.2.6 Varovné stavy a opatření při jejich překročení uvedeno citace:

Dle projektu geomonitoringu jsou sledovány tři stupně varovných stavů:

- 1. varovný stav – stav přípustných změn (75% hodnoty A)
- 2. varovný stav – stav mezní přijatelnosti (hodnota A)
- 3. varovný stav – kritický stav (125% hodnoty A)

Varovné stavy jsou odvozeny z hodnoty A, která je stanovena výpočtem:

- *Ostění Propojka sever:*

Deformace primárního ostění (sedání vrcholu klenby) A=30 mm

Deformace primárního ostění (příčný posun) A=10 mm

Sedání povrchu A=20 mm

V kapitole 4.3.1 Ostění PST - Velký profil – TT5b je uvedeno, citace:

Třída výrubu 5b je určena pro ražbu tunelu pod ochrannou předháněných jehel. Maximální předpokládaná deformace ostění ve třídě 5b je do 40 mm.

V kapitole 4.3.2 Ostění PST - Velký profil – TT5bL je uvedeno, citace:

Třída výrubu 5bL je určena pro ražbu tunelu pod ochrannou předháněných jehel. V místech tunelových propojek a blízkosti eskalátorových tunelů. Maximální předpokládaná deformace ostění ve třídě 5bL je do 40 mm.

V kapitole 4.3.3 Ostění PST - Velký profil – TT5c je uvedeno, citace:

Třída výrubu 5c je určena pro ražbu tunelu pod ochrannou mikropilotové deštníku. Maximální předpokládaná deformace ostění ve třídě 5c je do 45 mm.

V kapitole 4.3.4 Ostění PST - Velký profil – TT5cL je uvedeno, citace:

Třída výrubu 5cL je určena pro ražbu tunelu pod ochrannou mikropilotové deštníku. V místech tunelových propojek a blízkosti eskalátorových tunelů. Maximální předpokládaná deformace ostění ve třídě 5cL je do 45 mm.

V kapitole 4.3.7 Ostění PST - Střední profil – TT5c je uvedeno, citace:

Třída výrubu 5c je určena pro ražbu tunelu pod ochrannou mikropilotové deštníku. Maximální předpokládaná deformace ostění ve třídě 5c je do 40 mm.

125% hodnoty 30 mm je 37,5 mm. Předpokládá zadavatel překročení 3. varovného stavu? Jaké hodnoty deformací tedy předpokládá zadavatel?

Odpověď zadavatele:

Zadavatel nepředpokládá překročení 3. varovného stavu ani 2. varovného stavu. Varovné stavy slouží pro sledování dílčích výrubů, maximální předpokládaná deformace se vztahuje k provedení všech výrubů.

Doplňující dotaz:

Vzhledem k předpokládanému vzájemnému ovlivnění jednotlivých výrubů a ke konstatování zadavatele, že předpokládané maximální deformace jsou vyšší, než nastavené hodnoty varovných stavů pro dílčí výrubu žádáme zadavatele o uvedení /nastavení hodnot varovných stavů pro konstrukce po provedení všech výrubů.

Odpověď zadavatele:

Citované hodnoty z kapitoly 4.3. představují hodnotu A varovných stavů pro konstrukci po provedení všech výrubů v jednotlivých třídách ražeb. Citovaná část z kapitoly 4.2.6. zůstala v technické zprávě omylem. Jak je zřejmé z jejího nadpisu, jedná se o varovné stavy pro propojku sever. Zadavatel nepředpokládá překročení 2. ani 3. varovného stavu.“

Z dokumentace o zadávacím řízení, konkrétně z vysvětlení zadávací dokumentace č. 38, je zřejmé, že v obdobném znění byly v předmětném vysvětlení zadávací dokumentace formulovány i další dotazy, a to dotazy č. 5 a č. 6 směřující ke zjištění předpokladu překročení 3. varovného stavu, předpokládaných hodnot deformací a zjištění hodnot varovných stavů pro konstrukce po provedení všech výrubů ve vztahu k objektu SOD 13 Stanice Olbrachtova, 20-00 Stanice Olbrachtova, 0203 – Ražby, primární ostění – Levý staniční tunel. Odpověď zadavatele na předmětné dotazy byla totožná jako v případě dotazu č. 4.

Právní posouzení

204. Navrhovatel v předmětné části návrhu brojí proti nedostatečnému prodlužování lhůty zadavatelem v zadávacím řízení. Z podstatné části bylo ve vztahu k této části návrhu Úřadem dovozeno, že navrhovatel nevyužil v zákonné lhůtě primární způsob ochrany před tvrzeným nezákonným postupem zadavatele, tedy nepodal včasné námitky, a proto Úřad přistoupil k zastavení správního řízení dle § 257 písm. h) zákona v této části, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí (viz body 92. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Lhůta pro podání námitek byla z pohledu Úřadu navrhovatelem zachována ve vztahu k namítanému

neproloužení lhůty v důsledku vysvětlení zadávací dokumentace č. 38. K tomu uvádí Úřad následující.

205. Navrhovatel brojí konkrétně proti tomu, že zadavatel odstranil v souvislosti s předmětným vysvětlením zadávací dokumentace část technické zprávy, a tudíž změnil zadávací dokumentaci, aniž by prodloužil lhůtu pro podání nabídek, přičemž s ohledem na charakter této změny, měl zadavatel prodloužit lhůtu pro podání nabídek o celou její původní délku. Navrhovatel dále namítá nepřehlednost a zmatečnost systému prodlužování lhůty pro podání nabídek, neboť ji zadavatel prodlužoval kumulativně na základě několika vysvětlení zadávací dokumentace.
206. Zadávací podmínky definované v zadávací dokumentaci nebo v oznámení veřejné zakázky zásadně musí být dodržovány po celý „život“ veřejné zakázky. Proto je třeba jejich přípravě věnovat náležitou pozornost. Ačkoliv zadavatel vynaloží na přípravu zadávací dokumentace veškerou snahu, není možné vyloučit, že v průběhu lhůty pro podání žádosti o účast či lhůty pro podání předběžných nabídek nebo nabídek, bude muset dle svých potřeb upravit zadávací podmínky. Zákon proto dává zadavateli možnost provést změnu či doplnění zadávacích podmínek ve smyslu § 99 zákona.
207. Ustanovení § 99 odst. 2 zákona stanovuje zadavateli povinnost prodloužit v případě změny či doplnění zadávacích podmínek lhůtu pro podání nabídek, a to různě podle povahy příslušné změny či doplnění. Přitom v ustanovení § 99 odst. 2 zákona není konkrétně stanoveno, kdy povaha provedené změny vyžaduje prodloužení lhůty pro podání nabídek, předběžných nabídek či žádostí o účast a kdy nikoliv. Délka případného prodloužení se pak odvíjí od zásady přiměřenosti a požadavku na umožnění potenciální účasti co možná nejširšímu okruhu dodavatelů.
208. Posouzení povahy změny zadávací dokumentace nebo doplnění je sice na zadavateli, nicméně k samotnému posouzení je třeba přistupovat s ohledem na zásady zadávacího řízení ve smyslu § 6 zákona. Tento závěr vyplývá také z judikatury k předchozímu zákonu (viz rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 5 Afs 131/2007 ze dne 12. 5. 2008). Zadavatel pak odpovídá za správné posouzení povahy a následků provedené změny, resp. doplnění.
209. Zadavatel je tak povinen důsledně posoudit, jak významná je jím provedená změna, a podle této její povahy rozhodnout o případném prodloužení lhůty pro podání nabídek. V této souvislosti je nutno zdůraznit, že pro posouzení povahy provedené úpravy je nezbytné zohlednit nikoliv potřeby zadavatele, ale zejména dopad provedení změny či doplnění na zpracování nabídek z pohledu v úvahu přicházejících potenciálních dodavatelů.
210. Rozhodující ve zdejším případě je vyřešení otázky, zda povaha provedené změny vyžadovala prodloužení lhůty pro podání nabídek.
211. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že v reakci na dotazy obsažené ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 38 pod čísly 4 - 6 zadavatel přistoupil k odstranění části kapitoly technické zprávy obsahující informace týkající se varovných stavů a opatření při jejich překročení, neboť dle zadavatele dodavatelem citovaná část z kapitoly 4.2.6. zůstala v technické zprávě omylem. Jak je zřejmé podle zadavatele již z jejího nadpisu, týkala se tato

varovných stavů pro propojku sever. Současně zadavatel doplnil, že nepředpokládá překročení 2. ani 3. varovného stavu (viz bod 203. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

212. Úřad z vlastní činnosti zjistil, že „[v]arovný stav v chování sledovaného systému je definován jako taková kvalitativní změna v jeho chování, která znamená zásadní změnu v úrovni podstupovaného rizika. Při ražbě tunelu se sledovaným systémem rozumí interakce horninových masív - ostění tunelu, případně dalších stavebních konstrukcí (nadzemní zástavba, sousední podzemní objekty atd.). Dosažení určitého varovného stavu je podnětem pro přijetí určitých, předem v realizační dokumentaci stavby připravených, technicko-organizačních opatření. Tato opatření jsou nástrojem pro udržení chování sledovaného systému v přijatelných mezích a pro odvrácení důsledků vzniku nežádoucích jevů během výstavby.“⁴.
213. Ze zadávací dokumentace vyplývá, že dodavatelé mají za účelem zpracování nabídkové ceny ocenit všechny položky soupisu prací, a to tak, že doplní položky soupisu prací o jednotkové ceny příslušné položky, přičemž dále Úřad zjistil, že v jednotkových cenách pro ražící práce jsou mimo jiné zahrnuty i náklady na následující opatření, ztížené podmínky, překážky apod. (viz body 198. až 200. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
214. Ze zadávací dokumentace dále Úřad zjistil, že zadavatel zadal veřejnou zakázku jako tzv. měřený kontrakt (viz bod 197. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy skutečná cena díla bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Dále Úřad v zadávací dokumentaci ověřil, že položky soupisu prací, které materiálně souvisí s ražením, jsou položkami měřenými, přičemž jejich obsahem jsou vedle rozpojování, nakládání rubaniny také náklady následující opatření, ztížené podmínky, překážky apod., mj. bezpečnostní opatření všeho druhu po celou dobu ražení, ztížení prací z důvodů zabudování vstrojovacích prostředků, aj.
215. Úřad na tomto místě sděluje, že navrhovatel v obecné rovině tvrdí, že předmětná změna zadávací dokumentace je změnou podstatnou, týkající se samotného předmětu díla, příp. způsobu jeho provádění a mohla rozšířit okruh potenciálních účastníků zadávacího řízení, navrhovatel však nspecifikuje žádné konkrétní dopady této změny, resp. jakým způsobem mohla ovlivnit dodavatele při zpracování nabídky nebo z jakého důvodu mohla rozšířit okruh možných účastníků zadávacího řízení.
216. Při posouzení povahy provedené změny s ohledem na to, zda vyžaduje prodloužení lhůty pro podání nabídek, Úřad akcentuje specifický předmět veřejné zakázky, kterým je zhotovení dopravní stavby, a sice konkrétního úseku metra, přičemž výraznou část realizovaných činností bude představovat ražení tunelů. Prostřednictvím zadávací dokumentace byli dodavatelé seznámeni s množstvím technologických a jiných podkladů, mj. metodou ražby, přičemž dodavatel, u něhož se předpokládá určitá úroveň odbornosti, z povahy věci musí očekávat určitou míru složitosti prací a nutnost reagovat na ztížené podmínky a s tím případně související určitá technická, technologická a bezpečnostní opatření, mj. s ohledem na určitou míru nepředvídatelnosti okolností, které mohou spolu s pracemi pod povrchem (s ohledem na chování hornin a související rizika) při realizaci díla nastat. V případě, že zadavatel změní zadávací podmínky s ohledem na to, že ve vztahu k některým objektům

⁴ TP-237. Geotechnický monitoring tunelů pozemních komunikací. Praha: Ministerstvo dopravy, 2011. s. 68. Dostupné z: http://www.pjpk.cz/data/USR_001_2_8_TP/TP_237.pdf.

nepředpokládá překročení 2. ani 3. varovného stavu, tj. vyšší míru rizika v souvislosti s jejich realizací, oproti tomu, jak bylo v zadávací dokumentaci stanoveno původně, není z pohledu Úřadu taková změna způsobilá rozšířit okruh účastníků zadávacího řízení, neboť jak vyplývá ze zadávací dokumentace, ve vztahu k některým objektům zůstaly zadávací podmínky s ohledem na předpoklad možného překročení 2. či 3. varovného stavu nezměněny. Nehledě na skutečnost, že v daném případě již z nadpisu relevantní části zadávací dokumentace mohli mít dodavatelé indicii, že se může jednat o administrativní pochybení na straně zadavatele (viz předmětné vysvětlení zadavatele). Stejně tak nelze přehlédnout, že z povahy věci se jedná pouze o určitý kvalifikovaný předpoklad, přičemž okolnosti při realizaci veřejné zakázky mohou být odlišné.

217. Z pohledu Úřadu tedy taková dílčí „změna“ zadávací dokumentace nemohla ovlivnit rozhodnutí dodavatelů ohledně toho, zda podají či nepodají nabídku, tj. nemohla rozšířit okruh účastníků zadávacího řízení.
218. Z pohledu Úřadu provedená změna ani nemohla mít bezprostřední vliv na stanovení celkové nabídkové ceny dodavateli, kteří se již rozhodli nabídku podat, neboť se jedná o marginální úpravu zadávacích podmínek, přičemž Úřad zdůrazňuje skutečnost, že se jedná o měřený kontrakt, kdy skutečná cena díla je stanovena z podstatné části na základě skutečného rozsahu provedených prací, čímž je umocněn fakt, že případné dopady na stanovení nabídkové ceny nejsou relevantní.
219. S ohledem na vše shora uvedené, zejména s přihlédnutím k okolnostem daného případu Úřad dospěl k závěru, že provedená úprava zadávací dokumentace nepředstavovala takovou změnu, která by modifikovala předmět veřejné zakázky nebo způsob jeho provádění takovým způsobem, aby vyžadovala prodloužení lhůty pro podání nabídek.
220. V dalším navrhovatel namítal, že systém prodlužování lhůty pro podání nabídek byl zmatečný a nepřehledný s ohledem na kumulaci několika vysvětlení zadávací dokumentace v rámci jednoho dne. Zadavatel podle navrhovatele spojil několik důvodů pro prodloužení lhůty pro podání nabídek z několika žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace, což komplikuje posouzení adekvátnosti prodlužování lhůty. Úřad konstatuje, že v obecné rovině neshledává porušení zákona v takovém postupu, kdy zadavatel uveřejní část vysvětlení zadávací dokumentace na profilu zadavatele, přičemž další vysvětlení zadávací dokumentace týkající se neuveřejněných částí zadávací dokumentace poskytne dodavatelům v souladu s pravidly stanovenými v zadávací dokumentaci, a to ani v situaci, kdy některá z vysvětlení zadávací dokumentace pochází z téhož dne, když je z těchto jednoznačně zřejmé, jakým způsobem se mění lhůta pro podávání nabídek. V tomto ohledu lze učinit závěr, že zadavatelé jsou obecně oprávněni prodlužovat lhůtu pro podání nabídek až v návaznosti na kumulaci vícero poskytnutých vysvětlení zadávací dokumentace. Ostatně v opačném smyslu se ani nevyjádřil Úřad v rámci své rozhodovací praxe, přičemž zákon takový postup nezakazuje a Úřadu je známo, že se jedná o zcela standardní postup zadavatelů. Stejně tak v tomto ohledu nelze ani přehlížet praktické dopady (výhody) pro možnost takového postupu.
221. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 3. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává postup zadavatele souladným se zákonem.

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

222. V této části návrhu navrhovatel brojí proti neúplnosti zadávací dokumentace z důvodu absence stavebního povolení, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

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

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

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

226. Podle § 92 odst. 1 zákona se má za to, že technické podmínky jsou stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, pokud zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce obsahuje

a) dokumentaci v rozsahu stanoveném vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj a

b) soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj.

227. Podle § 96 odst. 2 zákona pokud některou část zadávací dokumentace nelze zpřístupnit podle odstavce 1, z důvodů vymezených v § 211 odst. 3 písm. a), b) a d) zákona nebo v případě postupu podle § 36 odst. 8 zákona, 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 zákona přijetím přiměřených opatření k ochraně důvěrné povahy informací.

Relevantní ustanovení jiných právních předpisů

228. Podle § 2 odst. 1 vyhlášky č. 169/2016 Sb., o stanovení rozsahu dokumentace veřejné zakázky na stavební práce a soupisu stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška MMR“), je dokumentací podle § 92 odst. 1 písm. a) zákona dokumentace, která rozsahem odpovídá

a) projektové dokumentaci pro provádění stavby podle vyhlášky o dokumentaci staveb,

b) projektové dokumentaci pro provádění staveb podle vyhlášky o rozsahu a obsahu projektové dokumentace dopravních staveb, nebo

c) dokumentaci bouracích prací podle vyhlášky o dokumentaci staveb.

229. Podle § 3 vyhlášky MMR soupis prací stanoví v přímé návaznosti na dokumentaci pro zadání stavebních prací podrobný popis všech předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb, které jsou předmětem veřejné zakázky na stavební práce.

230. Podle § 4 odst. 1 vyhlášky MMR je soupis prací zpracován v členění podle dokumentace pro zadání stavebních prací a člení se na stavební objekty, inženýrské objekty, provozní soubory nebo ostatní a vedlejší náklady.
231. Podle § 4 odst. 2 vyhlášky MMR je každý stavební objekt a inženýrský objekt zaříděn do druhu a oboru stavebnictví podle klasifikace stavebních děl a produkce, která je uveřejněna na Portálu o veřejných zakázkách spravovaném Ministerstvem pro místní rozvoj.
232. Podle § 4 odst. 3 vyhlášky MMR má každý stavební objekt, inženýrský objekt nebo provozní soubor, definovaný dokumentací pro zadání stavebních prací, vlastní soupis prací nebo více dílčích soupisů prací.
233. Podle § 4 odst. 4 vyhlášky MMR soupis prací obsahuje položky veškerých předpokládaných stavebních prací, dodávek nebo služeb nezbytných pro zhotovení stavebního objektu, inženýrského objektu nebo provozního souboru.
234. Podle § 4 odst. 5 vyhlášky MMR soupis prací může být v rámci každého stavebního objektu, inženýrského objektu nebo provozního souboru členěn do stavebních nebo funkčních dílů, případně jiných obdobných částí, v závislosti na druhu a charakteru stavebních prací, dodávek a služeb.
235. Podle § 4 odst. 6 vyhlášky MMR pokud je stavba popsána ve více soupisech prací, zadávací dokumentace obsahuje rovněž seznam všech dílčích soupisů prací.
236. Podle § 5 odst. 1 vyhlášky MMR se položkou soupisu prací rozumí popis každé jednotlivé stavební práce, dodávky nebo služby, který obsahuje jejich technické a kvalitativní podmínky v souladu s dokumentací pro zadání stavebních prací.
237. Podle § 5 odst. 2 vyhlášky MMR jsou položky soupisu prací popsány v podrobnostech jednoznačně vymezujících obsah požadovaných stavebních prací, dodávek či služeb a umožňující porovnatelné ocenění tohoto obsahu.
238. Podle § 5 odst. 3 vyhlášky MMR položky soupisu prací specifikující dodávku materiálu nebo výrobku, jejichž montáž je dána samostatnou položkou práce, musí obsahovat jednoznačný popis materiálu nebo výrobku, a to uvedením technických parametrů nebo vlastností požadovaného materiálu nebo výrobku. V položce soupisu prací je možné pro tuto specifikaci užít odkazu na příslušnou část dokumentace pro zadání stavebních prací.
239. Podle § 5 odst. 4 vyhlášky MMR položky soupisu prací popisující vedlejší a ostatní náklady musí obsahovat jednoznačný popis obsahu příslušné položky; pro tento popis lze použít i odkaz na jiné části zadávací dokumentace, které danou položku specifikují.
240. Podle § 5 odst. 5 vyhlášky MMR je pro sestavení soupisu prací v podrobnostech vymezených touto vyhláškou možné u celého soupisu prací nebo u některých jeho položek použít odkaz na cenovou soustavu podle § 11, která obsahuje veškeré údaje nezbytné pro soupis prací.
241. Podle § 5 odst. 6 vyhlášky MMR položky uvedené v jednom dílčím soupisu prací mohou odkazovat pouze na jednu cenovou soustavu podle § 11.
242. Podle § 5 odst. 7 vyhlášky MMR se pravidla stanovená touto vyhláškou na položky soupisu prací, u kterých zadavatel postupuje podle § 92 odst. 2 zákona, nepoužijí.

243. Podle § 6 vyhlášky MMR je položka soupisu prací začleněna ke stavebnímu objektu, inženýrskému objektu nebo provoznímu souboru nebo ostatním a vedlejším nákladům a obsahuje
- a) pořadové číslo položky,
 - b) označení cenové soustavy podle § 11, pokud je použita,
 - c) kód položky podle cenové soustavy podle § 11, pokud byla cenová soustava podle § 11 použita,
 - d) popis položky jednoznačně vymezující druh a kvalitu prací, dodávky nebo služby, s případným odkazem na části dokumentace pro zadání stavebních prací a jiné dokumenty a technické a cenové podmínky,
 - e) měrnou jednotku,
 - f) množství,
 - g) výkaz výměr k uvedenému množství, s výjimkou případů, kdy není výpočet pro stanovení množství položky soupisu prací potřebný.
244. Podle § 7 odst. 1 vyhlášky MMR ve výkazu výměr zadavatel uvede výpočet použitý při stanovení předpokládaného množství položky soupisu prací a odkaz na příslušnou grafickou nebo textovou část dokumentace pro zadání stavebních prací tak, aby umožnil kontrolu celkové výměry, nebo odkáže na výpočet stanovení množství položky soupisu prací v dokumentaci pro zadání stavebních prací.
245. Podle § 7 odst. 2 vyhlášky MMR výkaz výměr, který se vztahuje k více položkám soupisu prací, může být uveden jednou a u dalších položek může být uvedena výměra pouze odkazem.
246. Podle § 7 občanského zákoníku, se má za to, že ten, kdo jednal určitým způsobem, jednal poctivě a v dobré víře.
247. Podle § 115 odst. 1 zákona č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „stavební zákon“) ve stavebním povolení stavební úřad stanoví podmínky pro provedení stavby, a pokud je to třeba, i pro její užívání. Podmínkami zabezpečí ochranu veřejných zájmů a stanoví zejména návaznost na jiné podmiňující stavby a zařízení, dodržení obecných požadavků na výstavbu, včetně požadavků na bezbariérové užívání stavby, popřípadě technických norem. Podle potřeby stanoví, které fáze výstavby mu stavebník oznámí za účelem provedení kontrolních prohlídek stavby; může též stanovit, že stavbu lze užívat jen na základě kolaudačního souhlasu.
248. Podle § 115 odst. 2 stavebního zákona u stavby obsahující technologické zařízení, u něhož je třeba ověřit způsobilost k bezpečnému užívání, dodržení podmínek stavebního povolení nebo integrovaného povolení podle zvláštního právního předpisu, stavební úřad může uložit ve stavebním povolení provedení zkušebního provozu. V takovém případě předem projedná se stavebníkem dobu trvání zkušebního provozu.
249. Podle § 18c odst. 1 písm. c) vyhlášky č. 503/2006 Sb., o podrobnější úpravě územního rozhodování, územního opatření a stavebního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška ke stavebnímu zákonu“), stavební povolení kromě obecných náležitostí rozhodnutí

obsahuje podmínky pro provedení stavby, především z hlediska její komplexnosti a plynulosti, napojení na dopravní a technickou infrastrukturu, odvádění povrchových vod, úprav okolí stavby, ochrany životního prostředí, popřípadě též podmínky pro užívání stavby nebo odstranění stavby.

250. Podle § 18c odst. 2 písm. a) vyhlášky ke stavebnímu zákonu se ve stavebním povolení zabezpečí plnění požadavků uplatněných dotčenými orgány, nejsou-li stanoveny rozhodnutími, případně požadavků vlastníků technické infrastruktury k napojení na ni.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

251. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Vyhrazené změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ“, bodu 3.3.1. „Vyhrazená změna spočívající v měřené zakázce“, zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že „(...) *zadává tuto veřejnou zakázku jako zakázku měřenou – skutečná cena díla (Stavby) bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Tento způsob určení skutečné ceny plnění veřejné zakázky je vyhrazenou změnou závazku ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. Které části veřejné zakázky jsou tzv. měřené a u kterých se naopak předpokládá paušální stanovení ceny, je patrné ze Soupisu prací. K tomuto způsobu určení ceny zadavatel již přihlédl při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.*“.

252. V čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil, že „*[d]odavatelé ocení všechny položky Soupisu prací poskytnutého s přihlédnutím k technickým specifikacím jednotlivých položek. Dodavatelé v rámci nabídky předloží oceněné dílčí soupisy prací v XLSX, rekapitulaci podrobnou a rekapitulaci souhrnnou.*“.

253. V čl. 2. „Úvodní ustanovení“, odstavci 2.1, návrhu smlouvy zadavatel stanovil, že „*(...) Rozsah předmětu plnění je určen zadávací dokumentací předmětného otevřeného řízení, a to zejména projektovou dokumentací tvořící přílohu zadávací dokumentace a nabídkou Zhotovitele, které jsou nedílnou součástí této smlouvy, a zahrnuje především:*

- (...)
- *spolupůsobení Zhotovitele při zajištění stavebního povolení, zařízení staveniště, dopravně inženýrského rozhodnutí, výkopových povolení, povolení kácení, záborů veřejných prostranství,*
- (...).

254. V čl. 2 „Úvodní ustanovení“, odstavci 2.3, návrhu smlouvy zadavatel stanovil, že „*(...) veškeré změny Smlouvy a závazku jí založeného lze provádět pouze za splnění podmínek stanovených ZZVZ.*“.

255. V čl. 18. „Další práva a povinnosti Objednatelů“, odstavci 18.4, návrhu smlouvy zadavatel určil, že „*[b]ezodkladně po uzavření Smlouvy předá Objednatel Zhotoviteli:*

- 18.4.1 stanoviska dotčených orgánů veřejné správy, která se vztahují k provedení díla,*
- 18.4.2 územní souhlasy/rozhodnutí pro zařízení staveniště,*
- 18.4.3 stavební povolení.*“.

256. Ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2 zadavatel na dotaz ve znění „[n]ávrh smlouvy o dílo v odst. 18.4 uvádí, že Objednatel předá Zhotoviteli po uzavření smlouvy:

18.4.1 stanoviska dotčených orgánů veřejné správy, která se vztahují k provedení díla,

18.4.2 územní souhlasy/rozhodnutí pro zařízení stavenišť,

18.4.3 stavební povolení.

Výše uvedené jsou dokumenty, které mají vliv na způsob provádění díla a na jeho cenu. Jak bude Objednatel kompenzovat Zhotoviteli změny časového plánu a ceny, které vyplynou z těchto dokumentů?“ odpověděl „[z]adavatel uvádí, že výše uvedené dokumenty budou předány Zhotoviteli po uzavření smlouvy o dílo. Všechny podmínky ze stanovisek, rozhodnutí a povolení jsou však zapracovány v zadávací dokumentaci. Podmínky, které budou teprve zohledněny v dopracování realizační dokumentace, nemají dopad do časového plánu ani ceny díla.“.

Právní posouzení

257. Navrhovatel namítá, že zadavatel realizuje zadávací řízení na veřejnou zakázku v situaci, kdy nebylo vydáno stavební povolení na stavbu a zřízení stanoviště, přičemž doposud nejsou k dispozici ani závazná stanoviska dotčených orgánů státní správy a dalších osob. Podle navrhovatele se jedná o dokumenty, které ve vztahu k předmětu plnění veřejné zakázky mohou mít zásadní dopad na podmínky jeho provádění a rovněž na nabídkovou cenu. Navrhovatel tak má za to, že zadavatel v rozporu s § 36 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona nevymezil předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení.

258. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že z § 36 odst. 3 zákona zadavateli plyne povinnost stanovit a poskytnout zadávací podmínky dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel je tedy mj. povinen prostřednictvím zadávací dokumentace poskytnout dodavatelům veškeré informace potřebné pro zpracování nabídky a řádné nacenění předmětu plnění. Jinými slovy je nezbytné, aby zadavatel dostatečně vymezil předmět veřejné zakázky, neboť pouze takovým způsobem může docílit toho, že obdrží vzájemně porovnatelné nabídky. Obdobné závěry, tedy že zadávací podmínky musí obsahovat takové informace, na základě kterých budou dodavatelé schopni určit nabídkovou cenu předmětu veřejné zakázky, neboť dodavatelé musí mít možnost učinit si jasnou a konkrétní představu o požadovaném plnění, které by měli pro zadavatele realizovat, a to právě zejména s ohledem na řádné a úplné nacenění nabídek, vyplývají rovněž z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 19/2011-116 ze dne 2. 8. 2012, který byl potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 7 Afs 72/2012-45 ze dne 22. 11. 2012.

259. Úřad konstatuje, že z žádného ustanovení zákona nevyplývá, že by součástí zadávacích podmínek muselo být stavební povolení, přičemž zákon „pouze“ vyžaduje určitou míru zpracování zadávacích podmínek (viz § 36 odst. 3 zákona). V této souvislosti lze odkázat na § 92 zákona, podle kterého se obecně má za to, že technické podmínky jsou stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, pokud zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce obsahuje dokumentaci v rozsahu stanoveném vyhláškou MMR [§ 92 odst. 1 písm. a) zákona] a soupis stavebních prací,

dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném vyhláškou MMR [§ 92 odst. 1 písm. b) zákona]. Rozsah zadávací dokumentace, soupis prací, jeho strukturu, položky a jejich obsah, a výkaz výměr pak upravují ustanovení § 2 až § 7 vyhlášky MMR (blíže viz body 228. až 245. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

260. Úřad zjistil, že zadavatel dodavatelům v souladu s § 96 odst. 2 zákona v návaznosti na § 36 odst. 8 zákona poskytl projektovou dokumentaci včetně soupisu prací s výkazem výměr, přičemž ověřil, že tyto odpovídají nárokům kladeným na ně vyhláškou MMR. V čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace pak zadavatel stanovil, jakým způsobem mají dodavatelé zpracovat nabídkovou cenu, tj. ocenit všechny položky soupisu prací, který měli vedle ostatních dokumentů k dispozici. Co se týče tvrzení navrhovatele, že doposud nejsou k dispozici závazná stanoviska dotčených orgánů státní správy a dalších osob, k tomu Úřad uvádí, že zadavatel ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 2, konkrétně v odpovědi na dotaz č. 12, uvedl, že podmínky ze stanovisek, rozhodnutí a povolení (viz bod 255. odůvodnění tohoto rozhodnutí) jsou zpracovány 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 (viz bod 256. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jelikož předmětné dokumenty nebyly zadavatelem doposud zpřístupněny, resp. uveřejněny, není Úřad schopen ověřit, zda zadavatel podmínky vyplývající z předmětných dokumentů do zadávací dokumentace skutečně zapracoval. S přihlédnutím ke znění § 7 občanského zákoníku, podle kterého se má za to, že ten, kdo jednal určitým způsobem, jednal poctivě a v dobré víře, Úřad na jednání zadavatele nenazírá tak, že by měl mít a priori pochybnosti o postupu zadavatele, jelikož nemá ani indicie, jež by naznačovaly opak. Je totiž v zájmu zadavatele, aby dodavatelům poskytl zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení, neboť na jejich základě dodavatelé následně zpracovávají své nabídky. V tomto kontextu ani nelze přehlédnout, že zadavatel stavebním povolením nedisponuje, tudíž lze důvodně předpokládat, že i v době zpracování zadávací dokumentace předložil dodavatelům zadávací dokumentaci, která co nejvěrohodněji odráží úmysl zadavatele. Zde je pak na místě akcentovat, že zákon nevyžaduje, aby součástí zadávacích podmínek bylo stavební povolení či aby jím zadavatel již disponoval v době zadávání veřejné zakázky na stavební práce. Nadto je Úřadu z úřední činnosti známo, že se lze setkat s veřejnými zakázkami na stavební práce, na které v době jejich zadávání ještě ani není vydáno stavební povolení.
261. S ohledem na shora uvedené lze konstatovat, že zadavatel tím, že dodavatelům poskytl projektovou dokumentaci včetně soupisu prací s výkazem výměr, specifikoval v souladu s § 36 odst. 3 zákona předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Dodavatelé tak měli na základě zadávacích podmínek jasnou představu o tom, co je předmětem veřejné zakázky, jaké jsou požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky, a jak mají připravit své nabídky. Absence stavebního povolení tak nemá vliv na určitost zadávacích podmínek, ani na zpracování nabídky a nabídkové ceny. V posuzovaném případě se tedy jedná o řádně vypsanou zakázku na stavební práce, která splňuje zákonem vyžadované.
262. K samotnému stavebnímu povolení Úřad uvádí následující. Z § 115 odst. 1 stavebního zákona vyplývá, že obsahem stavebního povolení jsou především podmínky pro provádění stavby, a je-li to třeba, i pro její užívání. Tyto podmínky přitom musí zabezpečit ochranu veřejných

zájmů a stanovit návaznost na jiné podmiňující stavby a zařízení, dodržení obecných požadavků na výstavbu, včetně požadavků na bezbariérové užívání stavby, popřípadě technických norem. Z § 115 odst. 2 stavebního zákona pak vyplývá, že obsahem stavebního povolení může být i uložení provedení zkušebního provozu, jestliže stavba obsahuje technologické zařízení, u něhož je třeba ověřit způsobilost k bezpečnému užívání, dodržení podmínek stavebního povolení nebo integrovaného povolení podle zvláštního právního předpisu. Podle § 18c odst. 1 písm. c) vyhlášky ke stavebnímu zákonu stavební povolení obsahuje mj. podmínky pro provedení stavby, především z hlediska její komplexnosti a plynulosti, napojení na dopravní a technickou infrastrukturu, odvádění povrchových vod, úprav okolí stavby, ochrany životního prostředí, popřípadě též podmínky pro užívání stavby nebo odstranění stavby. Ve stavebním povolení se v souladu s § 18c odst. 2 písm. a) vyhlášky ke stavebnímu zákonu zabezpečí plnění požadavků uplatněných dotčenými orgány, nejsou-li stanoveny rozhodnutími, případně požadavků vlastníků technické infrastruktury k napojení na ni. Z právní úpravy stavebního povolení ve stavebním zákoně i vyhlášce k tomuto zákonu je tedy zřejmé, že v případě vydávání stavebního povolení je stavební úřad vázán poměrně striktními pravidly, která určují, co vše musí (a současně může) stavební povolení obsahovat, a co musí být stavebním povolením zabezpečeno.

263. Úřad nepopírá, že realizace záměru v případě rozsáhlejších stavebních prací, které podléhají stavebnímu povolení, je poměrně komplikovaná a zdoluhavá, 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 a vlastníků, 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 má omezenou časovou platnost a navíc možnosti stavebního úřadu zasáhnout do podmínek realizace stavby jsou pouze omezené a závislé na okolnostech, které je možno zjistit dopředu (například existence či příprava souvisejících staveb).
264. Lze navíc konstatovat, že uchazeči o stavební zakázky většího rozsahu proces získávání stavebního povolení dobře znají, a je jim také znám případný rozsah změn, které mohou ze stavebního povolení pro realizaci stavby vyplývat (k předpokladu dostatečné odborné úrovně dodavatelů viz rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 91/2008 ze dne 3. 5. 2010). Je tak možno usuzovat, že uchazeči s takovou praxí počítají, mají nebo mohou získat znalost o poměrech v okolí stavby (například zda v okolí probíhá jiná stavba, se kterou by bylo nutno stávající stavbu koordinovat) a objektivně vyhodnotit, zda případné podmínky obsažené ve stavebním povolení mohou mít na realizaci veřejné zakázky vliv.
265. Z výše uvedeného vyplývá, že stavební povolení může obsahovat další podmínky pro provádění stavby nad rámec podmínek dotčených orgánů, avšak vzhledem k přípravné fázi projektu a vzhledem k odborné praxi dodavatelů nelze tyto podmínky považovat z pohledu dodavatelů za nepředvídatelné.
266. Jelikož v případě posuzované veřejné zakázky doposud nebylo stavební povolení vydáno, což vyplývá z čl. 2. „Úvodní ustanovení“, odstavce 2.1, návrhu smlouvy, v rámci kterého je uvedeno, že předmět plnění zahrnuje mj. spolupůsobení zhotovitele při zajištění stavebního

povolení zařízení staveniště, a z čl. 18. „Další práva a povinnosti Objednatele“, odstavce 18.4, návrhu smlouvy, nejsou zatím známy žádné (případné) změny. Pro úplnost Úřad uvádí, že i z veřejně dostupných zdrojů lze vysledovat, že zadavatel doposud stavebním povolením nedisponuje. Nelze však přehlédnout, že zadavatel je připraven i na situaci, kdy by z obsahu stavebního povolení vyplynuly změny podstatnějšího charakteru, když v čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Vyhrazené změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ“, bodu 3.3.1. „Vyhrazená změna spočívající v měřené zakázce“, zadávací dokumentace uvádí, že veřejná zakázka je zadávána jako zakázka měřená, tudíž skutečná cena díla bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele, přičemž části veřejné zakázky, které nejsou tzv. měřené, a u kterých se předpokládá paušální stanovení ceny, jsou uvedeny v soupisu prací. Zadavatel nezapovídá ani možnost, že by se v případě některých změn mohlo jednat o změnu ve smyslu § 222 zákona, když v čl. 2 „Úvodní ustanovení“, odstavci 2.3, návrhu smlouvy mj. uvádí, že změny smlouvy a závazku jí založeného lze provádět pouze za podmínek stanovených zákonem.

267. Nad rámec shora uvedeného Úřad k tvrzení navrhovatele, že u konkrétních organizací je běžné zahajovat zadávací řízení až po získání stavebního povolení, na podporu kterého navrhovatel odkazuje na směrnici Ministerstva dopravy č. V-2/2021 ze dne 15. 9. 2015⁵, Úřad uvádí, že navrhovatelem odkazovaný dokument je „pouze“ směrnicí doporučující určitý postup, pro který stanovuje závazná pravidla, která jsou ukládána pouze v rámci subordinaace (tedy nejsou pro zadavatele závazná), nikoliv závazným pravidlem, které by zadavatelům neumožňovalo postupovat odlišným způsobem. Nadto se předmětná směrnice vztahuje pouze na určitý okruh stavebních zakázek, resp. zakázek financovaných konkrétním způsobem. Úřadu je naopak z jeho vlastní činnosti známo, že lze na trhu vysledovat i určitý trend v podobě vypisování zadávacích řízení i bez stavebního povolení, přičemž, jak již Úřad konstatoval výše, jeho absence nemá vliv na určitost zadávacích podmínek ve smyslu požadavků zákona. Tu Úřad nikterak ani nerozporuje, že může být pro zadavatele, stejně tak dodavatele výhodnější situace, disponuje-li již zadavatel stavebním povolením. Snižuje se tak riziko případných změn při plnění veřejné zakázky, avšak odpovědnost za dodržení § 222 zákona je plně na zadavateli, nikoliv dodavateli. Nicméně nelze přehlížet i časový aspekt všech kroků, které zadavatelé musí činit v souvislosti se stavebními zakázkami. Jednak doba nutná k získání stavebního povolení (a tomu předcházející projekční činnost, kterou je případně rovněž mnohdy s přihlédnutím k finanční hodnotě nezbytné vysoutěžít dle zákona) a následně doba realizace veřejné zakázky na výběr zhotovitele stavby. Vzhledem k tomu, že ve všech případech se jedná o leckdy časově náročné úkony, lze pochopit, že zadavatelé využívají i možnosti, kterou jim zákon poskytuje, a to zahájit zadávací řízení na stavební práce dříve, než zadavatel disponuje stavebním povolením.
268. Závěrem Úřad shrnuje, že zadavatel specifikoval předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, přičemž dodavatele seznámil se skutečností, že doposud nebylo vydáno stavební povolení. Jelikož všichni dodavatelé měli

⁵ Směrnice upravující postupy Ministerstva dopravy, investorských organizací a Státního fondu dopravní infrastruktury v průběhu přípravy investičních a neinvestičních akcí dopravní infrastruktury, financovaných bez účasti státního rozpočtu. Dostupná z: [https://www.mdcz.cz/getattachment/Dokumenty/Ministerstvo/Vnitrozortni-predpisy-\(1\)/Vnitrozortni-predpisy/Smernice-V-2-2012,-zmena-c-4-dopravni-infrastruktura.pdf.aspx](https://www.mdcz.cz/getattachment/Dokumenty/Ministerstvo/Vnitrozortni-predpisy-(1)/Vnitrozortni-predpisy/Smernice-V-2-2012,-zmena-c-4-dopravni-infrastruktura.pdf.aspx)

k dispozici stejné informace, měla by případná změna vyplývající ze stavebního povolení na všechny dodavatele stejný dopad. 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.

269. S ohledem na vše shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel v souladu s § 36 odst. 3 zákona specifikoval předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, přičemž absence stavebního povolení není důvodem pro konstatování opaku.
270. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 4. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává zadávací podmínky v tomto ohledu zákonnými.

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

271. V této části návrhu navrhovatel brojí proti neúplnosti zadávací dokumentace spočívající v absenci výsledků z doplňkového geologického průzkumu, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

272. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
273. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
274. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
275. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

276. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Vyhrazené změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ“, bodu 3.3.1. „Vyhrazená změna spočívající v měřené zakázce“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „*zadává tuto veřejnou zakázku jako zakázku měřenou – skutečná cena díla (Stavby) bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Tento způsob určení skutečné ceny plnění veřejné zakázky je vyhrazenou změnou závazku ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. Které části veřejné zakázky jsou tzv. měřené a u kterých se naopak předpokládá paušální stanovení ceny, je patrné ze Soupisu prací. K tomuto způsobu určení ceny zadavatel již přihlédl při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.*“.
277. V čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil, že „*[d]odavatelé ocení všechny položky Soupisu prací poskytnutého s přihlédnutím k technickým*

specifikacím jednotlivých položek. Dodavatelé v rámci nabídky předloží oceněné dílčí soupisy prací v XLSX, rekapitulaci podrobnou a rekapitulaci souhrnnou.“

Právní posouzení

278. Navrhovatel namítá, že zadavatel nevymezil předmět plnění veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení, když součástí zadávací dokumentace neučinil výsledky a dokumenty z doplňkového geologického průzkumu. Tyto výsledky a dokumenty považuje navrhovatel za nezbytné a stěžejní, a proto má za to, že zadavatel postupoval v rozporu s § 36 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, zejména zásadou transparentnosti. Současně navrhovatel namítá, že zadavatel zvýhodnil dodavatele, kteří realizovali doplňkový geologický průzkum, tj. dodavatele Metrostav a.s., HOCHTIEF CZ a.s. a STRABAG a.s., neboť tito na rozdíl od dodavatelů, kteří doplňkový geologický průzkum nerealizovali, mají k dispozici navíc množství informací o skutečné geologii podloží, dále např. o podzemní vodě, injektážích nebo chování horninového masivu, které mohli využít při zpracování nabídky, čímž zajistil těmto dodavatelům bezdůvodnou konkurenční výhodu.
279. Úřad opětovně uvádí, že podle § 36 odst. 3 zákona je zadavatel povinen stanovit a poskytnout dodavatelům zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel je tedy tím, kdo za míru podrobnosti zadávacích podmínek odpovídá. Míře podrobnosti zadávacích podmínek se již Úřad věnoval výše v bodech 259. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí, a proto na něj na tomto místě odkazuje. Ačkoliv se Úřad v odkazované části odůvodnění tohoto rozhodnutí zabýval tím, zda má absence stavebního povolení v zadávacích podmínkách za následek porušení § 36 odst. 3 zákona, lze zde uvedené závěry, tj. že zadavatel stanovil zadávací podmínky v míře podrobnosti vyžadované zákonem, když dodavatelům poskytl projektovou dokumentaci včetně soupisu prací s výkazem výměr, aplikovat rovněž ve vztahu k doplňkovému geologickému průzkumu, neboť smysl obou námitek, tj. porušení § 36 odst. 3 zákona z důvodu absence podmínek/informací vyplývajících z konkrétních dokumentů, je v obou případech stejný, a ani v právě posuzovaném případě Úřad neshledává intenzitu informačního zvýhodnění dodavatelů realizujících doplňkové geologické průzkumy v míře, která by mohla zapříčinit porušení zákona tvrzeného navrhovatelem. K tomu uvádí Úřad následující.
280. Úřad z veřejně dostupných zdrojů⁶ zjistil, že v souvislosti s šetřenou veřejnou zakázkou probíhaly v průběhu let 2010 až 2017 geologické průzkumy, přičemž lze logicky předpokládat, a zadavatel tuto skutečnost ve svém vyjádření k návrhu i v rozhodnutí o námitkách potvrzuje, že na základě výsledků plynoucích z těchto průzkumů zadavatel následně zpracoval zadávací podmínky šetřené veřejné zakázky, tj. výsledky provedených podrobných geologických průzkumů do zadávacích podmínek zahrnul. Úřad konstatuje, že navrhovatel toto tvrzení zadavatele ani nečiní sporným. Zadavatel pak mj. na základě výstupů z provedených geologických průzkumů učinil kvalifikovaný odhad, který promítl do rozsahu soupisu prací, který čítá rámcově na 11 000, slovy zadavatele, „všech myslitelných“ položek. V čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace pak zadavatel stanovil, že dodavatelé za účelem zpracování nabídkové ceny ocení všechny

⁶ Viz např. <http://www.geotechnika.cz/cs/aktualne/56-geologicky-pruzkum-pro-metro-d>

položky soupisu prací (viz bod 277. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž Úřad podotýká, že se v případě posuzované veřejné zakázky jedná o měřený kontrakt, tj. položky označené v soupisu prací jako měřené se ocení jednotkovou cenou, která poslouží při realizaci jako cena, z níž se bude vycházet při stanovení ceny provedených prací podle skutečného objemu realizovaných prací. Zadavatel tak dal dodavatelům účastnícím se soutěže o veřejnou zakázku zcela srozumitelně (tzn. transparentně) na vědomí, že předmět veřejné zakázky, vzhledem ke skutečnosti, že se jedná v převážné míře o podzemní stavbu, nemůže být s definitivní přesností určen co do množství objemů materiálu a stavebních prací před zahájením provádění díla, ale bude upřesňován v jeho průběhu. K definování předmětu veřejné zakázky a stanovení nabídkové ceny byl zadavatelem namodelován kvalifikovaný odhad, který slouží pro zpracování nabídek dodavateli a současně bude následně ocenění jednotlivých položek v nabídce vybraného dodavatele užito v průběhu realizace předmětu plnění ke stanovení výsledné ceny prováděných prací dle skutečně realizovaných objemů, což lze označit za podstatu měřeného kontraktu. V soupisu prací pak zadavatel rozlišil, kdy se jedná o položku měřenou a kdy se jedná o položku s paušálně stanovenou cenou. Úřad akcentuje, že citovaný článek zadávací dokumentace platí pro všechny dodavatele stejně, tj. nerozlišuje mezi dodavateli, kteří realizovali doplňkový geologický průzkum, a těmi, kteří jej nerealizovali. Všichni dodavatelé tedy oceňovali týž soupis prací, obsahující tytéž položky. Úřad je přesvědčen, že i materiálně předmětný článek na všechny dodavatele dopadá bez větších rozdílů (v podrobnostech viz níže).

281. K tvrzení navrhovatele, že dodavatelé realizující doplňkový geologický průzkum měli k dispozici podrobné informace o skutečné geologii podloží, které mohli zpracovat do své nabídky, Úřad uvádí, že se jedná o spekulaci navrhovatele, neboť je otázkou, zda tito dodavatelé měli k dispozici vůbec nějaké informace, které by mohly ovlivnit veřejnou zakázku či upřesnit zadávací podmínky, když v době, kdy plynula lhůta pro podání nabídek, ještě neexistovaly relevantní výstupy z doplňkového geologického průzkumu, neboť v jednom případě probíhalo teprve hloubení vstupní šachty, v dalších případech už probíhaly ražby, nicméně tyto byly teprve na samém počátku, jak vyplývá z tvrzení zadavatele obsaženého v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádření zadavatele ze dne 18. 1. 2021, kde zadavatel mj. uvedl, že „[v] době podání nabídek (konec dubna 2020) byly ze stavebních prací na doplňkovém geologickém průzkumu teprve dokončeny tyto práce: PAD1b (zhotovitel Metrostav a. s.) – probíhalo teprve hloubení vstupní šachty, dosaženo hloubky 23,5m z celkových 27,25m; PAD4 (zhotovitel Metrostav a. s.) – v celém profilu doplňkového geologického průzkumu vyraženo 43,6tm z celkových 116,67tm v kosovském souvrství-ordovik (kosovské pískovce s křemenci), teprve od května 2020 (tzn. po odevzdání nabídky) následovala ražba skrz polohu diabásů a křemencové vrstvy a v závěru ražeb od července 2020 do vrstev Letenských; VO-OL (zhotovitel HOCHTIEF CZ a. s.) – vyraženo 62tm z celkových 322tm v Bohdaleckých vrstvách. Další vrstvy Královodvorské následovaly až od 110tm, od 220tm následovaly vrstvy Káranské; OL1 (zhotovitel STRABAG a. s.) – vyraženo v plném profilu IGP 11tm z celkových 61tm průzkumné štoly.“. Zadavatelem tvrzené skutečnosti pak lze do jisté míry ověřit z veřejně dostupných zdrojů.⁷

⁷ např. z <https://www.dpp.cz/metro-d/realizace#realizace-ol-1>,

z <http://www.geotechnika.cz/cs/aktualne/56-geologicky-pruzkum-pro-metro-d>,

z <https://silnice-zeleznice.cz/zeleznicni-infrastruktura/razba-pruzkumneho-dila-metra-i-d-v-praze-usek-pad4-351>,

282. Je zřejmé, že pokud dodavatelé realizující doplňkový geologický průzkum měli v době plynutí lhůty pro podání nabídek k dispozici alespoň nějaké informace, jednalo se o informace kusé, bez vypovídající hodnoty a bez vlivu na přípravu nabídek. Nelze přehlédnout, že průzkumné štoly byly v rámci plánované trasy metra realizovány pouze na několika místech, jejich ražení bylo teprve na svém počátku, přičemž z několika průzkumných štol nelze jednoznačně určit kompletní a detailní složení podloží v průběhu celé trasy plánovaného úseku metra, neboť „o pár metrů dál“ může být podloží i vyskytující se jevy značně odlišného charakteru. Lze si tak představit situaci, kdy dodavatel disponující informacemi z doplňkového geologického průzkumu za účelem dosažení vyššího zisku navýší cenu těch položek soupisu prací, které podle něj budou realizovány, a současně poníží cenu těch položek soupisu prací, které podle něj realizovány nebudou, avšak reálně bude podloží jiného složení, než dodavatel předpokládal. V takovém případě by pak dodavatel v důsledku vlastní kalkulace s nabídkovou cenou, za předpokladu, že by jeho nabídka byla zadavatelem vybrána jako vítězná, byl „nucen“ vykonávat určité práce levněji než původně zamýšlel. Nelze tak dospět ke zkratkovitému závěru, že dodavatelé, kteří realizovali doplňkový geologický průzkum, a kteří podle navrhovatele disponují více informacemi, jsou bez dalšího zvýhodnění při zpracování nabídky, neboť případná znalost těchto informací může mít ve svém důsledku i zcela opačný než navrhovatelem prezentovaný efekt. Dle přesvědčení Úřadu obecně nelze dovozovat, že za situace, kdy dodavatel činí určité práce z titulu plnění předmětu jiné veřejné zakázky, byť např. související s navazující veřejnou zakázkou, že se jedná o situaci, kdy dochází k porušení základních zásad zadavatelem. Jedná se o přirozenou situaci na trhu. Samozřejmě k této skutečnosti nesmí přistupovat další, ze kterých by vyplývalo, že daný dodavatel neoprávněně získává nějakou další výhodu; to ovšem netvrdí ani sám navrhovatel. Ten nezákonnost postupu zadavatele dovozuje z toho, že některé subjekty v době předcházející zadávání zde přezkoumávané veřejné zakázky na základě otevřené soutěže získali možnost plnit veřejnou zakázku, jejímž předmětem je geologický průzkum v lokaci, kde bude následně realizována výstavba trasy metra D. Takový výklad možné nezákonnosti v postupu zadavatele je však třeba odmítnout.
283. Úřad opětovně zdůrazňuje, že se v případě posuzované veřejné zakázky jedná o tzv. měřený kontrakt, kdy je cena díla určena na základě objemu skutečně provedených prací, které jsou oceňovány na základě jednotkových cen uvedených u každé měřené položky soupisu prací. Využití měřeného kontraktu tak zadavateli umožňuje pružně reagovat nejen na výsledky doplňkového geologického průzkumu, ale i na méně předvídatelné okolnosti, které se v průběhu realizace veřejné zakázky případně vyskytnou.
284. V návaznosti na shora uvedené Úřad uvádí, že nehodlá polemizovat o povaze výsledků plynoucích z doplňkového geologického průzkumu, neboť tyto zajisté mají svůj nepopiratelný význam. Co se však týče dopadu těchto výsledků, je nutné konstatovat, že tyto mají dopad toliko do realizační dokumentace, resp. do realizační fáze stavby, nikoliv do ocenění položek soupisu prací, které zadavatel předložil za účelem zpracování nabídek dodavateli, jak se mylně domnívá navrhovatel. Z uvedených důvodů se nelze ztotožnit s názorem navrhovatele, že dodavatelé, kteří realizovali doplňkový geologický průzkum, a kteří údajně měli k dispozici navíc množství informací o skutečné geologii podloží, byli při přípravě

nabídek zvýhodnění oproti těm dodavatelům, kteří doplňkový geologický průzkum nerealizovali, neboť, jak již Úřad uvedl výše, všichni dodavatelé oceňovali týž soupis prací, obsahující tytéž položky. Žádný z dodavatelů tak nemohl být v tomto ohledu ze strany zadavatele diskriminován. K údajnému zvýhodnění dodavatelů se Úřad podrobněji vyjadřuje níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz bod 402. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

285. Na základě shora řečeného Úřad konstatuje, že nemohlo dojít ze strany zadavatele k porušení zásady rovného zacházení, jestliže základním výchozím podkladem pro zpracování nabídky označil pouze projektovou dokumentaci, ve které byly zpracovány výsledky z podrobných geologických průzkumů, kterou zpřístupnil všem dodavatelům bez rozdílu, pokud splnili podmínky pro její poskytnutí.
286. Ohledně námitky navrhovatele, že dodavatelé, kteří realizují doplňkové geologické průzkumy, budou mít určitou výhodu při podání nabídky, určitý informační „náskok“, který se může projevit tím, že tito budou schopni podat nabídku s nižší nabídkovou cenou, neboť dodavatelé podílející se na doplňkových geologických průzkumech mají již k dispozici podrobnější informace např. o podzemní vodě, injektážích nebo chování horninového masivu, a tedy již mají vyšší povědomí o předmětu veřejné zakázky a mají možnost využít ve svůj prospěch výsledky těchto průzkumů a s ohledem na získané informace spekulovat s nabídkovou cenou, Úřad odkazuje na vypořádání této námítky v části „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““ (viz bod 402. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad dospěl k závěru, že není možné automaticky předjímat, že by tato hlubší zkušenost, která má vyplývat, mimo jiné, ze znalosti částečných informací vyplývajících z prováděných doplňkových geologických průzkumů, mohla představovat skutečně nezákonnou výhodu a pokud výhodu představuje, zda by skutečně mohlo dojít k deformaci soutěže o veřejnou zakázku. Úřad je přesvědčen, že informace získané z doplňkových geologických průzkumů, které byly k dispozici do doby zpracování nabídek, nemohly mít dopady na zpracování nabídek dodavateli v tom smyslu, že by zadavatel obdržel neporovnatelné nabídky, neboť informace nebyly takového charakteru, že by mohly mít dopady na znalost předmětu veřejné zakázky, jak byl vymezen zadavatelem v zadávací dokumentaci, a že by v tomto směru mohly ovlivnit zpracování nabídek, jak se snaží dovodit navrhovatel. Z pohledu Úřadu se nejednalo o nezákonnou výhodu dodavatelů realizujících doplňkové geologické průzkumy, zásada rovného zacházení byla zachována, a tím i rovné příležitosti dodavatelů v soutěži o veřejnou zakázku.
287. S ohledem na shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v souladu s § 36 odst. 1 a 3 zákona, tedy v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatelů v zadávacím řízení, přičemž stanovením zadávacích podmínek nezvýhodnil dodavatele, kteří realizovali doplňkový geologický průzkum, před dodavateli, kteří doplňkový geologický průzkum nerealizovali.
288. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 5. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává zadávací podmínky zákonnými.

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

289. V této části návrhu navrhovatel brojí proti nejasnosti zadávací dokumentace spočívající v nejednoznačnosti požadavku zadavatele na doložení seznamu významných stavebních prací, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

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

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

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

292. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.1 „Seznam stavebních prací“, písm. a), bodu i), zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„[d]odavatel 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;

(...)“.

293. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, bodu 5.7.3 „Poddodavatelské omezení“, zadávací dokumentace zadavatel mj. uvedl, že *„(...) níže uvedené významné činnosti při plnění veřejné zakázky musí být plněny přímo vybraným dodavatelem vlastními prostředky (resp. všemi či některým z dodavatelů, kteří případně podali nabídku v rámci společné účasti):*

ražby stanic, tj. činnosti uvedené takto v Soupisu prací (ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů)

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 vyvolat případné deformační ovlivnění povrchu a povrchové zástavby, a to jak nemovitostí třetích osob, tak i trasy metra C. Kvalita provedení těchto prací bude mít významný vliv na vnímání kvality Stavby 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. (...)“.

294. V rozhodnutí o námitkách zadavatel mj. uvedl, že „(...) postupoval v souladu s § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, když stanovil pro splnění technické kvalifikace předložení seznamu nejméně tří dopravních tunelových staveb s raženými tunelovými úseky v určitých parametrech. Ze zadávací dokumentace zřetelně vyplývá, že dodavatel, aby splnil požadavek technické kvalifikace, musí prokázat, že pracoval na třech tunelových stavbách, kde vykonával určité práce (jednalo se o ražený tunel, izolovaný, definitivně ostěný) a finanční objem za tyto práce musí dosáhnout finančního objemu min. 2,5 mld. Kč bez DPH za každý tunel.“
295. Ve vyjádření k návrhu zadavatel mj. uvedl, že „(...) dodavatel, aby splnil požadavek technické kvalifikace, musí prokázat, že pracoval na třech tunelových stavbách, kde vykonával určité práce (jednalo se o ražený tunel, izolovaný, definitivně ostěný) a finanční objem za tyto práce musí dosáhnout finančního objemu min. 2,5 mld. Kč bez DPH za každý tunel.“

Právní posouzení

296. Navrhovatel namítá, že zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.1 „Seznam stavebních prací“, písm. a), bodu i), zadávací dokumentace zadávací dokumentace nejednoznačně vymezil kvalifikační požadavek na doložení významné stavební práce. Podle navrhovatele činí zásadní problém výklad toho, co přesně má spadat pod práce odpovídající svým rozsahem částem soupisu prací „ražené části, izolace, definitivní ostění“. Navrhovatel má za to, že pokud by se mělo jednat o položky zcela identické s příslušnými položkami soupisu prací, byl by takový požadavek zadavatele téměř nesplnitelný, neboť každý tunel má jiné popisy položek, parametry, dovozní vzdálenosti a zejména jiné technologie. Navrhovatel dále namítá, že není zřejmé, jaké činnosti, resp. stavební práce obsahují položky „ražené části, izolace, definitivní ostění“ soupisu prací, a současně, že s ohledem na uvedení textu v závorkách není zřejmé, zda se jedná o demonstrativní nebo taxativní výčet. V návaznosti na shora uvedené navrhovatel kupříkladu uvádí stavební objekt SO 12-20 ze soupisu prací, v rámci kterého lze sice jednoznačně identifikovat skupinu položek „Ražení, ostění“, avšak již nelze jednoznačně identifikovat skupinu položek „izolace“, neboť tyto práce jsou zahrnuty v několika různých skupinách prací, mj. i ve skupině „Ražení, ostění“. Dodavatelé se tak podle slov navrhovatele ocitají v nejistotě, které položky prací z dokládané významné stavební práce mohou do požadovaného finančního limitu zahrnout, a současně jsou nuceni z provedených významných staveb extrahovat příslušné cenové položky. Předmětná zadávací podmínka je tak podle navrhovatele nejasná, a tedy v rozporu s § 36 odst. 3 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona.
297. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že v rámci zadávacího řízení dochází k omezení okruhu dodavatelů pro účely výběru vhodného dodavatele, s nímž bude následně uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky. Předmětné omezení je uskutečňováno prostřednictvím nastavení technických podmínek vymezujících předmět veřejné zakázky, kvalifikačních kritérií, jimiž může být např. předložení seznamu významných služeb, kvalitativní složení odborného personálu dodavatele apod. Tyto požadavky musí být přitom stanoveny především takovým způsobem, aby nedocházelo k nedovolenému omezování hospodářské soutěže, čemuž mají zabránit primárně zásady zakotvené v § 6 zákona. K férovému vymezení požadavků na kvalifikaci se opakovaně vyjádřila jak rozhodnutí Úřadu, tak judikatura soudů (viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008).

298. Co se týče účelu prokazování kvalifikace v zadávacím řízení, lze konstatovat, že se jedná o nástroj, který má zadavateli pomoci identifikovat dodavatele, který následně bude schopen veřejnou zakázku řádně a včas realizovat. Stanovení požadavků na kvalifikaci dodavatele tak představuje pro zadavatele nástroj pro zajištění větší míry jistoty úspěšné realizace předmětu veřejné zakázky. Jedná se tedy o určité „síto“ pro výběr dodavatele, jež určuje, kteří dodavatelé se mohou ucházet o získání veřejné zakázky a kteří nikoliv. Za kvalifikaci je tedy třeba považovat způsobilost (schopnost) dodavatele realizovat zadavatelem zadávanou veřejnou zakázku. Skutečnost, že dodavatel prokáže splnění požadované kvalifikace, poskytuje zadavateli určitou jistotu, že bude moci uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem, který je po všech stránkách způsobilý veřejnou zakázku splnit. Důsledkem kvalifikace pak je vyloučení nezpůsobilých dodavatelů, tj. zadavatel tak určitým způsobem omezuje soutěž o veřejnou zakázku.
299. Obecně lze konstatovat, že dodavatel, jehož nabídka má být zadavatelem vybrána jako nejvhodnější podle stanoveného kritéria hodnocení, musí současně splňovat všechny požadavky na něj kladené, a to včetně požadavků na kvalifikaci. Z ustanovení § 73 a násl. zákona vyplývá, že zadavatel je povinen v zadávacích podmínkách pro veřejnou zakázku zadávanou v nadlimitním režimu stanovit požadavek na prokázání základní způsobilosti podle § 74 a násl. zákona a požadavek na prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 zákona. Zadavatel pak může stanovit požadavky na prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 zákona, na prokázání ekonomické kvalifikace dle § 78 zákona a na prokázání technické kvalifikace dle § 79 zákona.
300. V případě, že zadavatel shledá nutnost ověřit technickou způsobilost dodavatelů, stanoví v zadávacích podmínkách odpovídající kritéria technické kvalifikace a požadavky na jejich prokázání. Samotný účel stanovení kritérií technické kvalifikace pak směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost, čímž je minimalizováno riziko zadavatele, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace veřejné zakázky. Zadavatelem vymezené požadavky na splnění kritérií technické kvalifikace tedy mají zajistit, aby smlouva na plnění předmětu veřejné zakázky byla uzavřena toliko s takovým dodavatelem, který je fakticky schopen po stránce technické a materiální či po stránce lidských zdrojů, příp. odborných schopností a zkušeností, v odpovídající kvalitě předmětnou zakázku úspěšně splnit.
301. V šetřeném případě zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.1 „Seznam stavebních prací“, písm. a), bodu i), zadávací dokumentace analogicky dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona⁸ stanovil, že dodavatelé za účelem prokázání splnění technické kvalifikace předloží seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení, a to včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení těchto stavebních prací, z něž bude vyplývat, že dodavatelé v rozhodném období realizovali, resp. dokončili mj. výstavbu nejméně 3 dopravních tunelových staveb s raženými tunelovými úseky, které musí splňovat zadavatelem stanovené minimální parametry, kdy jedním z těchto parametrů je finanční

⁸ Šetřená veřejná zakázka je sektorovou veřejnou zakázkou ve smyslu § 151 zákona, zadavatel při stanovení kritérií technické kvalifikace postupoval postupem dle § 167 zákona.

objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací, kterou zadavatel označil jako „ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů“, který musí na každé dopravní tunelové stavbě činit minimálně 2,5 mld. Kč bez DPH.

302. V rámci předmětné zadávací podmínky zadavatel v závorce vyčlenil konkrétní činnosti, resp. části soupisu prací, a to ražené části, izolace a definitivní ostění tunelu. Totožné činnosti zadavatel zmiňuje rovněž v rámci čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, bodu 5.7.3 „Poddodavatelské omezení“, zadávací dokumentace, když v souvislosti s nimi uvádí, že mají zásadní vliv pro plnění veřejné zakázky jako celku, dále že se jedná o práce, jejichž provedení je technologicky velmi náročné, a že kvalita provedení těchto prací bude mít významný vliv na vnímání kvality stavby veřejností (v tomto ohledu Úřad doplňuje, že si je v souvislosti s průměrem s poddodavatelským omezením vědom toho, že tyto činnosti jsou uvedeny pouze ve vztahu k ražbě stanic, nicméně tato skutečnost dle přesvědčení Úřadu ničeho nemění na tom, že obecně jsou pro zadavatele činnosti související se samotnou ražbou, izolací a definitivním ostěním krucialními prvky z hlediska předmětu plnění). Současně zadavatel v předmětném článku zadávací dokumentace uvádí, že má z uvedených důvodů zvýšený zájem na řádném a včasném plnění těchto částí předmětu veřejné zakázky, a proto považuje za nezbytné, aby byly tyto činnosti prováděny přímo vybraným dodavatelem odpovědným za realizaci předmětu plnění (viz bod 293. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z uvedeného je na první pohled jasné, že zadavatel pro plnění veřejné zakázky považuje tyto činnosti za naprosto zásadní. Podle Úřadu tak lze dospět k závěru, že je záměrem zadavatele, aby byla veřejná zakázka realizována dodavatelem, který má patřičné opakované zkušenosti s realizací plnění, které v sobě zahrnuje všechny tyto zadavatelem vyčleněné činnosti. Tento záměr zadavatele se pak odráží právě ve znění předmětné zadávací podmínky, z níž podle Úřadu jednoznačně vyplývá, že zadavatel po dodavatelích požaduje, aby k prokázání splnění technické kvalifikace uvedli seznam těch referenčních zakázek, v rámci kterých realizovali všechny zadavatelem vyčleněné práce současně, a nikoliv pouze některé, příp. některou z nich. Pro úplnost Úřad uvádí, že pokud by zadavatel zamýšlel stanovit technickou kvalifikaci tímto způsobem, tedy tak, že by umožnil prokázání jednotlivých prací prostřednictvím jednotlivých referenčních zakázek, zcela jistě by svůj požadavek formuloval odlišně. Lze si například představit, že by zadavatel výslovně stanovil, že dodavatelé jednou referenční zakázkou prokáží zkušenosti s raženými částmi, jinou referenční zakázkou prokáží zkušenosti s izolací, a další referenční zakázkou prokáží zkušenosti s definitivním ostěním tunelů. Z textace předmětné zadávací podmínky však takový záměr zadavatele nevyplývá. Obdobně jako Úřad, avšak stručněji, vykládá předmětnou zadávací podmínku i zadavatel, když v rozhodnutí o námitkách a shodně i ve vyjádření k návrhu uvádí, že ze zadávací dokumentace vyplývá, že dodavatel za účelem splnění technické kvalifikace musí prokázat, že pracoval na 3 tunelových stavbách, v rámci kterých vykonával určité práce, přičemž se jednalo o ražený, izolovaný, definitivně ostěný tunel (viz body 294. a 295. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Předmětná zadávací podmínka je tak z pohledu Úřadu jednoznačná a odrážející jasný záměr zadavatele.
303. V souvislosti s argumentací navrhovatele týkající se problematického výkladu toho, jaké činnosti spadají pod pojmy „ražené části, izolace, definitivní ostění“, Úřad uvádí, že se v případě šetřené veřejné zakázky jedná o rozsáhlou a složitou stavbu zahrnující provádění mnoha odborných činností, o čemž ostatně mezi stranami není sporu. Lze tedy

předpokládat, že se o veřejnou zakázku takového rozsahu bude zajímat dodavatel disponující potřebnou mírou odbornosti, tedy takový dodavatel, který bude mít s činnostmi uvedenými v soupisu prací patřičné zkušenosti, a tedy pro něj nebude problematické určit, jaké práce lze při ražení tunelu očekávat, a které z těchto prací lze zahrnout pod pojmy „ražené části, izolace, definitivní ostění“, pokud pojmy uvedené zadavatelem v rámci předmětné zadávací podmínky (v závorce) neodpovídají „jedna ku jedné“ položkám v soupisu prací. Podle Úřadu ostatně ani není nutné, aby tyto pojmy přesně odpovídaly pojmům v soupisu prací, neboť je nutné vycházet z toho, co je podstatou těchto činností, a na co zadavatel jejich vyčleněním cílí. Zřejmé je zaměření zadavatele na to, aby dodavatel měl zkušenost nikoliv s výsečí dílčích doplňkových činností na obdobných typech staveb, ale aby se jednalo o dodavatele, který má zkušenost s referenčním plněním, které obsahovalo tyto nejzásadnější stavební atributy v podobě realizace činností v souvislosti se samotnou ražbou, zaizolováním tunelu a provedením jeho definitivního ostění. Skutečnost, že se s těmito hlavními pracemi pojí i dílčí doplňkové činnosti, je zřejmá, těžiště vymezeného kvalifikačního předpokladu však stojí na tom, aby dodavatel byl zároveň tím, kdo současně realizoval „to hlavní“. Úřad již výše konstatoval, že předmětná zadávací podmínka je ze strany zadavatele stanovena dostatečně konkrétním způsobem, ze kterého beze sporu lze dovodit, jaký je záměr zadavatele, co se ověření zkušeností dodavatele týče. Jen stěž si lze představit, že by zadavatel v tomto ohledu koncipoval zadávací podmínku způsobem, kdy by určoval konkrétní dílčí položky, které dodavatelé měli v souvislosti s tímto věcně vymezeným souborem činností v rámci referenční zakázky vykonat. Naopak takový postup by se jevil poměrně nepřehledným. Dle přesvědčení Úřadu je namíste identifikaci plnění, které mělo být v referenční zakázce realizováno, považovat za srozumitelné. Věcné vymezení, bez rozpisu konkrétních položek z položkového rozpočtu, ve vztahu k referenčnímu plnění tedy Úřad považuje za učiněné v souladu se zákonem. Pakliže tedy navrhovatel skutečně nebyl záměr zadavatele jasný, příp. shledal výklad předmětné zadávací podmínky za problematický, měl využít institutu vysvětlení zadávací dokumentace, a prostřednictvím tohoto zadavatele požádat o vysvětlení případných nejasností. Úřad však nemá za to, že identifikace rozsahu plnění referenční zakázky v tomto ohledu byla nedostatečná. Naopak Úřad dodává, že přiklonil-li by se k argumentaci navrhovatele, že zadávací podmínka je nejasná, bylo by tím téměř atakováno zpochybnění jedné ze základních premis právního jednání, a sice předpoklad rozumu průměrného člověka i schopnosti užívat jej s běžnou péčí a opatrností [viz § 4 odst. 1 občanského zákoníku].

304. Nad rámec shora uvedeného Úřad k tvrzení navrhovatele, že informace o povaze výčtu uvedeného v závorce v rámci napadené zadávací podmínky, tedy že tento je výčtem konečným, je informací novou, která není obsažena v zadávací dokumentaci, uvádí, že zadavateli ze zákona neplyne povinnost u výčtů obsažených v rámci zadávací dokumentace uvádět, zda se jedná o výčet demonstrativní nebo taxativní. Úřad je přesvědčen, že povaha konkrétního výčtu je vždy seznatelná z jeho samotné formulace, kdy demonstrativní výčet bývá zpravidla uveden pojmy jako „například“, „a podobně“ či „zejména“, nebo v sobě tyto pojmy jinak zahrnuje, zatímco taxativní výčet takové pojmy neobsahuje. Napadená zadávací podmínka žádný z pojmů, které se pojí s demonstrativním výčtem, neobsahuje, nezbývá tedy než konstatovat, že se v tomto případě jedná o výčet taxativní, tedy konečný. Nelze se tak ztotožnit s tvrzením navrhovatele, že se předmětná zadávací podmínka z důvodu uvedení obecných názvů u prací, kterými je možné prokázat splnění technické kvalifikace, jeví jako

demonstrativní výčet, neboť Úřad již výše dovodil, že pro dodavatele disponujícího potřebnou mírou odbornosti nebude problematické určit, jaké konkrétní práce lze pod pojmy „ražené části, izolace, definitivní ostění“ zahrnout, a to i bez uvedení, zda se v případě uvedených pojmů jedná o výčet demonstrativní nebo taxativní.

305. S ohledem na shora uvedené Úřad konstatuje, že zadavatel zadávací podmínku stanovenou v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.1 „Seznam stavebních prací“, písm. a), bodu i), zadávací dokumentace stanovil jednoznačným způsobem, a tedy v souladu s § 36 odst. 3 zákona i § 6 odst. 1 zákona. Nelze se tak ztotožnit s názorem navrhovatele, že zadavatel požadavek na předložení seznamu stavebních prací definoval příliš obecně a vágně, z důvodu čehož nemohli mít dodavatelé jistotu, zda jimi předkládaná referenční zakázka splňuje požadavky zadavatele či nikoliv.
306. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 6. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává předmětnou zadávací podmínku jako vymezenou v souladu se zákonem.

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

307. V této části návrhu navrhovatel brojí proti nejasnosti zadávací dokumentace spočívající v údajně nezákonném stanovení vyhrazených a dalších změn, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

308. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel musí při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
309. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
310. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona zadávací dokumentací rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
311. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
312. Podle § 100 odst. 1 zákona si zadavatel může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu

veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek.

313. Podle § 222 odst. 1 zákona není-li dále v zákoně stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona.
314. Podle § 222 odst. 2 zákona za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek podle § 100 odst. 1 zákona.
315. Podle § 222 odst. 3 zákona je podstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku taková změna smluvních podmínek, která by
- a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně,
 - b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo
 - c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.
316. Podle ustanovení § 222 odst. 4 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna, která nemění celkovou povahu veřejné zakázky a jejíž hodnota je
- a) nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku a
 - b) nižší než
 - (i) 10 % původní hodnoty závazku, nebo
 - (ii) 15 % původní hodnoty závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku na stavební práce, která není koncesí.

Pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnot všech těchto změn.

317. Podle ustanovení § 222 odst. 5 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažují dodatečné stavební práce, služby nebo dodávky od dodavatele původní veřejné zakázky, které nebyly zahrnuty v původním závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, pokud jsou nezbytné a změna v osobě dodavatele
- a) není možná z ekonomických anebo technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými zadavatelem v původním zadávacím řízení,
 - b) by způsobila zadavateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů a
 - c) hodnota dodatečných stavebních prací, služeb nebo dodávek nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
318. Podle ustanovení § 222 odst. 6 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nepovažuje změna,

- a) jejíž potřeba vznikla v důsledku okolností, které zadavatel jednající s náležitou péčí nemohl předvídat,
 - b) nemění celkovou povahu veřejné zakázky a
 - c) hodnota změny nepřekročí 50 % původní hodnoty závazku; pokud bude provedeno více změn, je rozhodný součet hodnoty všech změn podle tohoto odstavce.
319. Podle ustanovení § 222 odst. 7 zákona se za podstatnou změnu závazku ze smlouvy dle odstavce 3 na veřejnou zakázku, jejímž předmětem je provedení stavebních prací, nepovažuje záměna jedné nebo více položek soupisu stavebních prací jednou nebo více položkami, za předpokladu že
- a) nové položky soupisu stavebních prací představují srovnatelný druh materiálu nebo prací ve vztahu k nahrazovaným položkám,
 - b) cena materiálu nebo prací podle nových položek soupisu stavebních prací je ve vztahu k nahrazovaným položkám stejná nebo nižší,
 - c) materiál nebo práce podle nových položek soupisu stavebních prací jsou ve vztahu k nahrazovaným položkám kvalitativně stejné nebo vyšší a
 - d) zadavatel vyhotoví o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky soupisu stavebních prací s vymezením položek v původním soupisu stavebních prací, které jsou takto nahrazovány, spolu s podrobným a srozumitelným odůvodněním srovnatelnosti materiálu nebo prací podle písmene a) a stejné nebo vyšší kvality podle písmene c).

Relevantní ustanovení jiných právních předpisů

320. Podle § 6 odst. 1 občanského zákoníku má každý povinnost jednat v právním styku poctivě.
321. Podle § 7 občanského zákoníku se má za to, že ten, kdo jednal určitým způsobem, jednal poctivě a v dobré víře.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

322. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Vyhrazené změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ“, zadávací dokumentace, zadavatel uvedl následující:

»3.3.1. Vyhrazená změna spočívající v měřené zakázce

Zadavatel zadává tuto veřejnou zakázku jako zakázku měřenou – skutečná cena díla (Stavby) bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Tento způsob určení skutečné ceny plnění veřejné zakázky je vyhrazenou změnou závazku ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. Které části veřejné zakázky jsou tzv. měřené a u kterých se naopak předpokládá paušální stanovení ceny, je patrné ze Soupisu prací. K tomuto způsobu určení ceny zadavatel již přihlédl při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.

Zadavatel si v souladu s § 100 odst. 1 ZZVZ a ve smyslu odstavců 9.7 až 9.11 Závazného vzoru smlouvy vyhrazuje změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku spočívající v upřesněních a změnách díla (Stavby), přičemž podmínky pro využití jednotlivých vyhrazených změn jsou definovány v příslušných odstavcích článku 9 Závazného vzoru smlouvy.

3.3.2. Vyhrazená změna informačního systému

Zadavatel si v souladu s § 100 odst. 1 ZZVZ vyhrazuje změnu závazku ze smlouvy spočívající ve změně informačního systému oproti požadavkům uvedeným v Projektové dokumentaci, a to v případě, že v průběhu realizace veřejné zakázky dojde ke změně informačního systému v rámci celé organizace zadavatele dle nově schváleného jednotného způsobu informačního systému.

3.3.3. Vyhrazená změna dodatečného materiálu pro výtvarníky

Zadavatel uzavřel smlouvu na realizaci výtvarného ztvárnění stanic metra Pankrác a Olbrachtova s třetími subjekty (dále jen „výtvarníci“). Zadavatel si v této souvislosti v souladu s § 100 odst. 1 ZZVZ vyhrazuje změnu závazku ze smlouvy spočívající v nákupu dodatečného materiálu a souvisejícího plnění pro řádnou realizaci výtvarného ztvárnění stanic dle požadavků stanovených smlouvou uzavřenou s výtvarníky.«.

323. V čl. 6. „Cena díla“ návrhu smlouvy je mj. uvedeno:

„6.22 Pokud budou v důsledku změn či upřesnění díla sjednaných postupem dle čl. 9 této Smlouvy provedeny práce, které nejsou uvedeny v Soupisu prací, určí se jejich skutečná cena měřením obdobně dle odst. 6.12 a násl. této Smlouvy.

6.23 Práce provedené dle odst. 6.22 Smlouvy budou oceněny dle výsledků měření a dle cen určených (v následujícím pořadí priority):

6.23.1 je určena Objednatelem, nebo TDI z ceny obdobné položky specifikované ve Smlouvě, po odsouhlasení od Zhotovitele,

6.23.2 dle ceny této položky uvedené v ceníku cenové soustavy ÚRS platného ke dni podání nabídky Zhotovitele v zadávacím řízení, není-li to možné, pak

6.23.3 podle obvyklé ceny těchto prací v místě a čase provádění díla, přičemž se cena obvyklá určí. Obvyklou cenou se rozumí obvyklá cena ve smyslu § 2 odst. 6 a 7 zákona č. 526/1990 Sb., o cenách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZoC“), přičemž se pro posouzení obvyklé ceny použije postup tam uvedený. Za obvyklou cenu na trhu ve smyslu § 2 odst. 6 ZoC se považuje aritmetický průměr cen nabízených alespoň třemi dodavateli, kteří jsou na sobě ekonomicky, kapitálově a personálně nezávislí, přičemž tito dodavatelé rovněž nesmí být ekonomicky, kapitálově ani personálně propojeni se Zhotovitelem. Tento návrh musí Zhotovitel Objednateli předložit nejdříve, jak je to možné po vznesení požadavku Objednatele, spolu s přírážkou přiměřeného zisku ve výši 5 % přímých nákladů příslušné položky, přírážkou na výrobní režii ve výši 5 % přímých nákladů příslušné položky a přírážkou na správní režii ve výši 5 % přímých nákladů příslušné položky. Tyto přírážky se považují pro účely tohoto odstavce mezi stranami za dohodnuté.

6.23.4 jestliže pro určení nové ceny není relevantní žádná sazba ani cena dle výše uvedených odstavců, bude cena odvozena z přiměřených nákladů na provedení práce spolu s přiměřeným ziskem, přičemž se vezmou v úvahu další relevantní záležitosti. Taková sazba musí být vždy odsouhlasena objednatelům.“.

324. V čl. 9. „Změny díla a upřesnění díla“ návrhu smlouvy je mj. uvedeno:

- „9.3 Rozdíly ve skutečném rozsahu prací oproti předpokládanému rozsahu prací uvedenému v Soupisu prací a změny v technologické třídě výrobu zjištěné po uzavření této Smlouvy jsou vyhrazenou změnou ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. Dle této Smlouvy nejsou změnou díla ani změnou závazku ze Smlouvy ve smyslu občanského zákoníku. Tyto rozdíly budou vypořádány postupem měření a oceňování prací dle čl. 6 Smlouvy.
- 9.4 Objednatel je oprávněn v souladu s § 100 odst. 1 ZZVZ provést změnu spočívající v nových požadavcích na informační systém odlišných od požadavků uvedených v Projektové dokumentaci, přičemž Zhotovitel je povinen informační systém zhotovit dle nových pokynů Objednatele.
- 9.5 Objednatel je dále oprávněn v souladu s § 100 odst. 1 ZZVZ poptávat služby spočívající v nákupu dodatečného materiálu a souvisejícího plnění pro řádnou realizaci výtvarného ztvárnění stanic metra Pankrác a Olbrachtova. Zhotovitel je povinen tuto změnu provést dle pokynů Objednatele a dodavatelů realizujících výtvarné ztvárnění stanic metra Pankrác a Olbrachtova (dále jen „výtvarníci“).
- (...)
- 9.7 Smluvní strany jsou na základě § 100 odst. 1 a § 222 odst. 7 ZZVZ oprávněny dohodnout upřesnění díla v podobě záměny položek prací či dodávek obsažených v Soupisu prací novými položkami, za splnění následujících podmínek:
- 9.7.1 nové položky představují srovnatelný druh prací nebo dodávek ve vztahu k nahrazovaným položkám Soupisu prací,
- 9.7.2 cena prací nebo dodávek podle nových položek je ve vztahu k nahrazovaným položkám stejná nebo nižší než cena položek nahrazovaných položek Soupisu prací,
- 9.7.3 práce nebo dodávky podle nových položek jsou ve vztahu k nahrazovaným položkám Soupisu prací v kvalitě stejné nebo vyšší,
- 9.7.4 TDI ve spolupráci s AD provede posouzení splnění podmínek dle pododstavce 9.7 až 9.7.2 a vyhotoví o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky s vymezením nahrazovaných položek spolu s podrobným odůvodněním srovnatelnosti prací nebo dodávek dle pododstavce 9.7, stejné nebo nižší ceny dle pododstavce 9.7.1 a stejné nebo vyšší kvality podle pododstavce 9.7.2.
- 9.8 Smluvní strany jsou na základě § 100 odst. 1 ZZVZ oprávněny dohodnout upřesnění díla v podobě záměny technologického celku spočívající v záměně souboru položek prací či dodávek obsažených v Soupisu prací novým souborem položek, za splnění následujících podmínek:
- 9.8.1 nový soubor položek představuje technologický celek obdobné funkce ve vztahu k nahrazovanému souboru položek Soupisu prací,
- 9.8.2 celková cena nového souboru položek je ve vztahu k nahrazovanému souboru položek stejná nebo nižší než celková cena nahrazovaného souboru položek Soupisu prací,

- 9.8.3 *nový soubor položek představující technologický celek je ve vztahu k nahrazovanému souboru položek Soupisu prací v souhrnu kvalitativně stejný nebo vyšší,*
- 9.8.4 *TDI ve spolupráci s AD provede posouzení splnění podmínek dle pododstavce 9.8 až 9.8.2 a vyhotoví o každé jednotlivé záměně přehled obsahující nové položky s vymezením nahrazovaných položek spolu s podrobným odůvodněním srovnatelnosti funkce dle pododstavce 9.8, stejné nebo nižší ceny dle pododstavce 9.8.1 a stejné nebo vyšší kvality podle pododstavce 9.8.2.*
- 9.9 *Smluvní strany jsou na základě § 100 odst. 1 a § 222 odst. 5 ZZVZ oprávněny dohodnout upřesnění díla v podobě doplnění nezbytných prací a dodávek neuvedených v Soupisu prací, za splnění následujících podmínek:*
- 9.9.1 *upřesnění jsou nezbytná a změna v osobě zhotovitele:*
- 9.9.1.1 *není možná z ekonomických či technických důvodů spočívajících zejména v požadavcích na slučitelnost nebo interoperabilitu se stávajícím zařízením, službami nebo instalacemi pořízenými Objednatel na základě této Smlouvy zadat jinému zhotoviteli,*
- 9.9.1.2 *by způsobila Objednateli značné obtíže nebo výrazné zvýšení nákladů.*
- 9.9.2 *TDI ve spolupráci s AD provede posouzení splnění podmínek dle pododstavce 9.9 výše a vyhotoví o každém jednotlivém upřesnění přehled obsahující nové položky spolu s podrobným odůvodněním splnění těchto podmínek.*
- 9.10 *Objednatel je na základě § 100 odst. 1 a § 222 odst. 4 ZZVZ oprávněn svým jednostranným právním jednáním nařídit Zhotoviteli rozšíření díla o další práce a dodávky neuvedené v Soupisu prací. Přitom platí, že:*
- 9.10.1 *toto právo má Objednatel v rozsahu, v jakém nutnost těchto dalších prací vyvstane po zpřesnění poznatků na staveništi v průběhu realizace díla,*
- 9.10.2 *toto právo má Objednatel v rozsahu, v jakém jsou další práce nutné k dokončení díla a dosažení jeho účelu,*
- 9.10.3 *toto právo má Objednatel v rozsahu, v jakém hodnota těchto dalších prací nepřesáhne 15 % Přijaté ceny díla této Smlouvy a současně se jedná o práce, které se svou povahou neodchylují od povahy prací uvedených v Soupisu prací,*
- 9.10.4 *takovéto další práce budou provedeny na základě pokynu Objednatele dle § 2592 občanského zákoníku; pokyn musí být vydán v písemné formě,*
- 9.10.5 *Zhotovitel je takovýmto pokynem Objednatele vázán, pokud splňuje podmínky dle pododstavce 9.10 až 9.10.3 této Smlouvy,*
- 9.11 *Smluvní strany jsou na základě § 100 odst. 1 a § 222 odst. 6 ZZVZ oprávněny dohodnout rozšíření Díla o další práce a dodávky neuvedené v Soupisu prací, za splnění následujících podmínek:*

- 9.11.1 *potřeba změny vznikla v důsledku okolností, které Objednatel nemohl předvídat,*
- 9.11.2 *změna nemění povahu Smlouvy,*
- 9.11.3 *TDI ve spolupráci s AD provede posouzení splnění podmínek dle pododstavce 9.11 a 9.11.1 výše a vyhotoví o každé jednotlivé změně přehled obsahující nové položky spolu s podrobným odůvodněním splnění těchto podmínek.“*

Právní posouzení

325. V této části návrhu navrhovatel brojil proti nejasnosti zadávací dokumentace, která má spočívat ve vymezení vyhrazených změn závazku. Podle navrhovatele nejsou vyhrazené změny závazku stanoveny dostatečně určitě, čímž jsou v rozporu s § 100 odst. 1 zákona. Navrhovatel má za to, že zadavatel nezákonně podřadil změny závazku dle § 222 odst. 4 až 7 zákona pod režim vyhrazených změn závazku ve smyslu § 100 odst. 1 zákona a § 222 odst. 2 zákona, a současně nezákonným způsobem definoval podmínky pro změny závazků de minimis ve smyslu § 222 odst. 4 zákona. Dále navrhovatel namítá, že zadavatel popsal vyhrazené změny závazku odlišně v zadávací dokumentaci a v návrhu smlouvy, zejména ve vztahu ke změně technologické třídy výrubu, která má zásadní dopad na podmínky realizace díla. Stanovením nezákonné, nesprávné, neurčité a velmi strohé úpravy vyhrazených změn závazků učinil zadavatel podle navrhovatele obsah zadávacích podmínek sporným a neúplným, čímž postupoval v rozporu s § 36 odst. 3 zákona.
326. V daném případě je tedy stěžejní, že zadavatel v čl. 3 zadávací dokumentaci deklaroval svůj úmysl, že dodavatel musí počítat s tím, že je možné, že v rámci plnění veřejné zakázky dojde k určitým změnám v plnění. V této části zadávací dokumentace pak zadavatel pracuje s tím, že se jedná o vyhrazenou změnu závazku. Dále pak jsou tyto podmínky promítnuty i do návrhu smlouvy, a to v jejím čl. 9 „Změny díla a upřesnění díla“, a zde obsažených smluvních podmínek.
327. Co se týče možnosti přezkumu smluvních podmínek, zde Úřad upozorňuje, že jeho kompetence jsou vytyčeny ustanovením § 248 zákona, kdy podle § 248 odst. 1 písm. a) zákona Úřad vykonává dozor nad dodržováním pravidel stanovených zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, při kterém rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, popř. podle § 248 odst. 1 písm. b) zákona rozhoduje o tom, zda postup zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení, je v souladu se zákonem, popř. podle § 248 odst. 1 písm. c) zákona ukládá nápravná opatření (§ 263 a 264 zákona). Je třeba konstatovat, že možnost Úřadu vyjadřovat se ke smluvním, resp. obchodním podmínkám, stanovených zadavatelem je omezená, nicméně ne zcela vyloučená. V tomto směru se dovozuje, že Úřad nemá hodnotit vhodnost, přiměřenost či vymahatelnost soukromoprávní podmínky stanovené zadavatelem, nejedná-li se o zjevný exces vyvolávající nemožnost plnění předmětu zakázky a nejde-li o pravidlo pro posuzování kvalifikace a samotného hodnocení nabídek, které by muselo být předmětem posouzení z pohledu zákona (viz rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 48/2011-69 ze dne 28. 2. 2013). Ze shora řečeného tak lze dovodit, že do kompetence Úřadu spadá posouzení toho, zda smluvní, resp. obchodní podmínky jsou skutečně přiměřené požadovanému cíli a nepředstavují exces či neúnosné narušení některého ze základních principů (zásad) vymezených v § 6 zákona. Jinak řečeno, jestliže konkrétní soukromoprávní podmínka

vymezená zadavatelem nepředstavuje zjevný exces, jenž by atakoval faktickou nemožnost plnění veřejné zakázky, a současně taková podmínka ani není pravidlem pro posuzování kvalifikace či pro hodnocení nabídek, pak Úřad není příslušný k posuzování její vhodnosti, resp. přiměřenosti.

328. Ve vztahu k vyhrazeným změnám závazku pak Úřad uvádí, že zákon rozlišuje více jejich kategorií; pro zde řešený případ je v tomto ohledu relevantní ustanovení § 100 odst. 1 zákona. Předmětné ustanovení zákona stanoví, že zadavatel si může v zadávací dokumentaci vyhradit změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku nebo rámcové dohody, pokud jsou podmínky pro tuto změnu a její obsah jednoznačně vymezeny a změna nemění celkovou povahu veřejné zakázky. Taková změna se může týkat rozsahu dodávek, služeb nebo stavebních prací, ceny nebo jiných obchodních nebo technických podmínek. Úřad uvádí, že změna závazku ze smlouvy dle § 100 odst. 1 zákona se může týkat předmětu či obsahu smlouvy, včetně jejího rozsahu, přičemž podmínky pro možnost uplatnění takto vyhrazených změn dle předmětného ustanovení zákona musí být naplněny kumulativně, čili všechny zároveň. V případě, že provedená změna nesplňuje byť jen jednu z uvedených podmínek, nelze hovořit o přípustné změně podle tohoto odstavce zákona.
329. Smyslem § 100 odst. 1 zákona tedy je umožnit zadavatelům vyhrazené změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, aniž by bylo nezbytné provést nové zadávací řízení v případech, kdy tím není narušena hospodářská soutěž; vyhrazená změna závazku dle posledně citovaného ustanovení zákona tedy tvoří součást zadávacího řízení od jeho počátku, přičemž i na takovou konkrétní vyhrazenou změnu proběhla soutěž. Současně pak význam řádně vyhrazené změny závazku se uplatní ve vztahu k aplikaci § 222 zákona, který v odst. 2 stanovuje, že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku se nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě dle § 100 odst. 1 zákona.
330. Úřad v kontextu níže vyslovených úvah již na tomto místě předesílá, že základním smyslem zadávacího řízení a jeho hlavním účelem je zadání veřejné zakázky, přičemž zrušení zadávacího řízení je nejintenzivnějším zásahem do jeho průběhu, v jehož důsledku je zadávací řízení ukončeno a zadání veřejné zakázky logicky znemožněno. Zrušení zadávacího řízení je tedy nutno vnímat jako prostředek „ultima ratio“.
331. Co se týče problematiky vyhrazených změn závazku, nelze přehlížet již existující rozhodovací praxi Krajského soudu v Brně. Úřad v tomto ohledu odkazuje na rozsudek Krajského soudu č. j. 29 Af 46/2019-56, který se sice v posuzovaném případě zabýval výhradou změny dodavatele v průběhu plnění veřejné zakázky ve smyslu § 100 odst. 2 zákona, Úřad má nicméně za to, že závěru soudy lze analogicky aplikovat i na šetřenou veřejnou zakázku a v ní stanovenou výhradu změny závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku ve smyslu § 100 odst. 1 zákona.
332. Citovaný rozsudek pracuje s tím, že je potřeba rozlišovat mezi zadávacími obligatorními podmínkami, u kterých zákon nezbytně předpokládá určité nastavení pro řádný průběh zadávacího řízení, a podmínkami, které si zadavatel může za splnění určitých podmínek fakultativně zvolit. Z citovaného § 100 odst. 1 zákona přitom vyplývá, že zadavatel si může vyhradit v zadávací dokumentaci změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku, avšak pouze za předpokladu, že splní určité podmínky pro možnost využití této výhrady. Jinými

slovy, zákon a priori umožňuje zadavatelům vyhradit si v zadávací dokumentaci změnu závazku ze smlouvy pro dobu plnění veřejné zakázky, pokud však tato změna nebude v souladu se zákonem, nemůže ji zadavatel v průběhu realizace zadávacího řízení využít. Vychází-li Úřad z dalších závěrů citovaného rozsudku při jejich aplikaci na zde řešený typ vyhrazené změny závazku je třeba reflektovat skutečnost, že dle § 222 odst. 1 zákona platí, že „[n]ení-li dále stanoveno jinak, nesmí zadavatel umožnit podstatnou změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku po dobu jeho trvání bez provedení nového zadávacího řízení podle tohoto zákona“, přičemž dle § 222 odst. 2 zákona platí, „že za podstatnou změnu závazku ze smlouvy se nepovažuje uplatnění vyhrazených změn závazku sjednaných ve smlouvě na veřejnou zakázku na základě zadávacích podmínek dle § 100 odst. 1“ a současně § 222 odst. 3 zákona stanovuje, že „[p]odstatnou změnou závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku je taková změna smluvních podmínek, která by a) umožnila účast jiných dodavatelů nebo by mohla ovlivnit výběr dodavatele v původním zadávacím řízení, pokud by zadávací podmínky původního zadávacího řízení odpovídaly této změně, b) měnila ekonomickou rovnováhu závazku ze smlouvy ve prospěch vybraného dodavatele, nebo c) vedla k významnému rozšíření rozsahu plnění veřejné zakázky.“. Ve vztahu k uplatněné výhradě změny závazku pak výslovně Krajský soud v Brně pracuje s tím, že se nejedná o zadávací podmínku stricto sensu ve smyslu § 263 odst. 3 zákona, kterou by bylo nezbytně nutné splnit pro řádný průběh zadávacího řízení, neboť zákon obsahuje vlastní kontrolní mechanismus pro dodržení nastavení podmínek ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, a tím je zákaz využít změnu závazku ze smlouvy na veřejnou zakázku pro porušení § 222 odst. 1 a odst. 3 zákona, nejsou-li podmínky pro využití této výhrady dle § 222 odst. 2 splněny.

333. Primárně se Úřad zaměřil na to, co danými zadávacími podmínkami zadavatel sleduje a s čím seznamuje dodavatele; jaké informace jim předává a zda jsou ve svém souhrnu srozumitelné. Stejně tak nelze odhlížet od skutečnosti, že se jedná o zadávací podmínky, které se eventuálně uplatní až v budoucnu vůči vybranému dodavateli v průběhu plnění veřejné zakázky, a nelze tak ani předjímat, zda tyto budou zadavatelem eventuálně aplikovány v rozporu se zákonem, když k takové situaci vůbec nemusí dojít. Pokud nutnost aplikace předmětných zadávacích podmínek nastane, je poté povinností zadavatele postupovat tak, aby nedošlo k porušení zákona. Jak je zřejmé z obsahu zadávací dokumentace i vyjádření zadavatele, tento si je velmi dobře vědom toho, že předem není možno kvantifikovat a kvalifikovat celé plnění se 100% přesností. To ostatně vyplývá i z toho, že veřejná zakázka je zadávána jako měřený kontrakt. S přihlédnutím k tomu, o jaký typ plnění se jedná, v jak dlouhém časovém horizontu bude realizováno, neshledává na této skutečnosti Úřad ničeho zarážejícího a je to logickým odrazem náročnosti a specifičnosti poptávaného plnění. Navrhovatel brojí proti vyhrazeným změnám obsaženým zejm. v bodech 9.3 – 9.5 návrhu smlouvy a dále pak v bodech 9.4 – 9.11 návrhu smlouvy. Úřad se tak dále vyjádří k jednotlivým rozporovaným bodům. Ještě před vypořádáním jednotlivých rozporovaných bodů Úřad předesílá, že do určité míry dává za pravdu navrhovateli, že zadavatel ne zcela vhodně uchopil institut vyhrazených změn závazku a tento pojem používá i v situacích, kdy se o vyhrazenou změnu závazku ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, dle přesvědčení Úřadu, nejedná. Současně však Úřad odkazuje na první větu tohoto bodu odůvodnění rozhodnutí. Vždy je třeba sledovat smysl a obsah předávané informace, a tedy i to zda je vůbec dán potenciál učinit zadávací podmínky nesrozumitelnými a pro dodavatele zavádějícími a ve svém důsledku znemožňujícími řádné zpracování nabídky (v daném případě

se nadto jedná o možné budoucí podmínky, k tomu viz závěry výše vyplývající z citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně ve spojení se skutečností, že se ve svém důsledku jedná de facto i o smluvní podmínky).

334. Navrhovatel svým návrhem mj. napadá znění čl. 9.3 návrhu smlouvy, a že se jedná o nezákonně vyhrazenou změnu smlouvy ve smyslu § 100 odst. 1 zákona. Dle přesvědčení Úřadu podmínky zde zachycené reflektují samotnou podstatu způsobu zadávání předmětné veřejné zakázky, a to že se jedná o měřený kontrakt. Zadavatel si tak vyhrazuje možnou změnu objemu v dílčích kategoriích technologické třídy výrubu. Takto stanovenou podmínkou nemohlo dojít k žádnému znejistění dodavatelů. Ze zadávacích podmínek je jednoznačné, že v rámci své nabídky dodavatelé oceňují práce s jednotlivými typy hornin (a z nich vyplývající stanovené jednotlivé třídy výrubu). Je tedy na dodavatelích, jakým způsobem každou z těchto kategorií ve své nabídce ocení. Předmětný článek smlouvy výslovně zachycuje to, co již implicitně plyne ze zadávacích podmínek. Tedy to že v rámci samotného plnění bude účtováno dle faktického stavu horniny a vykonané práce, přičemž stanovené jednotkové ceny v nabídce musí být zachovány. Lze tak přisvědčit argumentaci zadavatele, že předmětný článek návrhu smlouvy směřuje pouze k vypořádání rozdílů ve skutečném rozsahu prací oproti předpokládanému rozsahu prací uvedenému v soupisu prací a změně v technologické třídě výrubu zjištěné po uzavření smlouvy o dílo. Nadto je namístě zdůraznit i informaci zadavatele, že stav hornin a z nich vyplývající stanovení třídy výrubu bude ověřováno nezávislým subjektem, který bude vybrán v rámci samostatného zadávacího řízení. Dle přesvědčení Úřadu je tak předmětná podmínka stanovena v souladu se zákonem, přičemž lze odkázat i na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05497/2020/531/MHo ze dne 18. 2. 2020, potvrzené rozhodnutím předsedy č. j. ÚOHS-14102/2020/322/DJa ze dne 13. 5. 2020, v němž byla řešena skutkově obdobná věc. Úřad pak ani nutně neshledává rozpor informací v čl. 9.3 návrhu smlouvy a bodu 3.3.1. zadávací dokumentace. Navrhovatel se v tomto ohledu chytá slovního spojení „změny v technologické třídě výrubu“ zachyceného v čl. 9.3 návrhu smlouvy. Dle přesvědčení Úřadu ani tohle slovní spojení nečiní zadávací podmínky vnitřně rozpornými. Zadávací podmínky je potřebné vykládat jako celek a ve svém souhrnu. Jak již Úřad uvedl výše, záměr zadavatele, co danými zadávacími podmínkami sleduje, je zcela zřejmý, a tím je vyúčtování dle skutečného stavu věci (tzn. v tomto ohledu dle reálného stavu hornin, který se může lišit co do jejich objemu v rámci jednotlivých tříd výrubu, které jsou již obsaženy v položkovém rozpočtu, který dodavatelé oceňují v rámci svých nabídek). Uvedené pak odpovídá i informaci obsažené v bodu 3.3.1. zadávací dokumentace.
335. Co se pak týče čl. 9.4 a 9.5 návrhu smlouvy, zde se Úřad ztotožňuje s argumentací zadavatele a neshledává předmětnou vyhrazenou změnu závazku za rozpornou se zákonem, přičemž i jednotlivé části zadávací dokumentace jsou v tomto ohledu ve vzájemném souladu (srov. znění čl. 3.3.2. a 3.3.3. zadávací dokumentace). Zadavatel zcela srozumitelně dodavatele seznamuje s tím, že je do budoucna možné, že dojde ke změnám v požadavcích kladených na informační systém a požadavcích souvisejících s realizací výtvarného ztvárnění stanic metra Pankrác a Olbrachtova. Dle přesvědčení Úřadu tento způsob výhrady je třeba zasadit do kontextu skutkových okolností. Těžiště předmětu veřejné zakázky spočívá v realizaci ražené tunelové dopravní stavby, se kterou jsou spojeny i určité doplňkové činnosti (mj. právě tato plnění, vůči nimž zadavatel učinil předmětnou výhradu), aby zadavatel díky předmětné veřejné zakázce získal dodavatele, který mu zajistí předmět plnění

v podobě výstavby trasy metra D jako celek. Zadavatel při zadávání veřejné zakázky dodavatelům sdělil své požadavky, které jsou mu známy v době jejího zadávání. Současně si je zadavatel vědom toho, že mohou v budoucnu, před dokončením díla, nastat okolnosti, které si vynutí změny této části plnění. Již nyní je seznatelné, že by se nejednalo o libovůli zadavatele; ani není jisté, zda k těmto změnám dojde, zadavatel však z opatrnosti s tímto faktem konfrontuje dodavatele již nyní.

336. Ve vztahu k informačnímu systému zadavatel zcela jednoznačně specifikuje okolnost, která by musela nastat, aby ke změně díla v této části přistoupil. Tou je změna informačního systému v celé organizaci zadavatele dle nově schváleného jednotného způsobu informačního systému. Zde lze upozornit i na informaci zadavatele, který udává, že k realizaci této části díla může dojít v horizontu až cca 8 let, tudíž nelze klást zadavateli k tíži, že v době zadávání veřejné zakázky nemá případně bližší informace, jaké konkrétní změny by měly být v souvislosti s informačním systémem spojeny, event. zda vůbec nastanou. Stejně tak se Úřadu nejeví jakkoliv nelogickým, že zadavatel bude potřebovat mít v rámci své organizace jednotný informační systém. V tomto ohledu Úřad vychází z legitimní úvahy, že nyní specifikované požadavky na informační systém odpovídají skutečnému stavu a požadavkům na informační systém nyní v rámci organizace zadavatele jako celku kladeným. Stejně tak se Úřadu a priori nejeví jako nezákonná výhrada ve vztahu k požadavkům souvisejícím s výtvarným ztvárněním stanic dle požadavků výtvarníků, které případně budou relevantní pro úpravu závazku. Nadto nelze přehlédnout, že zadavatel v čl. 6.22 ve spojení s čl. 6.23 návrhu smlouvy pracuje s tím, jakým způsobem mají být zhotoviteli kompenzovány jím provedené práce na zakázce. Úřad tak neshledává předmětné vyhrazené změny jako nezákonné či nesrozumitelné. Taktéž Úřad nemá za to, že by způsob jejich výhrady měl dopad na dodavatele, ať již v souvislosti s rozhodováním se o tom, zda se zadávacího řízení zúčastní či co do možností ocenění nabídky.
337. V dalším navrhovatel rozporuje zadavatelem učiněné vyhrazené změny závazku ze smlouvy uvedené v čl. 9.7 – 9.11 návrhu smlouvy. Ve vztahu k těmto zadavatelem údajně „vyhrazeným“ změnám Úřad uvádí, že dle jeho přesvědčení tyto změny nelze kvalifikovat jako vyhrazené ve smyslu § 100 odst. 1 zákona, ačkoliv je tak zadavatel nazývá. Zadavatel v těchto částech vychází z kategorií změn, které jsou definovány v dílčích odstavcích § 222 zákona a při dodržení zde určených pravidel je zákonodárce definuje jako nepodstatné změny. V tomto ohledu zadavatel reflektuje znění § 222 odst. 4 – 7 zákona.
338. Úřad se tedy při přezkumu srozumitelnosti a dopadu stanovených podmínek na dodavatele, zaměřil na to, co je jejich cílem, resp. co z nich pro dodavatele, kteří jsou jejich adresáty, plyne. Bezesporu bude snahou a cílem zadavatele, aby dodavatel, který vzejde z předmětného zadávacího řízení, zdárně dokončil dílo jako celek. Lze přepokládat, že během realizace se zadavatel ani dodavatel nevyhnou nezbytným dílčím změnám, které si realizace takto složitého stavebního díla vyžádá. Ani nelze a priori bez dalšího předpokládat, že zadavatel bude v průběhu plnění veřejné zakázky jednat s úmyslem poškodit vybraného dodavatele např. tím, že bude neúměrně navyšovat rozsah předmětu plnění. Úřad je toho názoru, že na jednání stran (a to jak zadavatele, tak vybraného dodavatele) v rámci kontraktačního procesu (který je svým charakterem i přes svou vysokou formalizaci především soukromoprávní procesem) je třeba primárně hledět jako na poctivé. Tzn., že i zde se uplatní zásady soukromého práva, mj. i zásady poctivosti a presumpce dobré víry

obsažené v § 6 a 7 občanského zákoníku, dle nichž má každý povinnost jednat v právním styku poctivě a rovněž se má za to, že ten, kdo jednal určitým způsobem, jednal poctivě a v dobré víře. Dle Úřadu tak nelze ani při vědomí vysoké formalizace procesu zadávání veřejných zakázek rezignovat na předpoklad, že jak zadavatelé, tak dodavatelé jednají poctivě. Tudíž i cílem dodavatele, který předmětnou veřejnou zakázku realizuje, by mělo být dokončení díla jako takového, přičemž dodavatelům musí být již nyní jasné, že dílčími změnám či vícepracím se při plnění předmětu veřejné zakázky nevyhnou. Tuto skutečnost pak zadavatel v zásadě odráží v citovaných částech zadávací dokumentace.

339. Z čl. 9.7, 9.8, 9.9 a 9.11 lze dovodit, že cílem zadavatele je prostřednictvím dohody stran činit takové kroky, aby bylo možno dílo jako celek zrealizovat. O tom ostatně svědčí i formulace v těchto bodech návrhu smlouvy, kde je výslovně uvedeno „smluvní strany jsou oprávněny dohodnout“. Zadavatel pak v rámci jednotlivých bodů pracuje s dílčími kategoriemi změn, se kterými zákon výslovně v příslušných odstavcích ustanovení § 222 počítá. Skutečnost, zda budou dodrženy podmínky aplikace § 222 zákona, pak plně stíhá zadavatele. Je na zadavateli, aby řádně jednotlivé změny zatřídil a byly dodrženy jednotlivé zákonné podmínky pro jejich uplatnění a finanční limity pro jejich aplikaci. Rovněž i v souvislosti s těmito určenými možnými změnami v průběhu plnění smlouvy lze odkázat na podmínky oceňování předmětu plnění, které zadavatel stanovuje v čl. 6.23 návrhu smlouvy. Je zřejmé, že i práce, které případně nejsou v rámci nabídky oceněny, mají stanovený mechanismus určení jejich ceny, který je všem dodavatelům znám. Nelze tedy ani dovozovat, že by dodavatelé vstupovali do rizika, že by se snad mělo jednat o činnosti, které by jim neměly být uhrazeny. I pokud by zadavatel předmětné body do návrhu smlouvy neinkorporoval, byl by oprávněn takový postup aplikovat, jelikož zákon s ním výslovně počítá. Úřad tedy v tomto ohledu neshledává žádný negativní dopad na dodavatele a důvod ke konstatování nezákonnosti této zadávací podmínky s ukládaným nápravným opatřením v podobě zrušení zadávacího řízení dle § 263 odst. 3 zákona. Ani skutečnost, že zadavatel v souvislosti s těmito změnami uvedl odkaz na vyhrazenou změnu dle § 100 odst. 1 zákona, nepokládá Úřad za takovou, která by měla vést k uváděnému nápravnému opatření, ačkoliv se o vyhrazenou změnu závazku nejedná. Pakliže by snad zadavatel hodlal tímto spojením a odkazem na § 100 odst. 1 zákona docílit stavu, že by pro něj neplatily limity pro aplikaci jednotlivých změn dle § 222 zákona, tu Úřad upozorňuje, že formulace předmětných ustanovení užitých v návrhu smlouvy nemají a nemohou mít jakýkoliv dopad na mantinely aplikace jednotlivých typů změn dle § 222 zákona. V daném případě se totiž nejedná o vyhrazenou změnu závazku dle § 100 odst. 1 zákona a vůči těmto bodům návrhu smlouvy se pak § 222 odst. 2 zákona neuplatní.
340. Výše uvedené pak obdobně platí i vůči čl. 9.10 návrhu smlouvy, který zadavatel spojuje se změnou de minimis zakotvenou v § 222 odst. 4 zákona. Úřad v tomto ohledu nepřehlédl, že oproti výše řešeným bodům návrhu smlouvy zadavatel stanovil, že je to on sám, kdo může svým jednostranným právním jednáním nařídit vybranému dodavateli rozšíření předmětu plnění o práce a dodávky neuvedené v soupisu prací. Ve vztahu k tomu je třeba však reflektovat, že zadavatel pod body 9.10.1 – 9.10.5 návrhu smlouvy zcela srozumitelně uvádí okolnosti, za kterých je tohoto svého práva oprávněn využít. Z nich je pak zřejmé, že sledován je pouze jediný cíl, a tím je řádné dokončení díla jako celku. I ve vztahu k této změně Úřad zdůrazňuje, že v případě těchto víceprací se jedná o práce, které budou vybranému dodavateli uhrazeny dle předem jasné daného mechanismu. Úřad rovněž

nepřehlédli, že zadavatel v této části v případě definice možného požadovaného objemu prací výslovně nekopíroval text předmětného zákonného ustanovení, když zde výslovně ponechal pouze informaci vyplývající z § 222 odst. 4 písm. b) bod 2 zákona, a hovoří tak pouze o limitu 15 % z původní hodnoty závazku ze smlouvy, a není výslovně zachycen limit dle § 222 odst. 4 písm. b) bod 1 zákona, tzn. že hodnota těchto prací musí být nižší než finanční limit pro nadlimitní veřejnou zakázku. Vyjádření tohoto limitu však Úřad shledává ve výslovném zakomponování zákonného ustanovení § 222 odst. 4 do předmětného článku návrhu smlouvy. Je tedy zřejmé, že pravidlo pro aplikaci tohoto zákonem připuštěného postupu je do předmětné smluvní podmínky plně vtaženo. Úřad tedy ani vůči této „vyhrazené“ změně závazku neshledal pochybení zadavatele, které by mělo být sankcionováno nápravným opatřením, kterým by mělo dojít ke zrušení zadávacího řízení, ačkoliv není pochyb o tom, že se nejedná o vyhrazenou změnu závazku dle § 100 odst. 1 zákona. Shodně s výše uvedeným pak Úřad zdůrazňuje, že ani touto formulací se zadavatel případně nedostává z režimu změn de minimis dle § 222 odst. 4 zákona a bylo by možno aplikovat postup dle § 222 odst. 2 zákona.

341. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 7. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem, které by mělo mít za následek uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 3 zákona.

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

342. V této části návrhu navrhovatel brojí proti nejasnosti zadávací dokumentace spočívající ve stanovení vzájemně rozporných požadavků na jazykovou vybavenost členů realizačního týmu dodavatele, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

343. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
344. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
345. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104.
346. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
347. Podle § 37 odst. 1 zákona podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako

- a) podmínky kvalifikace,
- b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
- c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo
- d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

348. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Informace o předběžné tržní konzultaci:“, zadávací dokumentace zadavatel ve výčtu upravených zadávacích podmínek pod odrážkou č. 9 uvedl, že „[v] rámci požadavku na seznam odborného personálu byl doplněn požadavek na znalost češtiny na komunikativní úrovni bez možnosti tlumočnicka u vybraných osob na základě odpovědi od společností HOCHTIEF CZ a.s. a Metrostav a.s.“.

349. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, odstavci 5.6 „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „(...) vymezuje minimální požadavky na osoby, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky následovně:

a) Hlavní manažer výstavby

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

b) Stavbyvedoucí

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

c) Zástupce stavbyvedoucího

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

d) Výrobní přípravář

- alespoň 5 let praxe s výrobní přípravou staveb;

- autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. i) zákona o autorizaci, tedy pro obor geotechnika ve stupni autorizovaný inženýr;

- osvědčení odborné způsobilosti závodního dle § 4 písm. c) nebo báňského projektanta dle

§ 4 písm. e) báňské vyhlášky, a to v rozsahu ustanovení § 3 písm. c), e) a i) zákona č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti a výbušninách a o státní báňské správě;

- zkušenost s výrobní přípravou (z pozice zhotovitele) provádění nejméně jedné dopravní tunelové stavby ražené metodou NRTM, kde finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací (ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů) musí dosahovat finančního objemu min. 1 mld. Kč bez DPH.

e) Hlavní důlní měřič

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

f) Bezpečnostní technik

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

g) Technický vedoucí odstřelů

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

h) Specialista na pozemní objekty

- alespoň 5 let praxe v pozici řízení realizace pozemních staveb;

- autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. a) zákona o autorizaci, tedy pro obor pozemní stavby;

- zkušenost s řízením v obdobné funkci při provádění alespoň jedné stavby, kde finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací (stavební část stanic) musí dosahovat finančního objemu min. 250 mil. Kč bez DPH.

i) Specialista na inženýrské sítě

- alespoň 5 let praxe v pozici řízení realizace inženýrských sítí;

- autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. c) zákona o autorizaci, tedy pro obor stavby vodního hospodářství a krajinného inženýrství;

- zkušenost s řízením v obdobné funkci při provádění alespoň jedné stavby, kde finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací (inženýrské sítě) musí dosahovat finančního objemu min. 100 mil. Kč bez DPH.

j) Specialista na kolejový svršek

- alespoň 5 let praxe v pozici řízení realizace železničních nebo jiných kolejových staveb;

- autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. b) zákona o autorizaci, tedy pro obor dopravní

stavby;

- zkušenost s řízením v obdobné funkci při provádění alespoň jedné stavby, kde finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací (kolejový svršek typu pevné jízdní dráhy) musí dosahovat finančního objemu min. 100 mil. Kč bez DPH.

k) Specialista na pozemní komunikace

- alespoň 5 let praxe v pozici řízení realizace staveb pozemních komunikací;

- autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. b) zákona o autorizaci, tedy pro obor dopravní stavby;

- zkušenost s řízením v obdobné funkci při provádění alespoň jedné stavby, kde finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací (pozemní komunikace) musí dosahovat finančního objemu min. 50 mil. Kč bez DPH.

l) Specialista na dopravní prostředky

- alespoň 5 let praxe v pozici řízení realizace dopravních zařízení;

- autorizace v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. e) zákona o autorizaci tedy pro obor technologická zařízení staveb;

- zkušenost s řízením v obdobné funkci při provádění alespoň jedné stavby, kde finanční objem prací odpovídajících svým rozsahem části soupisu prací (pohyblivé schody, výtahy) musí dosahovat finančního objemu min. 50 mil. Kč bez DPH.

m) Vedoucí projektové dokumentace (hlavní inženýr projektu)

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace/*;

(...)

n) Hlavní báňský projektant:

(...)

- znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace /*;

(...)

Pozn.: /* ... znalost češtiny na komunikativní úrovni se rozumí znalost češtiny alespoň na úrovni B2 podle společného evropského referenčního rámce pro jazyky. Zadavatel považuje za splnění předmětného požadavku rovněž znalost slovenského jazyka alespoň na úrovni B2.

(...)“.

350. V čl. 18 „Seznam příloh zadávací dokumentace“ zadávací dokumentace zadavatel určil, že přílohu č. 1 zadávací dokumentace tvoří návrh smlouvy a přílohu č. 12 projektová dokumentace.

351. V čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci 22.20, návrhu smlouvy zadavatel stanovil, že „[v]šichni členové personálu Zhotovitele uvedení v příloze č. 3 Smlouvy musí být schopni komunikovat na potřebné úrovni v českém nebo slovenském jazyce. Splnění této povinnosti je

Zhotovitel povinen v případě potřeby zajistit na své náklady trvalou přítomností potřebného počtu tlumočnicků.“

352. *Ve Vysvětlení/změně zadávací dokumentace č. 3 ze dne 6. 2. 2020 (dále jen „vysvětlení zadávací dokumentace č. 3“) zadavatel mj. uvedl, že dle jeho názoru „(...) je požadavek na znalost českého (anebo slovenského) jazyka na úrovni pracovní komunikace u výše uvedených osob přiměřený druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, a to s ohledem na níže uvedené skutečnosti. Předmětem veřejné zakázky je provedení vysoce odborných stavebních prací. S ohledem na to, že řídicí pracovníci na stavbě řeší převážně úkoly výrazně odborného charakteru, je nutné, aby v rámci komunikace těchto osob se zadavatelem, jeho zástupci a dalšími účastníky výstavby (zástupci orgánů dohledu a státní správy, financující instituce, apod.) na jedné straně a zhotovitelským týmem na straně druhé, nedocházelo k průtahům způsobeným případně nutností jazykového překladu (slovem i písmem). Kvalita odborné práce těchto – pro zadavatele zcela stěžejních osob – je podstatná pro bezproblémový průběh realizace předmětu veřejné zakázky.*

Uvedené požadované osoby musí provádět svoji činnost v souladu s českými právními předpisy i normami, které oblast stavebnictví upravují, např. zákon č. 183/2006 Sb., o územním plánování a stavebním řádu (stavební zákon), ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 254/2001 Sb. o vodách (vodní zákon) ve znění pozdějších předpisů, zákon č. 309/2006 Sb. (zákon o zajištění dalších podmínek bezpečnosti a ochrany zdraví při práci), zákon č. 451/2016 Sb. kterým se mění zákon č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, ve znění pozdějších předpisů, a zákon č. 83/2013 Sb., o označování a sledovatelnosti výbušnin pro civilní použití, vyhláška č. 268/2009 Sb., o technických požadavcích na stavby, vyhláška č. 449/2006 Sb., o dokumentaci staveb, vyhláška č. 55/1996 Sb. Českého báňského úřadu o požadavcích k zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu při činnosti prováděné hornickým způsobem v podzemí atd.

Z těchto důvodů je podstatné, aby výše uvedené osoby ovládaly český jazyk (na úrovni pracovní komunikace) a byly tak schopné mj. české právní předpisy a normy číst, plně jim porozumět a aplikovat je ve své činnosti. Tyto závěry ostatně plynou z rozhodovací praxe Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (viz např. rozhodnutí ÚOHS-S339/2012/VZ-21769/2012/523/Krk). Mimo to, dalším velmi důležitým aspektem je skutečnost, že v daném místě a ve shodném čase budou probíhat na stejném díle činnosti několika zhotovitelů, přičemž řádné a včasné dokončení celé stavby bude mimo jiné závislé na koordinaci všech těchto subjektů. Jedná se zejména o skloubení samotných stavebních prací v tomto soutěženém úseku metra I.D a s tím souběžně prováděném geotechnickém monitoringu, který bude zajišťován jiným vybraným subjektem na základě samostatného zadávacího řízení a dále v souběhu s probíhajícím inženýrsko-geologickým průzkumem. Dále v průběhu realizace dojde k navázání na stavební činnosti související s realizací dalšího úseku trasy I.D s dalším zhotovitelem a s tím souvisejícím geotechnickým monitoringem dalšího stavebního úseku. Souběh těchto prací si vyžádá každodenní důkladnou koordinaci prací spočívající zejména ve srozumitelné a jasné komunikaci mezi všemi subjekty. S ohledem na shora uvedené a předestřené důvodnosti potřeb zadavatele považuje zadavatel kvalifikační požadavek za oprávněný a není nutné takovéto oprávněné potřeby vyjádřené v zadávacích podmínkách měnit.

K jednotlivým členům odborného personálu:

a) Hlavní manažer výstavby

Je styčnou kontaktní osobou pro komunikaci s investorem, autorským dozorem, technickým dozorem stavebníka a jeho prostřednictvím na vrcholové úrovni probíhá řízení celé stavby ve vztahu ke splnění předmětu díla. Jeho účast je nezbytná na kontrolních dnech nejvyššího stupně a na vrcholových jednáních např. i za účasti generálních ředitelů všech zainteresovaných stran, a to zpravidla i za účasti zástupců vedení města hl. m. Prahy. Rozhodující závěry a důležitá rozhodnutí plynoucí z těchto jednání musí být uvedená osoba schopna srozumitelně bez případných překladových nejasností předat na nižší úrovně řízení stavby.

b) Stavbyvedoucí

Znalost češtiny v rámci personálu, který bude plnit veřejnou zakázku, je nutná zejména k zajištění okamžité reakce na případnou výtku či pokyn oprávněné osoby zadavatele (zejména stavebního dozoru), koordinátora BOZP či bezpečnostního technika zadavatele, nebo ze strany státního dohledu. Je přitom zřejmé, že k realizaci zakázky je zapotřebí několikanásobně většího počtu pracujících osob, než je počet, který zadavatel uvádí v kvalifikační dokumentaci. Smyslem uvedeného požadavku je zajistit, aby se v každém okamžiku provádění prací vyskytovala na určitém úseku jejich provádění alespoň jedna osoba se znalostí českého jazyka na takové úrovni, aby byla schopna okamžitě zareagovat na pokyny oprávněných osob, a tyto pokyny předat dále tak, aby s nimi byli seznámeni i ostatní pracovníci, a to i v případě, kdy by na místě nebyla přítomna žádná z vedoucích osob. Stavbyvedoucí je styčnou kontaktní osobou pro komunikaci s autorským dozorem, technickým dozorem a koordinátorem BOZP přímo na stavbě, kde jeho přítomnost je nutná i pro účast na kontrolních dnech nižších stupňů, jejichž závěry je nutno předat bez případných překladových nejasností pracujícímu personálu. Dalším důležitým aspektem pro nutnost znalosti českého jazyka je skutečnost, kdy stavbyvedoucí zodpovídá za bezproblémový chod stavební činnosti a musí být okamžitě schopen reagovat na případné kontroly státního dohledu, stavebního dohledu dotčené městské části apod.

c) Zástupce stavbyvedoucího

S ohledem na celkový rozsah zakázky a lhůtu realizace je patrné, že činnost Stavbyvedoucího nelze vykonávat prostřednictvím jedné osoby a musí být zajištěna jeho plná zastupitelnost. Požadavky na Stavbyvedoucího ve vztahu ke znalosti českého jazyka je tedy nutné aplikovat i na osobu jeho Zástupce, který bude po dobu jeho nepřítomnosti na stavbě všechny jeho činnosti zajišťovat. Dalšími aspekty jsou např. povinnosti vyplývající se zákona 183/2006 Sb. o vedení stavebního deníku zhotovitelem v českém jazyce, nebo předkládání dokladů, revizních zkušek, podkladů k převjímacím řízením v úředním jazyce apod.

e) Hlavní důlní měřič

Zhotovitel je při hornické činnosti, nebo činnosti prováděné hornickým způsobem povinen zabezpečit odborný výkon důlně měřických prací. Za správnost a úplnost vyhotovení dokumentace a její odborné vedení odpovídá hlavní důlní měřič. Jeho povinností je znalost zákona č. 61/1988 České národní rady o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, vyhlášky ČBÚ 382/2012 o důlní měřické dokumentaci při hornické činnosti, Vyhlášky

ČBÚ 378/2012 o požadavcích na odbornou kvalifikaci a odbornou způsobilost při hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem, vyhlášky ČBÚ 158/1997 o důlně měřické dokumentaci při hornické činnosti a souvisejících předpisů.

Zpracování dokumentace a měření musí být prováděno v českém jazyce pro kontrolní a koordinační činnost. Je nutná koordinační spolupráce s odpovědným geodetem zadavatele, projektantem i zhotovitelem geotechnického monitoringu.

Hlavní důlní měřič řídí a provádí měřické práce, zajišťuje vedení důlně měřické dokumentace při hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem a kontroluje správnosti a úplnost této dokumentace. Dále vede a koordinuje veškeré zeměměřické práce a v rámci toho musí rychle, jasně a zřetelně komunikovat s ostatními pracovníky své profese. Na stavbě takového rozsahu se jedná o vysoce odbornou práci vyžadující výše zmíněnou odbornou komunikaci. Domníváme se, že tato komunikace přes případného tlumočnicka by byla velmi pomalá, těžkopádná a ovlivňovala by kvalitu výkonu funkce. Navíc by tlumočnick musel mít velmi dobré znalosti odborné terminologie a povšechnou znalost zeměměřické problematiky.

f) Bezpečnostní technik

Bezpečnostní technik v podzemí zajišťuje a kontroluje plnění úkolů na úseku bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu při hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem. Musí být schopen vysvětlit a odůvodnit vedení týmu zhotovitele, ale i objednateli a jeho zástupcům smysluplnost všech navržených opatření BOZP. Do činností BOZP je nutno zahrnout zejména oblasti jako je bezpečný stav pracovišť a technických zařízení, pracovní postupy, pracovní tempo, ergonomii práce, počty zaměstnanců stanovené na jednotlivé pracovní úkoly, pracovní podmínky a pracovní dobu, přestávky v práci, práci přesčas, zásady komunikace, atd. Jakékoliv požadavky objednatele, jeho zástupce a orgánů dohledu musí tento pracovník neprodleně přenést na pověřené pracovníky zhotovitele a zajistit tak, aby byla sjednána okamžitá náprava případně nevyhovujícího stavu. Vzhledem k podstatě této činnosti zde není v krizových situacích prostor na nepřímou komunikaci prostřednictvím tlumočnicka, která je časově náročnější a někdy nemusí přesně vystihnout všechny podstatné okolnosti vzniklé situace.

g) Technický vedoucí odstřelů

Povinností technického vedoucího odstřelu je řízení provádění trhacích prací při realizaci stavby nebo geofyzikálních pracích. V rámci své pracovní náplně mj. koordinuje provádění odstřelů s pověřenými zástupci objednatele a orgány dohledu, organizuje a kontroluje činnost střelmistrů a skladníků výbušnin, zajišťuje provozní styk s výrobcí výbušnin, provádí periodická školení a přezkušování střelmistrů a technických vedoucích odstřelů. Dále zpracovává technologický postup trhacích prací a při jeho zpracování a všech dalších činnostech, které jsou v jeho kompetenci, musí vycházet ze znalosti Zákona č.61/1988Sb. v platném znění o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, Vyhlášky Českého báňského úřadu č.72/1988 Sb. O používání výbušnin a souvisejících zákonů a vyhláškách. Tyto zákony a vyhlášky jsou vysoce odborné a nelze překladem docílit úplného porozumění. Při konkrétní činnosti ČBÚ by měl svoje postupy komunikovat v českém jazyce. Samotný rizikový charakter těchto prací a nutnost zaručit bezchybnost, jednoznačnost a včasnost předávaných informací dle názoru zadavatele jednoznačně vede k potřebě přímé komunikace mezi všemi zúčastněnými, tedy bez využití tlumočnicka.

m) Vedoucí projektové dokumentace

Součástí činnosti vedoucího projektové dokumentace bude zejména konzultace s autorským dozorem stavby a s tvůrcem požadovaného doplnění realizační dokumentace. Realizační dokumentaci, či částečnou dílenskou dokumentaci stavby bude třeba konzultovat s autorem projektové dokumentace provádění stavby a části týkající se ražeb je třeba zkonzultovat a odsouhlasit s báňským úřadem. V této pozici je zcela nutná znalost souvisejících zákonů, předpisů, vyhlášek a norem. Nejedná se pouze o ražby, ale o celé dílo. Konzultace s projektantem, zadavatelem, technickým dozorem, ale i pracovníky budoucího provozovatele, městskými částmi, dotčenými orgány a organizacemi, architekty, majiteli dotčených budov atd. bude nutno provádět v českém jazyce.

n) Osoba zajišťující odb. způsobilost v oboru Hlavní báňský projektant

Hlavní báňský projektant projektuje a navrhuje objekty a zařízení, které jsou součástí hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem, zpracovává plány a dokumentace týkající se hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem. Zadávací dokumentace je zpracována v českém jazyce a zhotoviteli budou dodávány výsledky podrobného inženýrského geologického průzkumu taktéž v českém jazyce. Tyto podklady jsou vysoce odborné, a tedy náročné pro případný překlad. Především zpracování projektu vyžaduje konzultace s projektantem zadavatele, zadavatelem, zhotovitelem geotechnického monitoringu. Podstatná je rovněž znalost českých souvisejících zákonů, předpisů, vyhlášek a norem a jejich správný výklad. Tato osoba bude mimo jiné v přímém kontaktu se zástupci Obvodního báňského úřadu pro území Hlavního města Prahy a kraje Středočeského. Prováděné konzultace budou vyžadovat přímou komunikaci mezi osobami ve velmi specifickém oboru se zavedenou terminologií, kdy zapojení osoby tlumočnicka může vést k nepřesnostem a nepochopení odborné stránky věci.“.

Právní posouzení

353. Navrhovatel namítá nejasnost zadávací dokumentace, porušení zásady transparentnosti a zásady zákazu diskriminace ve vztahu k požadavku zadavatele na znalost českého, resp. slovenského jazyka u převážné většiny členů realizačního týmu dodavatele bez možnosti nahrazení této znalosti přítomností tlumočnicka. Navrhovatel má za to, že zadavatel v zadávací dokumentaci a v návrhu smlouvy stanovil vzájemně kontradiktorní a vnitřně rozporné zadávací podmínky, když podle zadávací dokumentace musí 8 ze 14 členů realizačního týmu dodavatele splňovat požadavek na znalost českého jazyka, zatímco podle návrhu smlouvy může zhotovitel (dodavatel) požadavek na znalost českého jazyka u všech členů realizačního týmu dodavatele splnit rovněž zajištěním tlumočnicka, resp. jejich potřebného počtu. Takové zadávací podmínky navrhovatel považuje za netransparentní, přičemž samotný požadavek zadavatele na znalost českého jazyka považuje za nedůvodný, diskriminační a omezující okruh potenciálních dodavatelů.
354. Úřad považuje za vhodné nejprve obecně uvést, co se rozumí zadávacími podmínkami, kdy podle § 28 odst. 1 zákona se zadávacími podmínkami rozumí veškeré zadavatelem stanovené podmínky průběhu zadávacího řízení, podmínky účasti v zadávacím řízení, pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení, pravidla pro hodnocení nabídek a v neposlední řadě další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.

355. Mezi zadávací podmínky, jak jsou vymezeny v § 28 odst. 1 písm. a) zákona, patří, mimo jiného, jak bylo uvedeno v předchozím odstavci odůvodnění tohoto rozhodnutí, podmínky účasti v zadávacím řízení. Podmínky účasti v zadávacím řízení jsou pak vymezeny ustanovením § 37 zákona. Dle § 37 odst. 1 zákona, jsou podmínky účasti v zadávacím řízení vymezeny do čtyř okruhů. Jedná se o podmínky kvalifikace, technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku, obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky a zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.
356. Řádné stanovení zadávacích podmínek je jednou ze základních povinností zadavatele v rámci zadávacího řízení a má výrazný dopad na další průběh zadávacího řízení. Odpovědnost za nastavení zadávacích podmínek leží plně na zadavateli, přičemž tento nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele, jak ostatně explicitně plyne z ustanovení § 36 odst. 3 zákona. Zadávací dokumentaci, jež v sobě obsahuje zadávací podmínky, je nutno považovat za soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek, které tvoří nejvýznamnější dokument, na jehož základě dodavatelé zpracovávají své nabídky, a proto musí být zpracována dostatečně konkrétně a podrobně tak, aby dodavatelé mohli podat vzájemně porovnatelné nabídky (srov. např. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 9 Afs 30/2010-182 ze dne 16. 11. 2010). Jak již Úřad uvedl výše, zadávací dokumentace je soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek. Jednotlivé části zadávací dokumentace tak nelze vykládat izolovaně, nýbrž ve vzájemné souvislosti, neboť se vzájemně doplňují.
357. V šetřeném případě zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace stanovil dle § 79 odst. 2 písm. c) zákona požadavek na předložení seznamu osob, a to 14 členů odborného týmu, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky. Současně zadavatel tamtéž vymezil minimální požadavky na tyto osoby, které se budou podílet na plnění předmětu veřejné zakázky na pozicích hlavní manažer výstavby, stavbyvedoucí, zástupce stavbyvedoucího, výrobní přípravař, hlavní důlní měřič, bezpečností technik, technický vedoucí odstřelů, specialista na pozemní objekty, specialista na inženýrské sítě, specialista na kolejový svršek, specialista na pozemní komunikace, specialista na dopravní prostředky, vedoucí projektové dokumentace (hlavní inženýr projektu) a hlavní báňský projektant. U osob hlavní manažer výstavby, stavbyvedoucí, zástupce stavbyvedoucího, hlavní důlní měřič, bezpečností technik, technický vedoucí odstřelů, vedoucí projektové dokumentace (hlavní inženýr projektu) a hlavní báňský projektant pak zadavatel stanovil mj. požadavek na znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace. Tím se podle zadavatele rozumí znalost českého jazyka alespoň na úrovni B2 podle společného evropského referenčního rámce pro jazyky, přičemž za splnění předmětného požadavku zadavatel považuje rovněž znalost slovenského jazyka na stejné úrovni. U osob výrobní přípravař, specialista na pozemní objekty, specialista na inženýrské sítě, specialista na kolejový svršek, specialista na pozemní komunikace a specialista na dopravní prostředky zadavatel požadavek na znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace v zadávací dokumentaci nestanovil. Současně zadavatel v čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci

22.20, návrhu smlouvy stanovil, že všichni členové personálu zhotovitele uvedení v příloze č. 3 „Seznam personálu Zhotovitele“ návrhu smlouvy⁹ musí být schopni komunikovat na potřebné úrovni v českém nebo slovenském jazyce, přičemž splnění této povinnosti je zhotovitel povinen v případě potřeby zajistit na své náklady trvalou přítomností potřebného počtu tlumočnicků. K předmětným zadávacím podmínkám Úřad uvádí následující.

358. Z čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace je zřejmé, že zadavatel u 8 konkrétních osob výslovně požaduje vlastní znalost českého jazyka na potřebné úrovni. Zadávací podmínka stanovená v čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci 22.20, návrhu smlouvy, pracuje s tím, že požadavek znalosti českého jazyka může být u osob uvedených v příloze č. 3 „Seznam personálu Zhotovitele“ návrhu smlouvy splněn rovněž přítomností tlumočnicka, resp. tlumočnicků. V příloze č. 3 „Seznam personálu Zhotovitele“ návrhu smlouvy je uvedeno 14 totožných osob jako v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace. Dle přesvědčení Úřadu nelze přisvědčit navrhovateli v tom smyslu, že by zadávací dokumentace byla v tomto ohledu nejasná, a že jednotlivé části zadávací dokumentace jsou v rozporu nebo by tyto informace mohly mít reálný dopad na okruh účastníků zadávacího řízení, event. jimi stanovenou nabídkovou cenu. Úřad na tomto místě opakuje, že jednotlivé části zadávací dokumentace, tedy i v nich obsažené zadávací podmínky, je nutno vykládat v jejich vzájemné souvislosti. Ve světle právě uvedeného je třeba vnímat i výše vyložené informace ve vztahu k jazykové vybavenosti výše uvedených osob, přičemž současně je třeba sledovat zájem, který zadavatel souhrnem takto vymezených podmínek sleduje. S ohledem na shora uvedené nelze než konstatovat, že zadávací podmínka stanovená v čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci 22.20, návrhu smlouvy, podle které všichni členové personálu zhotovitele uvedení v příloze č. 3 „Seznam personálu Zhotovitele“ návrhu smlouvy musí být schopni komunikovat na potřebné úrovni v českém nebo slovenském jazyce, přičemž splnění této povinnosti je zhotovitel povinen v případě potřeby zajistit na své náklady trvalou přítomností potřebného počtu tlumočnicků, je zpřísněna zadávací podmínkou stanovenou v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace, podle které osoby hlavní manažer výstavby, stavbyvedoucí, zástupce stavbyvedoucího, hlavní důlní měřič, bezpečnostní technik, technický vedoucí odstřelů, vedoucí projektové dokumentace (hlavní inženýr projektu) a hlavní báňský projektant musí samostatně disponovat dostatečnou znalostí českého jazyka, kterou přítomností tlumočnicka nahradit nelze (tzn. i sama tato osoba, viz přehled výše uvedených osob, musí být schopna samostatně komunikovat v českém jazyce na požadované úrovni, kterou lze požadovat za zcela běžný standard; nelze tak u těchto osob pouze spoléhat na osobu tlumočnicka). Ve výsledku tedy platí, že z celkových 14 osob uvedených v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace musí 8 osob, u kterých zadavatel stanovil požadavek na znalost českého jazyka, touto znalostí skutečně disponovat. Mírnější požadavek stanovený v čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci 22.20, návrhu smlouvy,

⁹ Příloha č. 3 „Seznam personálu Zhotovitele“ návrhu smlouvy má být zpracována podle vzoru, který je obsažen v příloze č. 8 „Seznam odborného personálu dodavatele“ zadávací dokumentace.

tj. možnost nahrazení znalosti českého jazyka přítomností tlumočnicka, se pak uplatní pouze ve vztahu ke zbývajícím 6 osobám, u kterých požadavek na znalost českého jazyka není v zadávací dokumentaci výslovně zmíněn. Obecně je tak nutno vycházet z toho, že zadavatel hodlá uzavřít smlouvu s dodavatelem, který se zavazuje, že u předmětných 14 osob bude zajištěna znalost českého jazyka (tu je v obecné rovině možno nahradit přítomností tlumočnicka), nicméně současně je tahle podmínka zpřísněna, a to informací v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, kde je ve vztahu k 8 osobám uveden výslovný požadavek na jejich minimální vlastní jazykovou vybavenost, co se znalosti českého jazyka týče. Logicky pak dodavatel ani nemusí upotřebit tlumočnicka ve vztahu k těmto 8 osobám, na něž je výslovně kladen požadavek jazykové vybavenosti. Lze totiž usuzovat, že osoba, která disponuje znalostí českého jazyka v úrovni minimálně B2 bude schopna řádně v českém jazyce samostatně komunikovat. Nelze se tak ztotožnit s názorem navrhovatele, že zadávací podmínky stanovené v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, odstavci 5.6 „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace a v čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci 22.20, návrhu smlouvy jsou rozporné, ale je nutné na oba tyto dokumenty hledět jako na komplex zadávacích podmínek, které se vzájemně doplňují a takto je také vykládat. Souhrnem těchto zadávacích podmínek je zjevná snaha zadavatele o to, aby klíčové osoby (což vyplývá i z toho, že jsou požadovány k prokazování kvalifikace) byly schopny v rámci plnění veřejné zakázky komunikovat česky, přičemž ty nejdůležitější osoby pak musí být samostatně dostatečně jazykově vybaveny, neboť z povahy věci je snadnější a flexibilnější komunikace přímo s danou osobou. Nadto lze podotknout, že pokud dodavateli vznikaly jakékoliv pochybnosti o možném výkladu předmětných zadávacích podmínek a o jejich možné kontradiktornosti, došlo z pohledu Úřadu k vyjasnění jejich tvrzeného rozporu nejpozději uveřejněním vysvětlení zadávací dokumentace č. 3, kde zadavatel objasnil a zdůvodnil své požadavky na znalost českého jazyka ve vztahu k jednotlivým pozicím členů týmu a jejich pracovní náplni. Současně bylo možné k témuž dospět na základě čl. 3 „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Informace o předběžné tržní konzultaci:“, z výčtu upravených zadávacích podmínek pod odrážkou č. 9 (viz bod 348. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

359. V návaznosti na shora uvedené Úřad dodává, že v situaci, kdy se konkrétní zadávací podmínky mohou jevit jako vzájemně rozporné, je žádoucí zjistit jejich smysl a účel. Z dokumentace o zadávacím řízení je zřejmé, že zadavatel předmětné zadávací podmínky, které navrhovatel označil za vzájemně rozporné, stanovil za účelem domluvy s personálem dodavatele v českém jazyce, čehož s přihlédnutím k zastávané pozici má být dosaženo buď vlastní znalostí českého jazyka, nebo možnou přítomností tlumočnicka, resp. tlumočnicků, s čímž se však pojí zvýšené náklady na překladatelské služby, které je dodavatel povinen zohlednit ve své nabídce, resp. v nabídkové ceně.
360. V souvislosti s tvrzením navrhovatele týkajícím se diskriminačního charakteru požadavku zadavatele na znalost českého jazyka u konkrétních členů realizačního týmu dodavatele Úřad uvádí, že diskriminací se rozumí rozdílný přístup k jedné skupině, než k jiné skupině či celku. V oblasti veřejných zakázek se diskriminací míní ztížená možnost či přímo nemožnost účasti v zadávacím řízení pro jednoho nebo více dodavatelů. Podstatou této zásady je, aby žádný z dodavatelů nebyl postupem zadavatele zvýhodněn nebo znevýhodněn oproti jiným subjektům. Zásadu zákazu diskriminace je zadavatel povinen dodržovat v průběhu celého

zadávacího řízení, a to už i v době příprav zadávacích podmínek. Diskriminace se zadavatel dopustí tehdy, pokud vymezí zadávací podmínky způsobem, který v zásadě bezdůvodně znemožní či ztíží určitému okruhu dodavatelů ucházet se o veřejnou zakázku. Konkrétním projevem porušení této zásady je nemožnost určitého dodavatele se zadávacího řízení se svou nabídkou účastnit. K výkladu pojmu „zákaz diskriminace“, lze připomenout rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Ca 166/2005-125 ze dne 14. 5. 2007 či rozsudek Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008- 152 ze dne 5. 6. 2008. Úřad v dalším podotýká, že stanovení zadávacích podmínek, zejména kritérií technické kvalifikace, musí být ze strany zadavatele zdůvodnitelné, přičemž na příliš přísně stanovené požadavky na kvalifikaci by mohlo být nahlíženo jako na diskriminující, tzn. zadavatel nesmí své požadavky vymezit způsobem, který by vedl k bezdůvodnému vyloučení dodavatelů, kteří by jinak byli schopni předmět veřejné zakázky splnit. Současně pak stanovení podmínek technické kvalifikace musí být vymezeno přiměřeně předmětu veřejné zakázky, což jde „ruku v ruce“ i s výše zmíněnou zásadou zákazu diskriminace. V kontextu právě řečeného Úřad ověřil, zda zadavatel nestanovil rozporovanou zadávací podmínku jako diskriminační a bez řádného zdůvodnění.

361. Jak již Úřad uvedl výše, zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace vymezil minimální požadavky na osoby, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, v rámci kterých stanovil mj. požadavek na znalost českého jazyka (bez možnosti zajištění této znalosti tlumočnickem) u osob hlavní manažer výstavby, stavbyvedoucí, zástupce stavbyvedoucího, hlavní důlní měřič, bezpečnostní technik, technický vedoucí odstřelů, vedoucí projektové dokumentace (hlavní inženýr projektu) a hlavní báňský projektant. Předmětný požadavek zadavatel zdůvodnil ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3, když uvedl, že požadavek na znalost českého jazyka pro potřeby odborné komunikace je u výše uvedených osob přiměřený druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, kdy předmětem veřejné zakázky je provedení vysoce odborných stavebních prací. Současně zadavatel uvedl, že řídicí pracovníci, tj. výše uvedené osoby, na stavbě řeší převážně úkoly výrazně odborného charakteru, kdy je nutné, aby komunikace mezi těmito osobami a zadavatelem, příp. jeho zástupci a dalším účastníky výstavby, probíhala bez průtahů způsobených případnou nutností jazykového překladu, ať už slovem či písmem. Důležitost předmětného požadavku zadavatel spatřuje rovněž v tom, že členové realizačního týmu dodavatele musí provádět svoji činnost v souladu s českými právními předpisy a normami, přičemž považuje za podstatné, aby tyto osoby byly schopné předmětné právní předpisy a normy číst, plně jim porozumět a aplikovat je ve své činnosti. V dalším se zadavatel v rámci vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 vyjádřil k pracovní náplni výše uvedených osob, když ve vztahu ke každé z nich vyzdvihl stěžejní pracovní úkoly (blíže viz bod 352. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Na obsah vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 pak zadavatel odkazuje i v rozhodnutí o námitkách, přičemž obdobným způsobem se vyjadřuje i ve svém vyjádření k návrhu.
362. Ze shora uvedeného jednoznačně vyplývá, že zadavatel osoby, u nichž požaduje znalost českého jazyka, považuje za osoby klíčové pro plnění veřejné zakázky, neboť každá z nich zajišťuje určitý specifický celek plnění a vykonává stěžejní pracovní úkoly, přičemž rychlá a bezproblémová komunikace s těmito osobami je pro zadavatele prioritní. Požadavek na znalost českého jazyka tak nelze považovat za diskriminační či nepřiměřenou ve vztahu

k předmětu veřejné zakázky. Současně Úřad zdůrazňuje, že již ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 zadavatel zcela srozumitelně popsal důvody, které jej vedly k určení těchto 8 klíčových osob, u nichž vyžaduje znalost českého jazyka. V kontextu poskytnutého zdůvodnění zadavatelem s přihlédnutím k tomu, o jaké osoby pracovního týmu se jedná, shledává Úřad danou podmínku za odůvodněnou ve vztahu k jednotlivým osobám, a tedy ji nepovažuje za nezákonnou. Je totiž třeba přisvědčit argumentaci zadavatele, že je praktičtější disponovat osobou, která má znalosti českého jazyka sama o sobě.

363. Nad rámec shora uvedeného Úřad stručně dodává, že námitka navrhovatele, že jelikož pro výkon konkrétních činností je dostačující znalost českého jazyka na úrovni pro vykonání zkoušky podle ČKAIT a u některých profesí postačuje u rozdílové zkoušky složení zkoušky pomocí tlumočnicka, tzn. požadavek zadavatele jde nad rámec požadavku ČKAIT, kterou navrhovatel uvedl v reakci na zadavatelem předložené zdůvodnění požadavků v rozhodnutí o námitkách, které zadavatel mj. opřel o stanovisko ČKAIT „Odůvodnění požadavku ČKAIT na znalost českého nebo slovenského jazyka“¹⁰, tzn. navrhovatel by považoval za přiměřené zadávací podmínky takové, které by byly mírnější, než jak jsou stanoveny zadavatelem, je dostatečným způsobem vypořádána již závěry Úřadu výše, kde bylo vyloženo, že zadavatel dostatečným způsobem předestřel zdůvodnění svých požadavků, které vychází z potřeby rychlé reakce vyjmenovaných osob v rámci plnění odborných úkolů, a to často velmi důležitého charakteru, a kdy současně u těchto osob dochází k velmi těsné spolupráci se zadavatelem, tzn. komunikace v českém jazyce na potřebné úrovni je pro splnění předmětu veřejné zakázky nezbytná. Úřad dodává, že požadavek na komunikaci vyjmenovaných odborných pracovníků není neobvyklou zadávací podmínkou a v rozhodovací praxi Úřadu již byl tento postup opakovaně aprobován.

364. S ohledem na vše shora uvedené Úřad konstatuje, že zadávací podmínky stanovené v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.3 „Seznam odborného personálu“, zadávací dokumentace a v čl. 22 „Další povinnosti Zhotovitele“, odstavci 22.20, návrhu smlouvy jsou jednoznačné, a tedy i transparentní, přičemž samotný požadavek zadavatele na jazykovou vybavenost členů realizačního týmu dodavatele není možné s ohledem na jeho zdůvodnění uvedené zejména ve vysvětlení zadávací dokumentace č. 3 považovat za diskriminační či neodůvodněný.

365. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 8. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává zadávací podmínky v této části zákonnými.

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“

366. V těchto částech návrhu navrhovatel brojí proti střetu zájmů a zvýhodnění některých dodavatelů, a proti netransparentnímu průběhu předběžných tržních konzultací, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

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

¹⁰ Dostupné na <https://www.ckait.cz/oduvodneni-pozadavku-ckait-na-znalost-ceskeho-nebo-slovenskeho-jazyka>.

368. Podle § 6 odst. 2 zákona musí zadavatel ve vztahu k dodavatelům dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
369. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se zadávacími podmínkami pro účely tohoto zákona rozumí veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
370. Podle § 33 zákona je zadavatel oprávněn vést tržní konzultace s odborníky či dodavateli s cílem připravit zadávací podmínky a informovat dodavatele o svých záměrech a požadavcích, pokud to nenarušuje hospodářskou soutěž; ustanovení § 211 odst. 1 zákona se použije obdobně.
371. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
372. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
373. Podle § 36 odst. 4 zákona pokud některou část zadávací dokumentace vypracovala osoba odlišná od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, označí zadavatel tuto část spolu s identifikací osoby, která ji vypracovala. Pokud zadávací dokumentace obsahuje informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, zadavatel označí v zadávací dokumentaci tyto informace, identifikuje osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvede všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace.
374. Podle § 44 odst. 1 zákona zadavatel postupuje tak, aby nedocházelo ke střetu zájmů. V případě postupu podle § 42 nebo 43 zákona si zadavatel vyžádá písemné čestné prohlášení všech členů komise, přizvaných odborníků nebo osob zastupujících zadavatele o tom, že nejsou ve střetu zájmů. Pokud zjistí, že ke střetu zájmů došlo, přijme k jeho odstranění opatření k nápravě.
375. Podle § 44 odst. 2 zákona se za střet zájmů považuje situace, kdy zájmy osob, které
- a) se podílejí na průběhu zadávacího řízení, nebo
 - b) mají nebo by mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení,
- ohrožují jejich nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením.
376. Podle § 44 odst. 3 zákona se zájmem osob uvedených v odstavci 2 pro účely tohoto zákona rozumí zájem získat osobní výhodu nebo snížit majetkový nebo jiný prospěch zadavatele.

377. Podle § 92 odst. 1 zákona se má za to, že technické podmínky jsou stanoveny v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení, pokud zadávací dokumentace veřejných zakázek na stavební práce obsahuje

- a) dokumentaci v rozsahu stanoveném vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj a
- b) soupis stavebních prací, dodávek a služeb s výkazem výměr v rozsahu stanoveném vyhláškou Ministerstva pro místní rozvoj.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení a skutečnosti zjištěné z vlastní činnosti Úřadu

378. V čl. 3. „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Vyhrazené změny závazku dle § 100 odst. 1 ZZVZ“, bodu 3.3.1. „Vyhrazená změna spočívající v měřené zakázce“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že *„zadává tuto veřejnou zakázku jako zakázku měřenou – skutečná cena díla (Stavby) bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Tento způsob určení skutečné ceny plnění veřejné zakázky je vyhrazenou změnou závazku ve smyslu § 100 odst. 1 ZZVZ. Které části veřejné zakázky jsou tzv. měřené a u kterých se naopak předpokládá paušální stanovení ceny, je patrné ze Soupisu prací. K tomuto způsobu určení ceny zadavatel již přihlédl při stanovení předpokládané hodnoty veřejné zakázky.“*

379. V čl. 3 „Předmět veřejné zakázky a další informace“, části „Označení částí zadávací dokumentace, které vypracovala osoba odlišná od zadavatele:“, zadávací dokumentace, zadavatel mj. uvedl, že projektovou dokumentaci zpracovala osoba odlišná od zadavatele, a to společnost METROPROJEKT Praha a.s., IČO 45271895, se sídlem Argentinská 1621/36, 170 00 Praha 7 (v době zpracování zadávací dokumentace se sídlem náměstí I. P. Pavlova 1786/2, Nové Město, 120 00 Praha 2).

380. Ve shora jmenovaném článku, konkrétně v části „Informace o předběžné tržní konzultaci:“, zadávací dokumentace, je uvedeno následující:

„Zadavatel v souladu s § 36 odst. 4 ZZVZ uvádí, že před zahájením zadávacího řízení provedl předběžnou tržní konzultaci, jejímž předmětem bylo ověření nastavení zadávacích podmínek veřejné zakázky tak, aby byla zejména umožněna participace na zadávacím řízení co nejširšímu okruhu dodavatelů, kteří by byli objektivně schopni předmět veřejné zakázky realizovat, a zároveň aby byla vyloučena jiná rizika způsobující možný nesoulad se zásadami přiměřenosti, transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace ze strany zadavatele. V rámci předběžné tržní konzultace zadavatel ověřoval především optimální nastavení požadavků na profesní způsobilost, ekonomickou a technickou kvalifikaci a rovněž požadavku zadavatele na pojištění vybraného dodavatele, se kterým bude uzavřena smlouva na plnění veřejné zakázky.

Výsledkem předběžné tržní konzultace je nastavení požadavků na profesní způsobilost, ekonomickou a technickou kvalifikaci tak, jak jsou tyto požadavky vymezeny v článku 5 této zadávací dokumentace. Výsledkem předběžné tržní konzultace je dále nastavení požadavku na pojištění vybraného dodavatele tak, jak je vymezen v odst. 16.3 Závazného vzoru smlouvy.

Výzva k účasti na předběžné tržní konzultaci byla uveřejněna na profilu zadavatele a zároveň rozeslána subjektům, o nichž je zadavateli známo, že poskytují stavební práce obdobné těm,

kteřé jsou předmětem této veřejné zakázky a zúčastňující se pravidelně obdobných zadávacích řízení.“

Následně zadavatel uvedl seznam subjektů, které byly v rámci předběžné tržní konzultace přímo osloveny, dále seznam subjektů, které se zúčastnily předběžné tržní konzultace, a konečně uvedl výčet zadávacích podmínek, které byly na základě výsledků předběžných tržních konzultací v rámci zadávací dokumentace doplněny, resp. upraveny, s uvedením informace, na základě odpovědi kterého subjektu tak bylo učiněno.

381. V čl. 6. „Způsob zpracování nabídkové ceny“ zadávací dokumentace zadavatel mj. určil, že *„[d]odavatelé ocení všechny položky Soupisu prací poskytnutého s přihlédnutím k technickým specifikacím jednotlivých položek. Dodavatelé v rámci nabídky předloží oceněné dílčí soupisy prací v XLSX, rekapitulaci podrobnou a rekapitulaci souhrnnou.“*
382. V čl. 10. „Způsob hodnocení nabídek“ zadávací dokumentace zadavatel určil, že *„[n]abídky budou hodnoceny podle jejich ekonomické výhodnosti na základě nejvýhodnějšího poměru nabídkové ceny a kvality. Kritérium hodnocení se bude hodnotit ve vztahu k následujícím kritériím hodnocení a váhám, které představují podíl jednotlivých kritérií hodnocení na celkovém hodnocení:“,* přičemž z téhož článku je zřejmé, že dílčími kritérii hodnocení jsou „Nabídková cena“ s váhou 80 % a „Zkušenosti vybraných členů odborného personálu dodavatele“ s váhou 20 %.
383. Ve shora jmenovaném článku, konkrétně v bodu 10.3.1., zadávací dokumentace je uvedeno následující: *„Nejprve bude hodnoceno kritérium hodnocení Nabídková cena. Hodnocena bude celková nabídková cena v číselné hodnotě bez DPH uvedená dodavatelem zadávacího řízení na krycím listu. Tato cena musí odpovídat výslednému součtu dle Soupisu prací.“*
384. Z čl. 18. „Seznam příloh zadávací dokumentace“ zadávací dokumentace je zřejmé, že mezi přílohy zadávací dokumentace náleží mj. návrh smlouvy a projektová dokumentace.
385. V čl. 2. „DÍLČÍ SOUPISY PRACÍ V ČÁSTI 5“, bodu 2.3. „Oceňování položek“ dokumentu „SOUPIS PRACÍ, část 1: Komentář k soupisu prací“, který tvoří součást projektové dokumentace, zadavatel mj. stanovil, že *„v nabídce zájemce o zakázku doplní položky soupisu prací o jednotkové ceny příslušné položky.“*
386. V čl. 2 „Úvodní ustanovení“, odstavci 2.3, návrhu smlouvy zadavatel stanovil, že *„(...) veškeré změny Smlouvy a závazku jí založeného lze provádět pouze za splnění podmínek stanovených ZZVZ.“*
387. Z čl. 27. „Závěrečná ujednání“, odst. 27.18, návrhu smlouvy vyplývá, že mezi přílohy návrhu smlouvy náleží příloha č. 7 „Statut RAMO Výstavba trasy I.D metra v Praze“ (dále jen „Statut RAMO“).
388. Z čl. 4. „Cíl činnosti RAMO:“ Statutu RAMO je zřejmé, že *„RAMO je standardem při provádění tunelových staveb v ČR a je zřízena v souladu s § 16a, čl. 6 vyhlášky ČBÚ č.55/1996 Sb, v platném znění.*

Cílem činnosti RAMO je bezprostřední uplatňování výsledků geotechnického monitoringu při realizaci Doplnkového geologického průzkumu stavby: Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, její investorské a projektové přípravě a kontrole“.

389. Z dokumentu „Protokol z prvního jednání komise ze dne 11. 5. 2020“ vyplývá, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel 3 nabídky, mezi nimi mj. nabídku účastníka „Sdružení Metro I.D“, které tvoří subjekty Subterra, a.s., coby vedoucí společník, a HOCHTIEF CZ a.s., STRABAG a.s., HOCHTIEF Infrastructure GmbH, IČO: HRB 25021, se sídlem Alfredstrasse 236, 45133 Essen, Spolková republika Německo a Ed. Züblin Aktiengesellschaft, IČO: HRB110, se sídlem Albstadtweg 3, 70567 Stuttgart, Spolková republika Německo.
390. Zadavatel uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dne 28. 5. 2018 pod ev. č. Z2018-017242 oznámení o zahájení otevřeného řízení veřejné zakázky „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a Úsek PAD1b“¹¹ (dále jen „veřejná zakázka ev. č. Z2018-017242“).
391. V čl. 2. „PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ písemné zprávy zadavatele ze dne 29. 5. 2019 k veřejné zakázce ev. č. Z2018-017242 zadavatel mj. uvedl, že *»[p]ředmětem této veřejné zakázky je provedení stavebního díla „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a“ v úseku „PAD1b“. Toto dílo je průzkumných geotechnickým dílem. Účelem díla je zejména získání potřebných informací o geologické stavbě a geotechnických vlastnostech horninového prostředí v místech budoucí stavby trasy I.D metra za účelem získání co možná nejpřesnějších podkladů pro účely zpracování dalších stupňů projektové dokumentace.«.*
392. Z čl. 7. „OZNAČENÍ DODAVATELŮ, S NIMIŽ BYLA UZAVŘENA SMLOUVA VČETNĚ ODŮVODNĚNÍ JEJICH VÝBĚRU“ citované zprávy vyplývá, že v rámci zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo rozhodnuto o uzavření smlouvy s dodavatelem Metrostav a.s.
393. Dne 28. 5. 2018 dále zadavatel uveřejnil pod ev. č. Z2018-017243 oznámení o zahájení otevřeného řízení veřejné zakázky „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a Úsek OL1“ (dále jen „veřejná zakázka ev. č. Z2018-017243“).
394. V čl. 2. „PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ písemné zprávy zadavatele ze dne 29. 5. 2019 k veřejné zakázce ev. č. Z2018-017243 zadavatel mj. uvedl, že *»[p]ředmětem veřejné zakázky je provedení stavebního díla „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a“ v úseku „OL1“. Toto dílo je průzkumným geotechnickým dílem. Účelem díla je zejména získání potřebných informací o geologické stavbě a geotechnických vlastnostech horninového prostředí v místech budoucí stavby trasy I.D metra za účelem získání co možná nejpřesnějších podkladů pro účely zpracování dalších stupňů projektové dokumentace. Kromě samotného geologického průzkumu je také velmi významným úkolem tohoto díla ověření napěťo-deformačního stavu horniny přímo pod pilotami budovy Rezidence Rozhledna a pod základy dalších objektů. Současně se počítá se zahrnutím některých částí průzkumného díla do budoucí stavby trasy I.D. metra.«.*
395. Z čl. 7. „OZNAČENÍ DODAVATELŮ, S NIMIŽ BYLA UZAVŘENA SMLOUVA VČETNĚ ODŮVODNĚNÍ JEJICH VÝBĚRU“ citované zprávy vyplývá, že v rámci zadávacího řízení

¹¹ Z formuláře „F02 – Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ a „F014 – Oprava – Oznámení změn nebo dodatečných informací Úřad zjistil, že správný název veřejné zakázky uveřejněné pod ev. č. Z2018-017242 je „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a“ v úseku „PAD1b“.

na předmětnou veřejnou zakázku bylo rozhodnuto o uzavření smlouvy s účastníkem „Společnost pro GTM metra úseku ID1aOL1“, kterou tvoří subjekty STRABAG a.s., Energie – stavební a báňská a.s., IČO 45146802, se sídlem Vašíčkova 3081, 272 04 Kladno a STRABAG AG, IČO FN 61689 w, se sídlem Ortenburgerstrasse 27, 9800 Spittal an der Drau, Rakouská republika.

396. Dne 28. 5. 2018 dále zadavatel uveřejnil pod ev. č. Z2018-017244 oznámení o zahájení otevřeného řízení veřejné zakázky „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a Úsek PAD4“ (dále jen „veřejná zakázka ev. č. Z2018-017244“).
397. V čl. 2. „PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ písemné zprávy zadavatele ze dne 29. 5. 2019 k veřejné zakázce ev. č. Z2018-017244 zadavatel mj. uvedl, že *»[p]ředmětem této smlouvy je provedení stavebního díla „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a“ v úseku „PAD4“. Toto dílo je průzkumným geotechnickým dílem. Účelem díla je zejména získání potřebných informací o geologické stavbě a geotechnických vlastnostech horninového prostředí v místech budoucí stavby trasy I.D metra za účelem získání co možná nejpřesnějších podkladů pro účely zpracování dalších stupňů projektové dokumentace. Kromě samotného geologického průzkumu je také velmi významným úkolem tohoto díla ověření účinnosti chemických horninových injektáží a s tím související změny geomechanických vlastností takto proinjektovaného prostředí. Výsledky tohoto průzkumu budou užity pro návrh ražeb tunelů metra I.D. a jednolodní stanice Pankrác D. Současně se počítá se zahrnutím některých částí průzkumného díla do budoucí stavby trasy I.D. metra«.* Z čl. 7. „OZNAČENÍ DODAVATELŮ, S NIMIŽ BYLA UZAVŘENA SMLOUVA VČETNĚ ODŮVODNĚNÍ JEJICH VÝBĚRU“ citované zprávy vyplývá, že v rámci zadávacího řízení na předmětnou veřejnou zakázku bylo rozhodnuto o uzavření smlouvy s dodavatelem Metrostav a.s.
398. Dne 28. 5. 2018 dále zadavatel uveřejnil pod ev. č. Z2018-017245, oznámení o zahájení otevřeného řízení veřejné zakázky „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a Úsek VO-OL“ (dále jen „veřejná zakázka ev. č. Z2018-017245“).
399. V čl. 2. „PŘEDMĚT VEŘEJNÉ ZAKÁZKY“ písemné zprávy zadavatele ze dne 29. 5. 2019 k veřejné zakázce ev. č. Z2018-017245 zadavatel mj. uvedl, že *»[p]ředmětem této smlouvy je provedení stavebního díla „Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, Doplnkový geologický průzkum úseku ID1a“ v úseku „VO-OL“. Toto dílo je průzkumným geotechnickým dílem. Účelem díla je zejména získání potřebných informací o geologické stavbě a geotechnických vlastnostech horninového prostředí v místech budoucí stavby trasy I.D metra, ověření účinnosti horninových injektáží a s nimi souvisejících změn geomechanických vlastní takto proinjektovaného prostředí a ověření kotevní techniky. Výsledky tohoto průzkumu budou užity pro návrh ražeb tunelů metra I.D. a jednolodní stanice Pankrác D. Současně se počítá se zahrnutím některých částí průzkumného díla do budoucí stavby trasy I.D. metra.«.*
400. Z čl. 7. „OZNAČENÍ DODAVATELŮ, S NIMIŽ BYLA UZAVŘENA SMLOUVA VČETNĚ ODŮVODNĚNÍ JEJICH VÝBĚRU“ citované zprávy vyplývá, že v rámci zadávacího řízení

na předmětnou veřejnou zakázku bylo rozhodnuto o uzavření smlouvy s dodavatelem HOCHTIEF CZ a.s.

Právní posouzení

401. V těchto částech návrhu navrhovatel brojí proti střetu zájmů, proti zvýhodnění konkrétních dodavatelů, zejména ve vztahu k doplňkovým geologickým průzkumům, a proti nedostatečnému rozsahu zveřejnění výsledků z předběžné tržní konzultace a z toho plynoucí netransparentnosti zadávacího řízení. Úřad nyní posoudí opodstatněnost navrhovatelem namítaných skutečností, přičemž námitky navrhovatele rozdělil do dvou samostatných okruhů.

K otázce zvýhodnění dodavatelů realizujících doplňkový geologický průzkum a střetu zájmů

402. Navrhovatel i v této části návrhu namítá, že dodavatelé realizující doplňkový geologický průzkum jsou oproti ostatním dodavatelům zásadně zvýhodněni, a to mj. tím, že mají s předstihem k dispozici kompletní projektovou dokumentaci na realizaci veřejné zakázky. Navrhovatel je dále přesvědčen, že tito disponují i další dokumentací, ke které ostatní dodavatelé účastníci se zadávacího řízení nemají přístup, a detailními informacemi z geologických průzkumů, které mohou mít vliv na tvorbu nabídkových cen. K tomu Úřad sděluje, že zvýhodnění dodavatelů realizujících doplňkový geologický průzkum a neposkytnutí výsledků a dokumentů z doplňkového geologického průzkumu v rámci zadávací dokumentace navrhovatel spojuje i s nedostatečností vymezení předmětu plnění veřejné zakázky (viz body 271. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a tedy v tomto ohledu Úřad odkazuje i na již výše učiněné závěry. V dalším navrhovatel namítá, že zaměstnanci společností realizujících doplňkový geologický průzkum jsou členy RAMO a mohou tedy spoluovlivňovat její rozhodnutí s ohledem na budoucí realizaci šetřené veřejné zakázky a dále mají zásadní informace a dokumenty vytvářené tímto orgánem.

403. Úřad v daném případě posoudil, zda namítaný postup zadavatele není v rozporu se zákonem, zejm. pak zásadou rovného zacházení vyjádřenou v § 6 odst. 2 zákona.

404. V obecné rovině Úřad konstatuje, že zásada rovného zacházení, vyjádřená v § 6 odst. 2 zákona, je jednou ze základních zásad, jež musí být ze strany zadavatele bezvýhradně dodržovány v celém průběhu zadávacího řízení. Zásada rovného zacházení přitom znamená takový postup zadavatele, kdy je zajištěn stejný, nezvýhodňující přístup zadavatele ke všem (potenciálním) dodavatelům dané veřejné zakázky. Jinak řečeno, žádný z (potenciálních) dodavatelů nesmí být oproti ostatním (potenciálním) dodavatelům jakkoliv zvýhodněn či preferován a musí být zachována rovnost příležitostí pro všechny dodavatele tak, aby byla zachována účinná hospodářská soutěž (srov. rozsudek Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 131/2007-131 ze dne 12. 5. 2008 a rozsudek č. j. 2 Afs 208/2016-52 ze dne 14. 7. 2017).

405. Z vlastní činnosti Úřad zjistil, že zadavatel zadal 4 veřejné zakázky na provedení doplňkového geologického průzkumu, jejichž cílem je získání potřebných informací o geologické stavbě a geotechnických vlastnostech horninového prostředí v místech budoucí stavby trasy I.D metra, přičemž v souvislosti s veřejnými zakázkami ev. č. Z2018-017242, ev. č. Z2018-017243 a ev. č. Z2018-017244 bylo jako účel veřejných zakázek deklarováno získání co možná nejpřesnějších podkladů pro účely zpracování dalších stupňů projektové dokumentace; v souvislosti s veřejnými zakázkami ev. č. Z2018-017244 a ev. č. Z2018-017245 pak byl jejich

účel specifikován i tak, že výsledky průzkumu budou užity pro návrh ražeb tunelů metra I.D. a jednolodní stanice Pankrác D. Současně zadavatel stanovil, že některé části průzkumných děl budou zahrnuty do budoucí stavby metra.

406. Z písemných zpráv zadavatele k zadávacím řízením na doplňkové geologické průzkumy Úřad ověřil, že v rámci předmětných zadávacích řízení bylo rozhodnuto o uzavření smluv mj. s dodavateli Metrostav a.s., HOCHTIEF CZ a.s. a STRABAG a.s. (podal nabídku na plnění ve sdružení s dalšími subjekty) (viz body 391. až 400. odůvodnění tohoto rozhodnutí)¹².
407. Dále Úřad zjistil, že realizace doplňkového geologického průzkumu započala v průběhu roku 2019 a probíhala, tj. nebyla ukončena v době běhu lhůty pro podání nabídek na předmět plnění posuzované veřejné zakázky (v podrobnostech viz bod 281. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Nelze popřít, že doba realizace shora uvedených veřejných zakázek na doplňkový geologický průzkum a doba běhu lhůty pro podání nabídek u šetřené veřejné zakázky se tedy z hlediska času částečně překrývají. Nicméně v tomto směru nelze upřít zadavateli právo plánovat a realizovat veřejné zakázky na uspokojení jeho potřeb tak, aby byl jeho postup maximálně efektivní, a tedy mj. v jím stanovených časových horizontech. U plánování a přípravy rozsáhlých stavebních akcí, na které se vyčleňují značné finanční prostředky z veřejných rozpočtů, dochází běžně k různým zdržením a průtahům a nelze než přitakat postupu zadavatele, který se, pokud je jeho postup v souladu se zákonem, snaží co nejlépe plánovat potřebné práce tak, aby byly minimalizovány prostoje a činnosti plánovány co nejefektivněji, aby tyto na sebe navazovaly co nejplynuleji, tj. např. tak, aby probíhaly přípravné práce, mezi které lze počítat i doplňkové geologické průzkumy, a s těmito se již v souběhu rozběhlo zadávání „hlavní“ veřejné zakázky, je-li zadavatel schopen jasně vymezit předmět veřejné zakázky, tj. má-li zadavatel mj. k dispozici projektovou dokumentaci v potřebném stupni podrobnosti (k této otázce viz body 222. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Doplňkové geologické průzkumy představují nicméně do jisté míry i samostatné stavební práce. Jejich výstupy budou využity např. pro upřesnění plánovaných ražeb na hlavním díle, tj. výstavbě metra, ale současně pak vyhloubené podzemní šachty a štolý již budou představovat součást díla (stavby metra). Z tohoto pohledu se dá postup zadavatele připodobnit k situaci, kdy dojde k rozdělení jedné veřejné zakázky na části tak, aby se tato stala přístupná vícero dodavatelům. V posuzovaném případě je zjevné, že zatímco předmět plnění „hlavní“ veřejné zakázky nejsou dodavatelé schopni plnit samostatně (zadavatel obdržel tři nabídky, přičemž všechny nabídky byly podány dodavateli spojenými do určité formy sdružení), u veřejných zakázek na doplňkové geologické průzkumy, které neobsahují tak velké objemy prací a následné specificky zaměřené práce, lze vidět větší otevřenost soutěži, a proto předmět jejich plnění mohl zadavatel obdržet „levněji“, než kdyby tyto učinil součástí „hlavní“ veřejné zakázky. Rovněž lze poznamenat, že u doplňkových geologických průzkumů se již zadavateli podařilo vyřídit stavební povolení, proto předmětné práce již mohly být realizovány, zatímco stavebním povolením na „hlavní“ stavbu zadavatel dosud (jak vyplývá z veřejně dostupných informací) nedisponuje. Pokud by zadavatel, jak rovněž argumentuje navrhovatel, měl vyčkat na výsledky doplňkových geologických průzkumů, přičemž u některých nebyly výstupy kompletní ani po roce od zahájení jejich realizace, nastalo by neúměrné prodloužení celého procesu přípravy posuzované dopravní stavby, neboť zadávací řízení, zejména za situace, kdy jsou v jeho průběhu vypořádávány námitky

¹² Z veřejně dostupných informací je zřejmé, že k uzavření smluv o dílo došlo dne 27. 5. 2019.

dodavatelů, a probíhá řízení před Úřadem, si vyžádá také značný čas. Pakliže zadavatel musí zhotovená díla z doplňkových geologických průzkumů, jejichž součástí jsou již části podzemního díla, zabezpečovat a zajišťovat, tj. hradí dodavatelům náklady s tímto spojené, nehledě i na další náklady spojené s každým posunutím realizace stavby v čase, jsou toto další okolnosti, které je nutné vzít v potaz. Úřad doplňuje, že z dokumentů obsahujících časové harmonogramy, předložených vybranými dodavateli v rámci veřejných zakázek na doplňkový geologický průzkum, Úřad ověřil, že termín vyhodnocení ražeb, resp. průzkumů, byl v části případů stanoven až po konci lhůty pro podání nabídek. Úřad rovněž nepřehlédl tvrzení zadavatele o vlivu epidemiologické situace na průběh doplňkového geologického průzkumu, která způsobila posun v plánovaných pracích tak, že do konce dubna nebyly některé činnosti, tak jak měly být dle časových harmonogramů, dokončeny. V tomto ohledu lze podotknout, že pokud se bude vycházet z časových harmonogramů k doplňkovým geologickým průzkumům, a zohlední se původní lhůta pro podání nabídek v posuzovaném zadávacím řízení, která byla stanovena zadavatelem před zahájením zadávacího řízení, mělo dojít i k podstatně jinému překryvu realizace doplňkových průzkumů ve vztahu ke konci lhůty pro podání nabídek na plnění posuzované veřejné zakázky (dostupnost menší sumy informací z doplňkových geologických průzkumů). Lze konečně i přisvědčit argumentu zadavatele, že komplexní výsledky doplňkového geologického průzkumu nebyly a nemohly být ve lhůtě pro podání nabídek k dispozici, byť lze z pohledu Úřadu předpokládat, že určitými dílčími informacemi společnosti realizující doplňkový geologický průzkum již pravděpodobně disponovaly.

408. K argumentu navrhovatele, že společnosti realizující doplňkové geologické průzkumy disponovaly s více jak ročním předstihem kompletní projektovou dokumentací na realizaci veřejné zakázky a dále disponovaly další dokumentací (realizační dokumentací geologických průzkumů a dokumentací skutečného provedení těchto průzkumů), ke které ostatní dodavatelé vůbec nemají přístup, a detailními informacemi z doplňkových geologických průzkumů, pročež budou mít dodavatelé účastníci se těchto geologických průzkumů výhodu při podání nabídky, která se může projevit tím, že budou schopni podat nabídku s nižší nabídkovou cenou, Úřad uvádí následující. Obecně není možné automaticky předjímat, že by tato hlubší zkušenost dodavatelů provádějících doplňkové geologické průzkumy související s plněním poptávané veřejné zakázky mohla představovat skutečně nezákonnou výhodu, a pokud výhodu představuje, zda by skutečně mohlo dojít k deformaci soutěže o veřejnou zakázku. Úřad dodává, že, i pokud by vycházel z předpokladu, že dodavatelé realizující doplňkové geologické průzkumy znají delší dobu předmět plnění a částečně geologické podmínky, nelze jednoznačně predikovat, že tato jejich znalost může být rozhodujícím činitelem ovlivňujícím nabídkovou cenu. Předpokladem pro podání nabídky je totiž detailní znalost zadávací dokumentace, konkrétně především projektové dokumentace, a to všemi uchazeči o veřejnou zakázku shodně. Je tedy otázkou, zda znalost informací získaných v souvislosti s realizací doplňkových geologických průzkumů může být považována za nezákonné zvýhodnění dodavatelů, či i jen za prostý důsledek stavu věci, kdy na trhu existují dodavatelé, kteří na základě otevřeného řízení (tzn. v rámci otevřené soutěže) získali možnost realizovat geologický průzkum a tím potažmo navrhovatelem uváděnou výhodu pro zpracování nabídky.
409. Úřad sděluje, že mezi činitele ovlivňující nabídkovou cenu mohou náležet v posuzovaném případě i zkušenosti dodavatele, počet pracovníků dodavatele, kteří budou pověřeni tvorbou

nabídky, či vytíženost dodavatele jinými zakázkami. Nelze tak a priori dovozovat, že dodavatel, který realizuje doplňkový geologický průzkum, získává nerovné postavení vůči ostatním dodavatelům, a tedy samotný fakt, že určitý subjekt prováděl plnění související s posuzovanou veřejnou zakázkou, což v daném případě především znamenalo, že disponoval s předstihem projektovou dokumentací, zakládá nezákonnost zadávacího řízení v podobě porušení zásady rovného zacházení. Úřad poznamenává, že není ničím výjimečným, typicky např. u opakujícího se plnění, určité přirozené informační zvýhodnění stávajících dodavatelů. Jedná se však o přirozený jev, jemuž nelze zabránit, protože se nelze vymanit ze situace, kdy se např. opakovaně zadává tentýž předmět plnění veřejné zakázky. Obdobou je pak situace, kdy zadavatel činí přípravné kroky pro vytvoření co nejvhodněji vytvořeného souboru zadávacích podmínek tak, aby reflektovaly situaci zadavatele, a přistoupí k realizaci předběžných tržních konzultací, kdy se optikou navrhovatele rovněž může jednat o určité informační zvýhodnění subjektů, které navážou se zadavatelem spolupráci před samotným zahájením zadávacího řízení, avšak zákonodárcem je takový postup za předpokladu dodržení příslušných zákonných ustanovení směřujících zejména k zachování transparentnosti postupu zadavatele akceptován. Obdobná situace může nastat např. v případě realizace přístavby k určité stavbě, kdy lze za zvýhodněného dodavatele považovat subjekt, který realizoval stavbu původní, i v tomto případě nebude přistoupeno k vyloučení původního dodavatele ze soutěže o veřejnou zakázku z důvodu realizace stávajících částí budovy, k níž se realizuje přístavba. V daném případě se jedná o situaci, kdy jsou účastníky zadávacího řízení dodavatelé, kteří realizují plnění související s předmětem šetřené veřejné zakázky, a to konkrétně doplňkové geologické průzkumy, jakožto vybraní dodavatelé v rámci veřejných zakázek vymezených v bodech 390. a násl. tohoto rozhodnutí. Úřad si je vědom úzké souvislosti předmětu plnění v šetřené veřejné zakázce a předmětů plnění veřejných zakázek na doplňkové geologické průzkumy. Úřad nicméně především právě s ohledem na to, jak byl vymezen předmět a účel veřejných zakázek na doplňkový geologický průzkum, dovozuje, že tyto jsou významné zejména pro samotnou realizaci díla, resp. vypracování realizační dokumentace stavby a rovněž má za to, že výstupy, které z nich vyplynou, nebyly potřebné pro podání nabídky, resp. nemají vliv na nabídkovou cenu, k čemuž Úřad uvádí následující.

410. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že z § 36 odst. 3 zákona zadavateli plyne povinnost stanovit a poskytnout zadávací podmínky dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel je tedy mj. povinen prostřednictvím zadávací dokumentace poskytnout dodavatelům veškeré informace potřebné pro zpracování nabídky a řádné nacenění předmětu plnění. Zadavatel tím, že dodavatelům poskytl projektovou dokumentaci včetně soupisu prací s výkazem výměr, specifikoval v souladu s § 36 odst. 3 zákona předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení (v podrobnostech výše viz body 222. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Dodavatelé tak měli na základě zadávacích podmínek jasnou představu o tom, co je předmětem veřejné zakázky, jaké jsou požadavky zadavatele na plnění veřejné zakázky, a jak mají připravit své nabídky.
411. Úřad opakuje, že zadavatel zadal veřejnou zakázku jako měřenou (viz bod 280. odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy skutečná cena díla bude z podstatné části určena dle skutečného rozsahu prací stanoveného měřením a oceněného dle jednotkových cen uvedených v nabídce vybraného dodavatele. Zadavatel nezapovídá ani možnost, že by se v případě

některých změn předmětu plnění/díla mohlo jednat o změnu ve smyslu § 222 zákona, když v čl. 2 „Úvodní ustanovení“, odstavci 2.3, návrhu smlouvy mj. uvádí, že změny smlouvy a závazku jí založeného lze provádět pouze za podmínek stanovených zákonem. Veškeré případné změny, které by se promítly do předmětu plnění, by tak do něj byly promítnuty v souladu se zákonem. Dodavatelé za účelem zpracování nabídkové ceny měli ocenit všechny položky (jednotky) soupisu prací, který byl podle zadavatele zpracován tak, aby obsahoval veškeré druhové položky, které by se při realizaci díla mohly vyskytnout, přičemž celková cena díla bude stanovena až na základě skutečného objemu prací, dodávek a výkonů nutných k provedení díla. Předmětem, resp. výsledkem doplňkového geologického průzkumu je přitom mj. upřesnění množství těchto jednotek, nikoliv objevení druhově nových položek, které by již nebyly zahrnuty v soupisu prací, a nebyly tak pokryty jednotkovou cenou uvedenou v nabídce dodavatele. Úřad nepopírá, že výstupy z doplňkových geologických průzkumů 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. Ale právě s ohledem na typ kontraktu jaký zvolil zadavatel při zadání posuzované veřejné zakázky, a to kontrakt měřený, nemůže toto mít vliv na ocenění a podání nabídek dodavatelů, kteří neznají a nemohou znát ani na základě částečných výstupů z doplňkových geologických průzkumů všechny proměnné, tj. nemohou ani s částečnou mírou přesnosti predikovat objemy měřených položek, které budou mít vliv na výslednou cenu a které se vyjeví až při faktické realizaci díla. Současně je zapotřebí uvést, že doplňkový geologický průzkum, resp. jeho výsledek není nezbytný pro zadání veřejné zakázky, neboť pouze doplňuje informace získané z podrobného geologického průzkumu, přičemž tyto jsou v zadávací dokumentaci zpracovány. V případě, že by se informace zjištěné doplňkovými geologickými průzkumy promítly do smluvních podmínek, jednalo by se o změnu závazku ze smlouvy, která by mezi jednotlivými dodavateli nečinila rozdíl, a tedy žádné z nich nezvýhodňovala, neboť všichni dodavatelé by shodně byli nuceni přistoupit k novaci smluvního vztahu. Případnou odpovědnost za realizaci předmětu plnění a jeho případných změn v souladu se zákonem pak nese zadavatel. Je tedy na zadavateli a jeho stíhá ze zákona povinnost, aby případné změny naplnily dikci § 222 zákona v tom smyslu, aby se jednalo o změny zákonem dovolené. S ohledem na tuto skutečnost a současně na základě skutečnosti, že všichni dodavatelé bez rozdílu měli oceňovat týž soupis prací, a že stanovená lhůta pro podání nabídek platila pro všechny dodavatele stejně (k přiměřenosti délky lhůty pro podání nabídek viz výše body 165. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tj. všem plynula po stejnou dobu, nelze hovořit o zásadním (nezákonném) zvýhodnění dodavatelů, kteří prováděli doplňkové geologické průzkumy, kteří ačkoliv mohli disponovat určitými informacemi v důsledku účasti ve veřejné zakázce na doplňkové geologické průzkumy v předstihu a dalšími informacemi získanými v souvislosti jejich realizací, obdrželi zásadní penzum informací potřebných k sestavení své nabídky ve stejný okamžik jako ostatní dodavatelé, tj. i pro jejich zpracování nabídky platila lhůta běžící po stejně dlouhou dobu jako u ostatních dodavatelů. V daném kontextu lze nadto podotknout, že u tak významné veřejné zakázky lze přikročit k přípravným krokům ze strany dodavatelů již v předstihu, kdy určité informace o záměru zahájit zadávací řízení bývají předmětem tiskových zpráv a novinových článků. V posuzovaném případě zadavatel rovněž přistoupil k realizaci předběžných tržních konzultací, kdy žádosti o předběžné tržní konzultace uveřejnil na svém profilu zadavatele dne

18. 9. 2019 a 9. 10. 2019, a kterých se mohl každý, kdo o účast projevili zájem, účastnit. Z obsahu žádostí o předběžné tržní konzultace již bylo možné vyčíst, jaké zadávací podmínky ve vztahu k veřejné zakázce zadavatel zvažuje formulovat (podrobněji viz níže).

412. Úřad nadto doplňuje, že se každý dodavatel disponující potřebnou mírou odbornosti, tedy zajisté i navrhovatel, mohl zúčastnit zadávacího řízení na doplňkový geologický průzkum, v rámci kterého mohl (bez nutnosti podat v daném zadávacím řízení nabídku) požádat o zpřístupnění projektové dokumentace, čímž by bez většího úsilí či zvýšených nákladů získal projektovou dokumentaci se stejným časovým předstihem jako dodavatelé, kteří se zadávacího řízení na doplňkový geologický průzkum účastnili, a které nyní navrhovatel z důvodu informačního náskoku považuje za zvýhodněné.
413. Úřad v tomto ohledu připouští, že dodavatelé realizující doplňkový geologický průzkum mohou disponovat určitým přirozeným informačním zvýhodněním, nicméně nic nenasvědčuje tomu, ani se nic takového nepodává z argumentace samotného navrhovatele, že by toto zvýhodnění bylo za hranou toho, co je přirozeným stavem věci. Úřad nezískal žádné indicie, které by v tomto smyslu nasvědčovaly porušení zákona. V kontextu přirozené vyšší informovanosti dodavatelů realizujících doplňkový geologický průzkum však může být pracováno i s úvahou, že naopak tato znalost může mít na jejich zpracování nabídky i negativní dopady. Takoví dodavatelé mohou s vědomím náročnosti stavebního díla např. z důvodu složitosti zastižených geologických podmínek ocenit svou práci výše než ostatní dodavatelé, kteří vychází z projektové dokumentace. Nicméně jednalo by se pouze o spekulaci, bez vlivu na výše učiněný dílčí závěr Úřadu o tom, že neshledává porušení zákona na straně zadavatele tím, že tento dodavatelům v rámci zadávací dokumentace nezpřístupnil výstupy z doplňkových geologických průzkumů, příp. další informace, a dodavatelům realizujícím doplňkové geologické průzkumy poskytl v rámci veřejných zakázek na tento průzkum projektovou dokumentaci šetřené veřejné zakázky, čímž tito fakticky disponovali částí zadávací dokumentace šetřené veřejné zakázky s předstihem. Nelze totiž přehlédnout, že se ve všech případech jedná v zásadě o obdobný okruh dodavatelů, přičemž jak již bylo naznačeno výše, bylo 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 i na činnostech tomu předcházejících. Pro zpracování nabídky, dle názoru Úřadu, jsou relevantními faktory cenová politika dodavatele, odborné zkušenosti a s tím související možnosti v rychlosti zpracování nabídky, a to např. díky rozsáhlejší personální kapacitám nebo díky vyšší sumě zkušeností u osob podílejících se na realizaci předmětu veřejné zakázky apod. Skutečnost, že některý z dodavatelů realizoval doplňkový geologický průzkum, a v souvislosti s tím s předstihem disponoval projektovou dokumentací veřejné zakázky a informacemi získanými v souvislosti s plněním veřejných zakázek na doplňkový geologický průzkum, tak Úřad samu o sobě nepovažuje za nezákonnou. V dalším Úřad pro úplnost opakuje, že po prostudování dokumentace o zadávacím řízení nezjistil případné signály, že by byl přítomen natolik výrazný exces, který by zásadně zvýhodnil dodavatele realizující doplňkové geologické průzkum a který by ovlivnil férovost soutěže o posuzovanou veřejnou zakázku, čímž by mohlo dojít ze strany zadavatele ke zvýhodnění konkrétního dodavatele, potažmo omezení hospodářské soutěže. Taková situace z pohledu Úřadu v posuzované věci nenastala. Rovnost příležitostí pro dodavatele ucházet se o posuzovanou veřejnou zakázku v zadávacím řízení za rovných a nediskriminačních podmínek byla z pohledu Úřadu zachována.

414. Na základě všech výše popsaných skutečností tak Úřad vyslovuje dílčí závěr, a sice ten, že zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když poskytl dodavatelům realizujícím doplňkové geologické průzkumy v rámci veřejných zakázek na doplňkový geologický průzkum 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 doplňkových geologických průzkumů, čímž nedošlo ke zvýhodnění dodavatelů realizujících doplňkový geologický průzkum. V tomto ohledu zde tedy nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření zadavateli.
415. K námitce navrhovatele, že zaměstnanci společností realizujících doplňkový geologický průzkum jsou členy RAMO a mohou tedy spoluovlivňovat její rozhodnutí s ohledem na budoucí realizaci šetřené veřejné zakázky a dále mají zásadní informace a dokumenty vytvářené tímto orgánem, Úřad sděluje, že v daném jednání nespatřuje žádné indicie naznačující, že by mohlo dojít ke střetu zájmů. Za střet zájmů zákon považuje situace, kdy zájmy osob, které se podílejí na průběhu zadávacího řízení, mají nebo by mohly mít vliv na výsledek zadávacího řízení, ohrožují jejich nestrannost nebo nezávislost v souvislosti se zadávacím řízením.
416. Ze Statutu RAMO (viz bod 388. odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že smyslem RAMO je uplatňování výsledků geotechnického monitoringu při realizaci Doplňkového geologického průzkumu stavby: Výstavba trasy I.D metra v Praze – úsek Pankrác – Depo Písnice, její investorské a projektové přípravě a kontrole, přičemž odpovědností RAMO je zejména kontrolovat rozsah, četnost a výsledky měření v souladu s projektem měření a postup ražby, na základě měření přijímat doporučení pro další postup výstavby za účelem minimalizace možnosti vzniku mimořádných situací a dosažení maximální ekonomičnosti díla.
417. Úřad tedy s ohledem na výše uvedené nabyl přesvědčení, že činnost RAMO nemá souvislost se zadávacím řízením, na průběhu zadávacího řízení se RAMO nepodílí, a na průběh ani výsledek zadávacího řízení tudíž nemá vliv, kdy dopady jejího fungování lze spatřovat ve výstupech z geotechnického monitoringu (z vlastní činnosti je Úřadu známo, že veřejná zakázka na geotechnický monitoring dosud nebyla zadána) a mohou se projevit např. při zpracování realizační dokumentace. Úřad má s ohledem na formulaci námítky vytýkající možný střet zájmů za to, že tato spíše směřuje k problematice zvýhodnění dodavatelů. Ani v této rovině však Úřad neshledává rozpor se zákonem, neboť nenaznal, že by mohlo v souvislosti s členstvím zaměstnanců dodavatelů realizujících doplňkové geologické průzkumy v RAMO dojít k jakémukoliv ovlivnění zpracování či podání nabídky a tato situace ani nepředstavuje podíl na přípravě zadávací či projektové dokumentace veřejné zakázky.

K otázce netransparentnosti předběžných tržních konzultací, identifikace informací z předběžných tržních konzultací v zadávací dokumentaci a zvýhodnění konkrétních dodavatelů

418. Druhý okruh námitek navrhovatele cílí na netransparentní průběh předběžných tržních konzultací. Navrhovatel má s ohledem na přístup zadavatele k poskytování informací, o které navrhovatel žádostí o poskytnutí informací postupem dle zákona č. 106/1999 Sb., o svobodném přístupu k informacím, ve znění pozdějších předpisů, zadavatele požádal,

neboť dle něj nebyl obsah předběžných tržních konzultací kompletně zdokumentovaný v zadávací dokumentaci, za to, že se zadavatel obává, že by zveřejněním požadovaných informací byl zpřístupněn přímý důkaz o tom, kterým dodavatelům jsou zadávací podmínky „šity na míru“. Podle navrhovatele zadavatel nedostál povinnosti stanovené v § 36 odst. 4 zákona, neboť neuveřejnil podstatný obsah předběžných tržních konzultací, kupříkladu, které návrhy účastníků předběžných tržních konzultací (ne)akceptoval a z jakého důvodu, čímž se měl dopustit porušení zásady transparentnosti. Podle navrhovatele dále zadavatel v rámci předběžné tržní konzultace aplikoval výhradně koordinované požadavky dodavatelů, kteří realizují doplňkové geologické průzkumy.

419. Z profilu zadavatele Úřad zjistil, že před zahájením zadávacího řízení na veřejnou zakázku zadavatel provedl předběžné tržní konzultace. Žádost o předběžnou tržní konzultaci ze dne 18. 9. 2019 zadavatel téhož dne zveřejnil na profilu zadavatele a žádost o předběžnou tržní konzultaci ze dne 8. 10. 2019, kterou zadavatel požádal o zodpovězení dodatečných otázek, zadavatel zveřejnil na profilu zadavatele dne 9. 10. 2020.
420. Obecně je možné konstatovat, že předběžné tržní konzultace jsou nástrojem ke zjišťování možností a návrhů variantních řešení. Jejich cílem přitom je zvýšení informovanosti zadavatele o popotávaném plnění veřejné zakázky, případně identifikace jiných způsobů řešení, kterými je možné splnit jeho potřeby, a to ve fázi přípravy zadávacího řízení. Za účelem zachování zásady transparentnosti zadávacího řízení a přispění k prevenci střetu zájmů a zachování hospodářské soutěže zákon v § 36 odst. 4 stanoví, že pokud některou část zadávací dokumentace vypracovala osoba odlišná od zadavatele, s výjimkou advokáta nebo daňového poradce, označí zadavatel tuto část spolu s identifikací osoby, která ji vypracovala. Pokud zadávací dokumentace obsahuje informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, zadavatel označí v zadávací dokumentaci tyto informace, identifikuje osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely, a uvede všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace. Přitom je již na zvážení zadavatele, jakým způsobem posledně uvedenému požadavku vyhoví, tedy zda vybere jen informace, které považuje za podstatné nebo poskytne například téměř celý zaznamenaný obsah předběžných tržních konzultací (shodný pohled předkládá i komentářová literatura).
421. Zákon tedy stanovuje zadavateli povinnost označit v zadávací dokumentaci informace, které jsou výsledkem předběžné tržní konzultace, identifikovat osoby, které se na předběžné tržní konzultaci podílely a uvést všechny podstatné informace, které byly obsahem předběžné tržní konzultace. Zadavatel tedy z pohledu zákona nemá povinnost v zadávací dokumentaci uvést kompletně zdokumentovaný obsah předběžných tržních konzultací či veškeré údaje o jejich průběhu, přičemž uvedení informací nad rámec povinnosti stanovené v zákoně je již na zvážení zadavatele.
422. Ze zadávací dokumentace Úřad zjistil, že zadavatel uvedl seznam subjektů, které byly v rámci předběžné tržní konzultace přímo osloveny, dále seznam subjektů, které se zúčastnily předběžné tržní konzultace, a konečně uvedl výčet zadávacích podmínek, které byly na základě výsledků předběžných tržních konzultací v rámci zadávací dokumentace doplněny, resp. upraveny, s uvedením informace, na základě odpovědi kterého subjektu tak bylo učiněno. Úřad má s ohledem na výše uvedené, že zadavatel splnil požadavky kladené zákonem na označení informací v zadávací dokumentaci v souvislosti s předběžnou tržní konzultací, když identifikoval, se kterými subjekty v rámci předběžné tržní konzultace

komunikoval a jaký dopad to mělo na zadávací podmínky. Z pohledu Úřadu postup zadavatele, jak zdokumentoval předběžné tržní konzultace, naplňuje dikci a smysl zákona.

423. K argumentu navrhovatele, že zadavatel nedostál povinnosti stanovené v § 36 odst. 4 zákona, neboť neuveřejnil podstatný obsah předběžných tržních konzultací, a to např. které návrhy účastníků předběžných tržních konzultací (ne)akceptoval a z jakého důvodu, Úřad sděluje, že ve vztahu k návrhům, které zadavatel akceptoval, má Úřad s ohledem na výše uvedené za to, že povinnost označení účastníků předběžné tržní konzultace, na základě jejichž odpovědí v rámci předběžné tržní konzultace byly zadávací podmínky doplněny či upraveny, byla zadavatelem splněna. Pokud jde o důvody tohoto jednání, zákon povinnost jejich uvedení v zadávací dokumentaci nevyžaduje. Totéž pak platí ve vztahu k označení odpovědí, na základě kterých zadavatel zadávací podmínky nedoplnil ani neupravil, stejně tak není povinen označit důvody, které k tomu zadavatele vedly.
424. Úřad nepochybně, že uvedení většího množství informací o předběžné tržní konzultaci, tedy informací nad minimální rámec stanovený zákonem, by vedlo k posílení transparentnosti zadávacího řízení, z pohledu Úřadu však 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 povinnostem.
425. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v úvodní části a v části 9. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem.

K části návrhu č. 10 „Požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“

426. V této části návrhu navrhovatel brojí proti duplicitnímu požadavku zadavatele na předložení jednotlivých živnostenských oprávněních, přičemž část této části návrhu byla Úřadem vyčerpána výrokem II. tohoto rozhodnutí a jeho odůvodněním. Ve vztahu k této části návrhu pak Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

427. Podle § 77 odst. 2 zákona zadavatel může požadovat, aby dodavatel předložil doklad, že je
- a) oprávněn podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, pokud jiné právní předpisy takové oprávnění vyžadují,
 - b) členem profesní samosprávné komory nebo jiné profesní organizace, je-li takové členství pro plnění veřejné zakázky na služby jinými právními předpisy vyžadováno, nebo
 - c) odborně způsobilý nebo disponuje osobou, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky odborná způsobilost jinými právními předpisy vyžadována.

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

428. Dle přílohy č. 2 nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení vlády o obsahových náplních jednotlivých živností“) je obsahem pro živnostenské oprávnění „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“: Provádění stavebních a montážních prací při novostavbách, změnách dokončených staveb (nástavby, přístavby, stavební úpravy), údržbě staveb a jejich

odstraňování podle stavebního zákona, včetně vedení realizace staveb a jejich změn. Při provádění uvedených stavebních prací mohou být vykonány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živnosti volné.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

429. Zadavatel v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace stanovil mj. následující:

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

(...)

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

- provádění staveb, jejich změn a odstraňování;*

(...)

- montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení;*
- výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení;*
- montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení;*

(...).“

Další Úřadem zjištěné skutečnosti

430. Z vlastní činnosti pak Úřad zjistil konkrétní skutečnosti ve vztahu k živnostenským oprávněním „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, „Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektrických a telekomunikačních zařízení“, přičemž tyto Úřad získal v předchozím správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ týkajícím se předmětné veřejné zakázky. V rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ, které bylo zahájeno na návrh navrhovatele ze dne 22. 5. 2020, Úřad provedl šetření u subjektů, kteří mají relevantní vztah k posuzované problematice.

431. Žádostí č. j. ÚOHS-23764/2020/531/JHI ze dne 6. 8. 2020 požádal Úřad Ministerstvo průmyslu a obchodu České republiky (dále jen „MPO“) o vyjádření, zda je správná premisa Úřadu, že držitel živnostenského oprávnění „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je oprávněn provádět v rámci komplexní realizace stavby také další činnosti, které jsou jinak předmětem např. živností „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a „Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, bude-li k tomu disponovat odborně způsobilými osobami, aniž by disponoval samostatnými živnostenskými oprávněními k těmto činnostem. Dále Úřad požádal MPO o sdělení, jakým jiným způsobem lze, vedle příkladu uvedeného ve stanovisku MPO, tj. že činnosti, které jsou jinak předmětem jednotlivých živností řemeslných, případně živnosti volné, mohou být při realizaci stavby na základě živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ vykonávány samostatně, avšak

prostřednictvím odborně způsobilých osob (například prostřednictvím samostatných podnikatelů, kteří vlastní pro příslušnou činnost příslušné živnostenské oprávnění), zajistit odbornou způsobilost těchto osob, zda postačí k zajištění odborné způsobilosti, bude-li podnikatel např. disponovat zaměstnancem nebo jinou osobou, která k výkonu takové činnosti získala příslušná osvědčení či složila příslušné zkoušky, aniž by tato disponovala živnostenským oprávněním k předmětné činnosti. V dalším Úřad požádal MPO o sdělení, jaké konkrétní podmínky, popř. podle jakých právních předpisů, musí být splněny odborně způsobilou osobou (nemající živnostenské oprávnění) k výkonu činností, které jsou jinak předmětem živností „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ a „Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“. Konečně Úřad požádal MPO o sdělení, zda by na závěry formulované k výše uvedeným otázkám měla nějaký vliv skutečnost, pokud by součástí realizace předmětné stavby měly být taktéž činnosti prováděné hornickým způsobem ve smyslu zákona č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o hornické činnosti“), jejichž výkon je podmíněn držením příslušných oprávnění ve smyslu tohoto zákona.

432. Úřad se dále žádostí č. j. ÚOHS-24995/2020/531/JHI ze dne 14. 8. 2020 obrátil na Ministerstvo práce a sociálních věcí České republiky (dále jen „MPSV“) s žádostí o sdělení, jaké předpoklady (zkoušky apod.) musí být splněny osobou, která hodlá vykonávat činnosti odpovídající živnostenskému oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a „výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“, aby ji bylo možno považovat za osobu odborně způsobilou (tzn. takovou, která je oprávněna provádět dané činnosti odpovídající příslušným živnostenským oprávněním, avšak bez živnostenského oprávnění).
433. Žádostí č. j. ÚOHS-25032/2020/531/JHI ze dne 14. 8. 2020 pak Úřad požádal Český báňský úřad (dále jen „ČBÚ“) o sdělení, zda Úřadem formulovaný závěr, tj. že podnikatel je oprávněn na základě „multifunkčního“ živnostenského oprávnění „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ provádět v rámci komplexní realizace stavby také další činnosti, které jsou jinak předmětem živností „Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ prostřednictvím odborně způsobilých osob, aniž by podnikatel nebo tyto osoby disponovali samostatnými živnostenskými oprávněními k předmětným činnostem, platí taktéž v případě, kdy součástí komplexní stavební akce jsou vedle činností, které jsou jinak předmětem shora uvedených živností, i činnosti prováděné hornickým způsobem ve smyslu zákona o hornické činnosti. Jinými slovy řečeno, zda je z pohledu právních předpisů upravujících hornickou činnost či obdobné činnosti nutné, aby v případě komplexní stavební akce, jejíž součástí jsou i činnosti prováděné hornickou činností, dodavatel disponoval jak „multifunkční“ živností, tak i samostatnými živnostenskými oprávněními „Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“, když obecně je možno rozsah těchto činností zajistit prostřednictvím odborně způsobilých osob, které však nutně nemusí disponovat samostatným živnostenským oprávněním (naopak

disponují např. příslušným odborným vzděláním vč. požadovaných zkoušek). Dále Úřad požádal ČBÚ o sdělení, zda je pro dispozici k oprávnění báňského úřadu dle § 8a odst. 6 písm. a) zákona o hornické činnosti, a to k montáži, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených elektrických zařízení a k montáži, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených technických zařízení zdvihacích nezbytné, aby dodavatel primárně disponoval samostatným živnostenským oprávněním vztahujícím se k předmětným činnostem, nebo je možno získat příslušné oprávnění báňského úřadu i na základě toho, že dodavatel disponuje v rozsahu těchto činností odborně způsobilými osobami. Současně Úřad požádal ČBÚ o případné sdělení, na základě jakých rozhodných skutečností může dodavatel získat oprávnění báňského úřadu dle § 8a odst. 6 písm. a) zákona o hornické činnosti, a to k montáži, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených elektrických zařízení a k montáži, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených technických zařízení zdvihacích. Žádosti o vyjádření zaslané Úřadem a obdržena vyjádření oslovených subjektů byly učiněny součástí vedeného správního spisu coby podklady pro rozhodnutí ve věci pod položkami č. 47 – 54.

Vyjádření MPO ze dne 7. 8. 2020

434. V reakci na žádost Úřadu č. j. ÚOHS-23764/2020/531/JHl ze dne 6. 8. 2020 podalo MPO následující vyjádření ze dne 7. 8. 2020, které Úřad obdržel dne 10. 8. 2020:

„[n]ařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů, připouští, že při provádění stavebních prací mohou být vykonávány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živností volné. Tyto činnosti související s realizací stavby mohou být vykonávány buď prostřednictvím podnikatelů (subdodavatelů), kteří vlastní pro příslušnou činnost odpovídající živnostenské oprávnění, nebo osob v pracovněprávním vztahu k držiteli vázané živnosti s předmětem podnikání „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Podnikatel vlastní živnostenské oprávnění s předmětem podnikání „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ v tomto případě musí zajistit, aby činnost byla vykonávána prostřednictvím odborně způsobilých osob.

Pro vlastní výkon činností souvisejících s realizací stavby, který je uskutečňován fyzickými osobami (zaměstnanci), živnostenský zákon nestanoví žádnou odbornou způsobilost, ta je stanovena jinými právními předpisy.“

MPO dále v rámci své odpovědi příkladmo uvedlo postup dle vyhlášky Českého úřadu bezpečnosti práce a Českého báňského úřadu č. 50/1978 Sb., o odborné způsobilosti v elektrotechnice, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „vyhláška o odborné způsobilosti v elektrotechnice“), nicméně doporučilo Úřadu obrátit se s příslušným dotazem souvisejícím s prokázáním odborné způsobilosti těchto osob na MPSV.

K dotazu Úřadu týkajícímu se situace, kdy by součástí realizované stavby byly činnosti prováděné hornickým způsobem ve smyslu zákona č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, ve znění pozdějších předpisů, MPO uvedlo, že hornická činnost a činnost prováděná hornickým způsobem je podle § 3 odst. 3 písm. c) zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „živnostenský zákon“), vyloučena z režimu živnostenského zákona a nejedná se o činnost, která je živností a která by podléhala režimu živnostenského zákona a doporučilo Úřadu obrátit se v tomto na ČBÚ.

Vyjádření MPSV ze dne 21. 8. 2020

435. Na základě žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-24995/2020/531/JHI ze dne 14. 8. 2020 MPSV ve svém vyjádření ze dne 21. 8. 2020, jež Úřad obdržel dne 24. 8. 2020, sdělilo, že pro účely předmětného správního řízení nemůže Úřadu podat jakékoliv stanovisko, přičemž danou žádost Úřadu postoupilo Technické inspekci České republiky (dále jen „TIČR“), která je kompetentní k vyjádření se k odborným předpokladům a zkouškám těchto osob.

Vyjádření ČBÚ ze dne 25. 8. 2020

436. Na základě žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-25032/2020/531/JHI ze dne 14. 8. 2020 podal ČBÚ následující vyjádření ze dne 25. 8. 2020, které Úřad obdržel dne 26. 8. 2020:

„[p]rovoz vyhrazených technických zařízení je v oblasti dozorované státní báňskou správou (dále jen „SBS“), tj. při hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem, upravena zákonem č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti, výbušninách a o státní báňské správě, a prováděcími vyhláškami. Ustanovení § 8a zákona č. 61/1988 Sb. upravuje zvláštní kategorii technických zařízení, kterou tvoří tzv. vyhrazená technická zařízení (dále jen „VTZ“).

Vyhláška ČBÚ č. 74/2002 Sb., o vyhrazených elektrických zařízeních, v § 2 stanoví, která technická zařízení při hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem a při pracích s těmito činnostmi souvisejícími se považují za vyhrazená elektrická zařízení. Následně v § 3 stanoví požadavky na odbornou způsobilost organizací tato zařízení provozujících a způsob jejího prověřování pro vydání oprávnění orgány SBS. Za organizace se podle § 3a zákona č. 61/1988 Sb. považují právnické osoby nebo fyzické osoby oprávněné k podnikání (pokud vykonávají některou z činností uvedených v části druhé nebo třetí tohoto zákona) provozující vyhrazené elektrické zařízení, a to z hlediska potřebného technického vybavení a odborné způsobilosti jejich zaměstnanců.

Obdobně je odborná způsobilost pro provoz VTZ zdvihacích, tlakových a plynových řešena vyhláškou ČBÚ č. 392/2003 Sb., o bezpečnosti provozu technických zařízení a o požadavcích na vyhrazená technická zařízení tlaková, zdvihací a plynová při hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem. V ní je v § 6 stanoveno, která zařízení se považují za vyhrazená a obdobně v § 13 jsou stanoveny požadavky na odbornou způsobilost organizací.

K Vaší otázce č. 1:

Z hlediska požadavků SBS na odbornou způsobilost musí mít organizace zejména oprávnění k hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem. Pokud ke své činnosti používá (tj. provozuje) VTZ, musí mít k této činnosti oprávnění vydané příslušným obvodním báňským úřadem, které má platnost pro celou ČR. Tato oprávnění jsou vydávána po prokázání, že organizace má:

- k řízení prací na VTZ odborně způsobilou osobu, popřípadě osoby,*
- k činnosti potřebné technické vybavení a prostory,*
- zajištěno provádění montáže, oprav a předepsaných kontrol, zkoušek a revizí osobami s odpovídající odbornou způsobilostí.*

Osoby s odbornou způsobilostí jsou projektanti, revizní technici, osoby pro řízení montáže, provozu a údržby apod. Zjednodušeně řečeno, k práci na VTZ tedy musí mít organizace oprávnění, které je jí vydáno na základě předpokladu, že má ke své činnosti (mimo jiné) odborně způsobilé (fyzické) osoby, vlastníci příslušné osvědčení.

Při správním řízení o udělení oprávnění pak musí organizace prokázat, že má tyto osoby zajištěny buď vlastními zaměstnanci, nebo externími pracovníky na základě smluvního vztahu (mohou to být např. OSVČ). V případě, že organizace nespĺňuje požadavky dané ve vyhláškách (např. nemá technické vybavení a prostory), může provoz VTZ zajistit na základě smluvního vztahu s jinou organizací, která oprávnění vlastní a která zajistí řízení montáže, provozu, prohlídek, revizí v celém rozsahu (včetně poučení obsluh apod.) v souladu s příslušnými právními předpisy.

K upřesnění odpovědi na Vaši otázku sdělujeme, že v dotazu uvedené „živnostenské oprávnění“ není SBS vyžadováno, jelikož odborná způsobilost pro oblast působnosti SBS je prokázána předložením příslušného oprávnění, které vydává SBS.

K otázce č. 2:

Na otázku je zodpovězeno ve výše uvedeném textu. SBS nepožaduje živnostenské oprávnění, ale oprávnění vydané SBS. K Vámi zmíněnému oprávnění „Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“ se nemůžeme vyjádřit, neboť tuto oblast báňská legislativa neupravuje. Instalace elektrických zařízení jsou prováděny na základě výše uvedeného oprávnění a výrobky musí splňovat například požadavky zákona č. 22/1997 Sb., o technických požadavcích na výrobky a o změně a doplnění některých zákonů a zákona č. 90/2016 Sb., o posuzování shody stanovených výrobků při jejich dodávání na trh. Výrobce pak musí posoudit, zda výrobek lze používat při hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem.

Pro ilustraci je k dopisu přiložen seznam osvědčení a oprávnění vydaných SBS k činnostem na VTZ.“

Vyjádření TIČR ze dne 27. 8. 2020

437. Na základě postoupení žádosti Úřadu č. j. ÚOHS-24995/2020/531/JHl ze dne 14. 8. 2020 MPSV podala TIČR následující vyjádření ze dne 27. 8. 2020, jež Úřad obdržel téhož dne:

„[n]a Váš dotaz bych uvedl odpověď ve dvou rovinách:

1) Zákon č. 174/1968 Sb., Zákon o státním odborném dozoru nad bezpečností práce uvádí povinnosti organizace a odborně způsobilé osoby v § 6 odst.1).

Organizace a podnikající fyzické osoby

b) mohou montovat, opravovat, provádět revize a zkoušky vyhrazených technických zařízení, plnit nádoby plyny a vyrábět vyhrazená tlaková zařízení, nevztahuje-li se na ně platné nařízení vlády vydané k provedení zvláštního zákona, jen pokud jsou odborně způsobilé a jsou držiteli oprávnění podle § 6a odst. 1 písm. c),

c) zajistí, aby ve stanovených případech zkoušky, revize, opravy, montáž nebo obsluhu vyhrazených technických zařízení vykonávaly jen fyzické osoby, které jsou odborně způsobilé, a ve stanovených případech jsou též držiteli osvědčení.

2) Odborně způsobilá osoba, vztah osvědčení a oprávnění.

V případech 1) a 2) splňuje osoba odborně způsobilá podmínku, že je oprávněna provádět dané činnosti odpovídající příslušným živnostenským oprávněním, avšak bez živnostenského oprávnění.

1) Např. Pokud provádí revize elektrických zařízení zaměstnanec v rámci pro svého zaměstnavatele, nemusí mít živnostenské oprávnění a pokud provádění revizí není předmětem poskytování této služby třetím osobám, nemusí mít živnostenské oprávnění ani zaměstnavatel. Tento zaměstnanec musí být držitelem Osvědčení revizního technika v souladu se zákonem č. 174/1968 Sb. Tento zaměstnavatel nemusí být držitelem Oprávnění v souladu se zákonem č. 174/1968 Sb.

2) Pokud by zaměstnavatel prováděl revize dodavatelským způsobem a byl by to jeho předmět podnikání, potom by zaměstnavatel musel být držitelem živnostenské oprávnění, ale provádějícímu zaměstnanci by postačovalo Osvědčení revizního technika v souladu se zákonem c. 174/1968 Sb. Zaměstnavatel by v tomto případě musel být držitelem Oprávnění v souladu se zákonem č. 174/1968 Sb.

3) Podniká-li fyzická osoba v oblasti revizí vyhrazených technických zařízení a provádí-li revize elektrických zařízení musí být držitelem Živnostenského oprávnění a současně **Osvědčení i Oprávnění** podle zákona č. 174/1968 Sb.

4) Pokud se jedná o právnickou osobu, je tato společnost odborně způsobilá, pokud vlastní oprávnění ve smyslu zákona č. 174/1968 Sb. a zároveň má **odpovědného zástupce, který je odborně způsobilý** minimálně v rozsahu oprávnění dané společností. “.

Vyjádření TIČR ze dne 1. 9. 2020

438. Dne 1. 9. 2020 podala TIČR doplnění svého vyjádření ze dne 27. 8. 2020, přičemž sdělila následující:

„(...) na základě telefonického rozhovoru ze dne 31.8.2020 Vám doplňujeme vyjádření k Vaší žádosti, značky ÚOHS-S0201/2020/VZ, o následující informace:

1) Vztah Technické inspekce České republiky k živnostenským oprávněním a jejich náplním.

Ad. 1: Technická inspekce České republiky neřeší živnostenská oprávnění ani jejich obsahovou náplň.

2) Příklad odborné způsobilosti společnosti a jejich zaměstnanců při montáži, revizi a uvedení do provozu výtahu v budově.

Ad. 2:

Montáž: Pokud se jedná o právnickou osobu, je tato společnost odborně způsobilá, pokud vlastní oprávnění ve smyslu zákona č. 174/1968 Sb. a zároveň má odpovědného zástupce, který je odborně způsobilý (minimálně §6 a §8 vyhl. č. 50/1978 Sb.).

Uvedení do provozu: Montáže a uvedení do provozu řeší zákon č. 90/2016 Sb. a NV 122/2016 Sb.

V §3, odst. 2 písm. c) zákona č. 174/1968 Sb. je uvedeno: „Působnost organizací státního odborného dozoru se nevztahuje na technická zařízení, před jejich uvedením na trh, jsou-li stanovená k posuzování shody podle zvláštního zákona, 1a) pokud nařízení vlády, vydané k jeho provedení, nestanoví jinak“.

Revize: *Pokud se jedná o právnickou osobu, je tato společnost odborně způsobilá, pokud vlastní oprávnění pro provádění revizní činnosti ve smyslu zákona č. 174/1968 Sb. a zároveň má tedy odpovědného zástupce, který je odborně způsobilý minimálně v rozsahu oprávnění dané společností, v tomto případě má vydáno osvědčení revizního technika v souladu se zákonem č. 174/1968 Sb.“.*

Právní posouzení

439. Jak již Úřad uvedl v bodu 24. odůvodnění tohoto rozhodnutí, navrhovatel ve svém návrhu brojil taktéž proti zadávacím podmínkám, kterými 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. Navrhovatel má za to, že pokud zadavatel k prokázání profesní způsobilosti ve smyslu shora citovaného ustanovení zákona požaduje po dodavatelích předložení oprávnění k podnikání v rozsahu živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ a současně pak i předložení oprávnění k podnikání v rozsahu živností „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“, jedná se o duplicitní a nepřiměřený požadavek. Dle navrhovatele v sobě totiž obsahuje náplň živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ zahrnuje i všechny 3 výše jmenované živnosti, a dodavatel tudíž nemusí disponovat ještě i samostatnými živnostenskými oprávněními k výkonu činností v rozsahu daných 3 živností. Vzhledem k tomu, že výrokem II. tohoto rozhodnutí Úřad správní řízení v části, jejíž předmět byl vymezen částí 10. „Požadavek na doklad o oprávnění k podnikání v rozsahu montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ návrhu navrhovatele, a to v rozsahu namítaných skutečností týkajících 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“ podle ustanovení § 257 písm. b) zákona zastavil, přistoupí Úřad k posouzení toho, zda zadavatel v šetřeném případě postupoval při stanovení profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona v souladu se zákonem, když v zadávací dokumentaci stanovil požadavek na předložení dokladu o oprávnění k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, a to doklad prokazující příslušné živnostenské oprávnění, licenci či jiné oprávnění k výkonu činností „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ a současně „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“. Nicméně z níže podaného odůvodnění pak je zřejmé, že závěry by bylo možno aplikovat i na tu část návrhu, ve které bylo správní řízení výrokem II. tohoto rozhodnutí zastaveno.
440. Úřad v dalším uvádí, že v rozhodnutí o námitkách ze dne 23. 12. 2020 zadavatel ke shora popsané námitce navrhovatele mj. sdělil: »[p]okud je předmětem veřejné zakázky „Montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení, Montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení a Výroba, instalace, opravy elektrických strojů a přístrojů, elektronických a telekomunikačních zařízení“, a jiný právní předpis vyžaduje u tohoto podnikání oprávnění,

zadavatel postupoval v souladu se ZZVZ, když pro tuto činnost požadoval předložit doklad dle § 77 odst. 2 písm. a) ZZVZ.

Požadavek zadavatele pak mohl být naplněn jakýmkoliv živnostenským oprávněním, které prokáže kvalifikaci dodavatele realizovat výše uvedené živnosti, a to např. i živnostenským oprávněním „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Zadavatel upozorňuje, že nepožadoval žádné konkrétní živnostenské oprávnění, pouze požadoval takové živnostenské oprávnění, na jehož základě bude dodavatel oprávněn realizovat příslušné živnosti.“. Dále taktéž zadavatel konstatuje, že „[s]vůj požadavek na živnostenská oprávnění formuloval funkčně, tedy zadavatel požadoval „jakékoli“ živnostenské oprávnění opravňující k výkonu konkrétních činností (...).«.

441. Následně zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že podnikatel, který disponuje živnostenským oprávněním s předmětem podnikání „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ může bez samostatného živnostenského oprávnění vykonávat činnosti, které jsou jinak předmětem živností řemeslných nebo živnosti volné, při kumulativním »splnění následujících podmínek:

- 1. Činnosti odpovídající živnosti řemeslné nebo volné musí být vykonávány při provádění stavebních prací, jejichž realizace je předmětem živnosti „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Při provádění prací nebo činností, které nejsou prováděny v rámci předmětu podnikání „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je tedy nezbytné disponovat samostatným živnostenským oprávněním k provádění činností, které odpovídají předmětným oprávněním.*
- 2. Činnosti musí být prováděny v souvislosti s realizací stavby. Předmětná oprávnění tedy nejsou potřebná k činnostem, jež souvisí se stavbou, kterou daný subjekt realizuje na základě živnostenského oprávnění k „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Pokud by tedy činnosti souvisely s jinými pracemi, bude takové oprávnění potřebné.*
- 3. Činnosti musí být prováděny prostřednictvím odborně způsobilých osob (například prostřednictvím samostatných podnikatelů, kteří vlastní pro příslušnou činnost příslušné živnostenské oprávnění).«.*

442. V souvislosti s první formulovanou podmínkou zadavatel dále v rozhodnutí o námitkách mj. uvádí, že »[p]ři výkonu hornické činnosti se totiž nejedná o výkon živnosti, tedy nejedná se ani o „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, ale o zcela jinou činnost. Pokud by tedy předmětné činnosti, které jsou definovány v předmětných oprávněních, byly prováděny při hornické činnosti, není možné nahrazení předmětných oprávnění oprávněním k „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Činnosti totiž nejsou prováděny výhradně při provádění stavby, tak jak je tato činnost definována v živnostenském zákoně, ale také při provádění jiné činnosti, a to činnosti podle zákona o hornické činnosti. První podmínka tedy není splněna.«.

443. K druhé formulované podmínce zadavatel v rozhodnutí o námitkách mj. uvádí, že »ani druhá podmínka splněna není, neboť budou existovat činnosti, které souvisí s částmi veřejné zakázky, které jsou realizací stavby podle zákona o hornické činnosti, nikoliv podle zákona živnostenského.“.

444. Konečně k třetí formulované podmínce zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že *„[v] případě veřejné zakázky se tedy jedná o velmi specifickou a náročnou stavbu, na které bude probíhat velké množství odborných prací a zadavatel musí mít jistotu, že vybraný dodavatel bude řádně kvalifikován k výkonu každé jednotlivé práce, a to i prostřednictvím odborně způsobilých osob. Z pohledu naplnění třetí podmínky je tedy postup zadavatele zcela legitimní a přiměřený.“*
445. Úřad primárně konstatuje, že nepřehlédl vývoj argumentace zadavatele k předmětné zadávací podmínce (na který upozorňuje i sám navrhovatel), a že panuje určitý rozdíl mezi vysvětlením v původním rozhodnutí o námitkách a rozhodnutím o námitkách ze dne 23. 12. 2020. Co se týče rozhodnutí o námitkách ze dne 23. 12. 2020 ačkoliv zadavatel opakovaně sděluje, že připustil prokázání oprávnění k provádění příslušných činností jakýmkoli živnostenským oprávněním, a popírá, že by se v případě sporné zadávací podmínky obsahující požadavek na konkrétní živnostenská oprávnění jednalo o duplicitní požadavek, Úřad má za to, že zadavatel ve výsledku stále zaujímá stanovisko, že je zapotřebí, aby dodavatelé v nabídkách doložili všechna živnostenská oprávnění. K uvedenému závěru Úřad vede rozbor zadavatele, které podmínky nejsou splněny pro aplikaci obecné možnosti realizace plnění pouze na základě živnostenského oprávnění „provádění staveb jejich změn a odstraňování“. Tato oprávnění pak mají být doložena buď ze strany samotného dodavatele, nebo ze strany poddodavatelů tohoto dodavatele, mj. s ohledem na skutečnost, že montáže, opravy, zkoušky a revize zdvihacích či elektrických zařízení mohou být prováděny i při hornické činnosti, kdy může nastat situace, že se nebude jednat o vyhrazená technická zařízení a pro tuto situaci je nezbytné z pohledu zadavatele na požadavku předložení všech předmětných živnostenských oprávnění setrvat. Úřad konstatuje, že v kontextu všech shora uvedených stanovisek zadavatele obsažených v rozhodnutí o námitkách a ve vyjádřeních doručených Úřadu v průběhu správního řízení pokládá za převažující, a tudíž relevantní, názor zadavatele na výklad sporné zadávací podmínky, který považuje požadavek na předložení všech živnostenských oprávnění uvedených v zadávací dokumentaci za oprávněný. Z pohledu Úřadu se tedy zadavatel vůči přezkoumávané zadávací podmínce vymezil v tom smyslu, že na svém požadavku (formulovaném v zadávací dokumentaci s odkazem § 77 odst. 2 písm. a) zákona), aby dodavatelé předložili v jejich nabídkách všechna živnostenská oprávnění, tzn. nejen živnostenské oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, ale i živnostenské oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, setrvává a považuje jej za oprávněný, což odůvodňuje specifickými skutkovými okolnostmi. Tento závěr nadto dle přesvědčení Úřadu plně koresponduje i s faktickým zněním dané zadávací podmínky, která tím, že obsahuje odkaz na ustanovení § 77 odst. 2 písm. a) zákona (viz bod 429. odůvodnění tohoto rozhodnutí), vede dodavatele k tomu, že je požadován doklad o oprávnění k podnikání, tzn. živnostenské oprávnění, když v této zadávací podmínce není výslovně uvedena možnost nahradit požadovaný doklad o oprávnění k podnikání jiným typem dokladu (např. dokladem o tom, že dodavatel disponuje odborně způsobilými zaměstnanci s případným doložením relevantních oprávnění dokládajících odbornou způsobilost těchto zaměstnanců dodavatele), která by byla způsobilá nosnou informací pozměnit a vést dodavatele k úvaze o jejím odlišném výkladu, než který je navozen citací předmětného ustanovení zákona.

446. Úřad shrnuje, že ze shora uvedeného je nutno dospět k závěru, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách vyložil pravidlo stanovené v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Profesní způsobilost“, zadávací dokumentace v tom smyslu, že dodavatelé musí předložit všechna oprávnění, která zadavatel požadoval v rámci profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona samostatně, ačkoliv toto tvrzení nevyznívá tak razantně jako v původním rozhodnutí o námitkách. I pokud by se výše uvedená úvaha Úřadu o výkladu zadavatele ve vztahu k předmětné zadávací podmínce ukázala jako nesprávná, nelze odhlížet od samotného textu zadávací dokumentace. Předmětná zadávací podmínka není koncipována způsobem, aby muselo být dodavatelům na první pohled zřejmé, že k prokázání profesní způsobilosti nemusí disponovat všemi zadavatelem uvedenými živnostenskými oprávněními (k přípustnosti takového požadavku viz dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí).
447. Jestliže Úřad v předchozích bodech odůvodnění tohoto rozhodnutí dospěl 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 živnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, může se Úřad nyní zabývat tím, zda předmětná zadávací podmínka byla zadavatelem stanovena v souladu se zákonem. K tomu Úřad uvádí následující.
448. Úřad předně v obecné rovině konstatuje, že předmětem a smyslem profesní způsobilosti je ověření, zda účastník splňuje zákonné podmínky, které příslušný právní rámec vyžaduje pro výkon konkrétní činnosti. V rámci profesní způsobilosti tak jde o to, aby účastník prokázal, zda je zapsán v příslušném veřejném rejstříku (obligatorní podmínka), zda disponuje příslušným oprávněním k podnikání či zda je zapsán v samosprávné či jiné organizaci a má odbornou způsobilost, pokud je toto k výkonu dané činnosti v souladu s právní úpravou nezbytné (fakultativní podmínky).
449. Zadavatel má dle § 77 odst. 2 zákona možnost požadovat po dodavateli předložení oprávnění podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, pokud tak jiný právní předpis vyžaduje. Zadavatel musí v zadávací dokumentaci specifikovat doklady, kterými požaduje po dodavatelích jím stanovené požadavky na profesní způsobilost prokázat. Společnou podmínkou pro všechny požadavky podle § 77 odst. 2 zákona je to, že požadavky na profesní způsobilost musí být stanoveny jinými právními předpisy.
450. V nařízení vlády o obsahových náplních jednotlivých živností je uvedeno, že „[p]ři provádění uvedených stavebních prací mohou být vykonány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živností volné.“ (viz bod 428. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
451. V rámci správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0456/2019/VZ, kde předmětem veřejné zakázky v posuzovaném případě byla přestavba vnitřního městského okruhu, Úřad s ohledem na vyjasnění obsahu živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ resp. výkladu nařízení vlády o obsahových náplních jednotlivých živností požádal dotazem č. j. ÚOHS-01166/2020/533/LHI ze dne 15. 1. 2020 MPO o sdělení informace, zda držitel živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je oprávněn provádět v rámci realizace stavby (bude-li k tomu mít patřičné

osoby), také další činnosti, zvláště pak zodpovězení toho, zda jmenovaná živnost pokrývá i provádění elektroinstalačních prací a souvisejících činností (revize), nebo zda musí být pro tuto činnost samostatné živnostenské oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“. MPO ve svém stanovisku ze dne 17. 1. 2020 sdělilo, že při realizaci stavby na základě živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ mohou být vykonávány samostatně, avšak prostřednictvím odborně způsobilých osob (například prostřednictvím samostatných podnikatelů, kteří vlastní pro příslušnou činnost příslušné živnostenské oprávnění), i takové činnosti, které jsou jinak předmětem jednotlivých živností řemeslných, případně živnosti volné, pokud tyto činnosti přímo souvisejí se zřizováním, změnami a údržbou staveb, přičemž v demonstračním výčtu možných činností MPO uvedlo mj. montáž, opravy a revize plynových, elektrických, zdvihacích a tlakových zařízení a elektroinstalační práce. Závěrem MPO uvedlo, že podnikatel vlastníci živnostenské oprávnění s předmětem podnikání „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ není povinen pro provozování dílčích činností vedoucích k realizaci stavby, které jsou jinak samostatnými živnostmi, vlastnit jednotlivá živnostenská oprávnění. Úřad k tomu doplňuje, že shora specifikovaný dotaz Úřadu, stejně tak i odpověď MPO ze dne 17. 1. 2020, jsou součástí vedeného správního spisu pod položkou č. 46.

452. V rámci správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S0201/2020/VZ požádal Úřad dotazem č. j. ÚOHS-23764/2020/531/JHI ze dne 6. 8. 2020 MPO o sdělení informace, zda držitel živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je oprávněn provádět v rámci komplexní realizace stavby (bude-li k tomu disponovat odborně způsobilými osobami), také další činnosti, které jsou jinak předmětem živností, mj. „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, aniž by disponoval samostatnými živnostenskými oprávněními k těmto činnostem. V dalším Úřad mj. požádal MPO o sdělení informace, jakým způsobem lze zajistit odbornou způsobilost osob, resp. zda k zajištění odborné způsobilosti postačí, bude-li podnikatel např. disponovat zaměstnancem nebo jinou osobou, která k výkonu takové činnosti získala příslušná osvědčení či složila příslušné zkoušky, aniž by tato disponovala živnostenským oprávněním k předmětné činnosti (viz bod 431. odůvodnění tohoto rozhodnutí). MPO reagovalo svým stanoviskem ze dne 7. 8. 2020 (viz bod 434. odůvodnění tohoto rozhodnutí), v němž mj. uvedlo, že při provádění stavebních prací mohou být vykonávány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živnosti volné. MPO v dalším sdělilo, že tyto činnosti související s realizací stavby mohou být vykonávány buď prostřednictvím podnikatelů (subdodavatelů), kteří vlastní pro příslušnou činnost odpovídající živnostenské oprávnění, nebo prostřednictvím osob v pracovněprávním vztahu k držiteli vázané živnosti s předmětem podnikání „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, přičemž podnikatel vlastníci živnostenské oprávnění s předmětem podnikání „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ v tomto případě musí zajistit, aby činnost byla vykonávána prostřednictvím odborně způsobilých osob.
453. Dle Úřadu z předmětných stanovisek MPO nepochybně vyplývá, že při realizaci stavby na základě multiprofesní živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ lze vykonávat i související činnosti, aniž by dodavatel vlastnil, resp. musel vlastnit samostatné živnostenské oprávnění k těmto činnostem (za předpokladu, že by dodavatel měl odborně způsobilé osoby, specializované pracovníky). Ze stanovisek MPO pak dále vyplývá, že mezi tyto činnosti lze zařadit taktéž montáže, opravy a revize zdvihacích zařízení. To však

za předpokladu, že montáže, opravy a revize zdvihacích zařízení souvisejí s realizací určité stavby a že tyto činnosti vykonávají jen fyzické osoby, které jsou nejen odborně způsobilé, ale ve stanovených případech jsou též držiteli platného osvědčení vydaného některou z organizací státního odborného dozoru.

454. Úřad v dalším sděluje, že v šetřeném případě je předmětem veřejné zakázky zhotovení dopravní stavby, a sice konkrétního úseku metra. Ostatně i dle jejího druhu se jedná o veřejnou zakázku na stavební práce. Úřad v této souvislosti připomíná, že v případě realizace komplexní stavby na základě živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je možno v obecné rovině vykonat i další činnosti, pro které je jinak nezbytné disponovat samostatným živnostenským oprávněním. Mezi takové činnosti pak spadají i ty, které jsou jinak předmětem samostatné živnosti „montáže, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“. Pakliže tedy příslušný dodavatel disponuje živnostenským oprávněním „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, pak v rámci realizace stavby mohou být prostřednictvím odborně způsobilých osob prováděny i činnosti, jež jinak spadají pod samostatnou živnost „montáže, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“.
455. Z výše uvedené argumentace zadavatele v rozhodnutí o námitkách podle názoru Úřadu vyplývá, že zadavatel má za to, že fakt, že součástí komplexní stavby jsou rovněž činnosti prováděné hornickým způsobem podle zákona o hornické činnosti, které nejsou regulovány živnostenským zákonem, má za následek, že činnosti, které jsou jinak předmětem mj. živnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, nelze vykonávat na základě živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ prostřednictvím odborně způsobilých osob, tzn. aniž by dodavatel vlastnil samostatné živnostenské oprávnění k těmto činnostem. K tomu Úřad sděluje, že s ohledem na specifickou povahu předmětu plnění veřejné zakázky Úřad již v rámci žádosti MPO o sdělení ze dne 6. 8. 2020 poukázal na to, že součástí realizace předmětné stavby mají být taktéž činnosti prováděné hornickým způsobem ve smyslu zákona o hornické činnosti (viz bod 431. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž MPO ve svém stanovisku ze dne 7. 8. 2020 doporučilo Úřadu obrátit se v tomto ohledu na ČBÚ (viz bod 434. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ze stanoviska ČBÚ pak vyplynulo, že z pohledu státní báňské správy není pro zřízení stavby, jejíž součástí jsou i činnosti prováděné hornickým způsobem ve smyslu zákona o hornické činnosti, jako tomu má být i u posuzované veřejné zakázky, vedle živnostenského oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ nutné k výkonu souvisejících činností, a to např. k montážím, opravám, revizím a zkouškám zdvihacích zařízení, aby dodavatel vlastnil (musel vlastnit) samostatné živnostenské oprávnění k těmto činnostem.
456. Ze stanovisek TIČR ze dne 27. 8. 2020 a 1. 9. 2020 (viz body 437. a 438. odůvodnění tohoto rozhodnutí) Úřad dospěl k závěru, že odborná způsobilost k montážím, opravám, revizím a zkouškám vyhrazených technických zařízení není podmíněna držením samostatného živnostenského oprávnění k činnosti, která je jinak předmětem živnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“.
457. Taktéž z vyjádření ČBÚ ze dne 25. 8. 2020 vyplývá, že pro zajištění odborné způsobilosti není nezbytné, aby podnikatel disponoval samostatným živnostenským oprávněním k činnostem „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, když ČBÚ uvedl, že z hlediska

požadavků státní báňské správy na odbornou způsobilost musí mít podnikatel zejména oprávnění k hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem, přičemž speciální oprávnění je vyžadováno pro provoz vyhrazených technických zařízení, a shrnul, že státní báňskou správou není živnostenské oprávnění vyžadováno (viz bod 436. odůvodnění rozhodnutí).

458. Úřad má za to, že z jím provedeného šetření je nutno dospět k závěru, že dodavatel, který disponuje živnostenským oprávněním „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, je i v případě, kdy je jsou součástí plnění i činnosti prováděné hornickým způsobem oprávněn vykonávat i činnosti, na které by za jiných okolností musel mít samostatné živnostenské oprávnění. Uvedené platí pro situaci, kdy tyto činnosti jsou vykonávány v rámci komplexní stavby. V takovém případě jsou dodavatelé v teoretické rovině kvalifikováni pro plnění veřejné zakázky (s ohledem na znění živnostenského zákona ve spojení s nařízením vlády o obsahových náležitostech jednotlivých živností) již živnostenským oprávněním „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, za současného splnění např. dispozice odborně způsobilou osobou, a na tomto závěru ničeho nemění ani skutečnost, že v rámci komplexní stavby budou realizovány také činnosti prováděné hornickým způsobem ve smyslu zákona o hornické činnosti. Lze tedy vyslovit dílčí závěr, že v obecné rovině platí, že zadavatel pro výkon požadovaných činností nemusí požadovat dispozici dalšími samostatnými živnostenskými oprávněními, když daný dodavatel disponuje živnostenským oprávněním „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, jelikož je oprávněn např. prostřednictvím odborně způsobilých osob zajistit i další plnění, které jinak podléhá samostatným živnostem.
459. Nicméně nelze přehlédnout, že v souvislosti s oblastí veřejného zadávání stále více rezonuje myšlenka „rozumného rozhodování“ a „nutnosti odstranění přepjatého formalismu v rozhodovací praxi Úřadu“, která již své uplatnění našla i judikatuře soudů. Tento přístup pak má za cíl zamezit i 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, pročez je potřeba na případy pohlížet vždy komplexně a posuzovat i reálný dopad eventuálního pochybení zadavatele. Nelze totiž přehlédnout, že zejména při shledání pochybení zadavatele v souvislosti se stanovením zadávacích podmínek přichází do úvahy pouze jediné možné nápravné opatření, které ve svém výsledku má pro samotné zadávací řízení fatální následky.
460. Zákon v § 263 odst. 3 totiž spojuje s pochybením zadavatele ve stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem následek v podobě uložení nápravného spočívající ve zrušení zadávacího řízení. Uvedené ovšem bez dalšího neznámá, že každé pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek musí být nutně následováno zrušením zadávacího řízení, když právě naopak je nezbytné zohlednit hledisko přiměřenosti daného nápravného opatření s ohledem na skutkové okolnosti případu. V této souvislosti Úřad odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020, v němž označený soud judikoval, že *»obecně nerozporuje názor (...), že v případě naplnění podmínek pro použití § 263 odst. 3 ZZVZ (...) je nezbytné přistoupit ke zrušení zadávacího řízení. Z uvedeného ovšem nelze dle krajského soudu dovodit tak kategorický závěr, že jakýkoliv rozpor zadávací dokumentace se ZZVZ bude vždy stricto sensu nutně představovat »rozpor zadávacích podmínek se zákonem«, neboť by to znamenalo, že jakékoliv (i sebemenší) pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek by nutně vždy mělo*

za následek uplatnění nápravného opatření ultima ratio v podobě zrušení zadávacího řízení, bez ohledu na vzájemnou souvislost a intenzitu takového pochybení na samotný výsledek zadávacího řízení (výběr zadavatele či návrhu). (...) V těchto případech je vždy nezbytné zohlednit zásadu přiměřenosti přijatého opatření z hlediska závažnosti jeho dopadů do právní sféry jím dotčených subjektů (a to nikoliv pouze přímého adresáta takového opatření, typicky zadavatele).«. Co se týče nežádoucího přílišného formalismu ze strany Úřadu v rámci jeho rozhodovací praxe je pak možno odkázat i na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 75/2018-57 ze dne 5. 8. 2020.

461. Ačkoliv tedy Úřad nepopírá, že duplicitní požadavek zadavatele na předložení předmětných živnostenských oprávnění do jisté míry v obecné rovině může představovat pochybení zadavatele, má Úřad za to, že je potřeba reflektovat i další roviny daného případu. Jednou z nich je bezesporu vůbec samotný předmět veřejné zakázky. Za situace, kdy má dodavatel reálný a nepředstíraný zájem na získání veřejné zakázky takového významu a rozsahu, měl by být připraven za tímto účelem vynaložit určité úsilí, které typicky může spočívat například v opatření určitých dokladů či zajištění odborně způsobilých osob, prostřednictvím kterých by si předmětnou živnost zajistil, event. zajištění poddodavatele, kterým by kvalifikaci v daném rozsahu prokázal. Stejně tak nelze odhlížet od zájmů zadavatele, který má zájem na získání co nejkvalifikovanějšího dodavatele, u nějž nebude mít pochybnosti o jeho způsobilosti reálně následně samotné plnění odborně zajistit. Z pohledu Úřadu v kontextu šetřené veřejné zakázky nemůže činit dodavatelům nepřiměřené obtíže předložení, resp. obstarání živnostenského oprávnění pro provozování řemeslné živnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky zdvihacích zařízení“, to navíc v případě, kdy předmět plnění fakticky vyžaduje od dodavatelů danou odbornost, tzn. musí být připraveni plnit danou část předmětu plnění s náležitou odborností, a tedy mít zajištěnu konkrétní osobou, která touto odborností disponuje a pro dodavatele požadované odborné práce zaštití, a současně za situace, kdy nebylo dodavatelům zapovězeno splnění předmětné části profesní způsobilosti prostřednictvím poddodavatele. V tomto ohledu nelze přehlédnout, že ani sám návrhovač nutnost odbornosti k dané části předmětu plnění nerozporuje. Předmětný požadavek zadavatele tak z pohledu Úřadu nemohl dodavatele odradit od zájmu o veřejnou zakázku, a není proto způsobilý vytvořit překážky hospodářské soutěže. Stejně tak dle přesvědčení Úřadu lze s ohledem na objem veřejné zakázky pokládat možnost prokázání kvalifikace v daném rozsahu odborně způsobilou osobou a následnou realizaci pouze prostřednictvím této odborně způsobilé osoby (kterou by s ohledem na výše uvedené bylo možno čistě v hypotetické rovině kvalifikaci prokazovat) pouze za teoretickou, v praxi neuplatnitelnou. Lze si totiž jen těžko představit, že taková osoba by byla schopna zastřešit celou takto vyhraničenou část plnění, kdy za situace, že se jedná o odborně způsobilou osobu, která nedisponuje živnostenským oprávněním, tato nemůže zaměstnávat další osoby, které by společně s ní toto vymezené plnění provedly.
462. Aspektem, který tedy Úřad zohlednil pak je i intenzita daného „pochybení“, neboť se v zásadě jedná o pochybení v čistě teoretické rovině bez možného reálného dopadu. To i s přihlédnutím k rozsahu a složitosti veřejné zakázky, nárokům kladeným na dodavatele i nárokům kladeným na zadavatele při přípravě zadávacího řízení a zadávacích podmínek. Jedná se tak o pochybení marginální a de facto čistě formální. V dané situaci by bylo přílišným formalismem, pokud by taková dílčí nesprávnost spočívající v teoretické rovině v duplicitním a tedy nezákonném požadavku zadavatele na doložení oprávnění

k předmětným činnostem měla vést ke zrušení celého zadávacího řízení. Nad to je třeba zdůraznit, že samotný zájem zadavatele na ověření možnosti realizace částí plnění podléhajících předmětnému živnostenskému oprávnění nezpochybňuje ani navrhovatel, ani Úřad. Je logickým a zákonným požadavkem zadavatele, když tento ověřuje schopnost dodavatele plnit celý předmět veřejné zakázky.

463. S ohledem na výše uvedené Úřad dospěl k závěru, a to právě i při vědomí shora uvedeného rozsudku, že nápravné opatření podle § 263 odst. 3 zákona by bylo zjevně nepřiměřené zjištěnému pochybení zadavatele; uložení nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení tak s ohledem na charakter, resp. intenzitu daného pochybení a jeho vliv na výsledek zadávacího řízení, není z pohledu Úřadu ve zde projednávané věci namístě.
464. Úřad pro úplnost sděluje, že nepřehlédl argumentaci navrhovatele, v níž odkazuje především na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI ze dne 21. 2. 2020 potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-14767/2020/322/HSc ze dne 19. 5. 2020, přičemž uvádí, že v uvedených rozhodnutích byl zcela totožný požadavek zadavatele posouzen jako nezákonný. Úřad si je plně vědom existence tohoto rozhodnutí, stejně tak skutečnosti, že se v daném případě rovněž jednalo o významnou a rozsáhlou stavební zakázku. V době rozhodování předmětného případu však ještě ani neexistovala výše citovaná rozhodnutí soudu. K tomu Úřad sděluje, že v souladu se zásadou legitimního očekávání je Úřad povinen dbát na to, aby při rozhodování skutkově shodných nebo podobných případů nevznikaly nedůvodné rozdíly. Princip legitimního očekávání vyjádřený v ustanovení § 2 odst. 4 správního řádu vytváří předpoklady pro předvídatelnost, resp. ustálenost činnosti veřejné správy, přičemž v souladu s tímto principem by ustálená rozhodovací praxe měla být měněna jen v odůvodněných případech, přičemž tyto důvody musí být legitimní. Za ustálenou rozhodovací praxi, jež je způsobilá založit legitimní očekávání, je třeba považovat ustálenou, jednotnou a dlouhodobou činnost (případně nečinnost) správního orgánu, která opakovaně potvrzuje určitou interpretaci a aplikaci právních předpisů. Ojedinelé rozhodnutí, na které navrhovatel odkazuje, tudíž nemůže znamenat ustálenou rozhodovací praxi Úřadu, jež je s to založit legitimní očekávání navrhovatele. K dané problematice však nelze dovodit, že by se vyjma rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI ze dne 21. 2. 2020 potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-14767/2020/322/HSc ze dne 19. 5. 2020 jednalo o ustálenou rozhodovací praxi. Pokud se týká rozhodnutí Úřadu č. j. S139/2010/VZ-819/2011/530/SWa ze dne 5. 5. 2011, jež bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R118/2011/VZ-18473/2011/310/JRa ze dne 5. 12. 2011, a které bylo potvrzeno jak Krajským soudem v Brně, tak i Nejvyšším správním soudem České republiky v rozsudku č. j. 10 As 111/2014 – 54 ze dne 24. 7. 2014, bylo předmětem posouzení v dané věci otázka vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení, nikoliv posouzení zákonnosti zadávací podmínky, jednalo se tedy z pohledu Úřadu o skutkově odlišnou věc. Daný rozsudek proto z pohledu Úřadu nemůže založit legitimní očekávání, že bude určitým způsobem posouzen výklad zadávací podmínky, která není způsobilá, jak bylo dovozeno výše, mít fatální dopad na okruh dodavatelů v době přípravy jejich nabídek.
465. Na základě shora uvedeného Úřad konstatuje, že s ohledem na charakter, resp. intenzitu zjištěného pochybení a jeho vliv na výsledek zadávacího řízení nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření zadavateli.

466. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 10. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem, pro nějž by mělo být ukládáno nápravné opatření dle § 263 odst. 3 zákona

K části návrhu č. 11 „Seznam významných dodávek“

467. 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, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

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

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

470. Podle § 79 odst. 1 zákona zadavatel stanoví kritéria technické kvalifikace za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.

471. Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.

472. Podle § 151 odst. 1 zákona je sektorovou veřejnou zakázkou veřejná zakázka, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti.

473. Podle § 153 odst. 1 písm. f) zákona se relevantní činností pro účely tohoto zákona rozumí činnost související s poskytováním či provozováním sítí určených k poskytování služeb veřejnosti v oblasti železniční, tramvajové, trolejbusové, veřejné autobusové nebo lanové dopravy (dále jen „dopravní síť“); dopravní síť se považuje za existující, pokud je činnost podle tohoto písmene poskytována za podmínek stanovených příslušnými správními orgány.

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

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

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

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

475. Předmětem plnění veřejné zakázky je pak podle bodu II.2.4) oznámení o zahájení zadávacího řízení „zhotovení dopravní stavby „Provozní úsek I.D pražského metra – úsek Pankrác – Olbrachtova - stavební část“ v rozsahu dle projektové dokumentace. Blíže viz ZD a její přílohy.“.

476. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“ zadávací dokumentace zadavatel mj. uvedl, že „[v]eřejná zakázka je sektorovou veřejnou zakázkou ve smyslu § 151 odst. 1 ZZVZ zadávanou při vykonávání relevantní činnosti zadavatele podle § 153 odst. 1 písm. f) ZZVZ“.

477. Ve shora jmenovaném článku, konkrétně v části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.2. „Seznam významných dodávek“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „[d]odavatel prokazuje splnění podmínek technické kvalifikace analogicky dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ předložením seznamu významných dodávek poskytnutých dodavatelem za posledních deset (10) let před zahájením zadávacího řízení, **včetně osvědčení objednatel¹³** o řádném poskytnutí a dokončení těchto dodávek, z něhož bude vyplývat, že dodavatel v posledních deseti (10) letech před zahájením zadávacího řízení poskytl (dokončil) minimálně níže uvedené dodávky:

(...)

d) alespoň 3 významné dodávky pohyblivých schodů na dopravní tunelové stavbě v počtu nejméně 3 ramen (alespoň jedno rameno musí být v dopravní výšce nejméně 28 m) ve finančním objemu minimálně ve výši 5 mil. Kč bez DPH každá;

e) alespoň 2 významné dodávky výtahů (alespoň jeden výtah musí být v dopravní výšce nejméně 28 m) ve finančním objemu ve výši minimálně 5 mil. Kč bez DPH každá; a

f) alespoň 2 významné dodávky motoricky ovládaných dveří ve finančním objemu ve výši minimálně 1 mil. Kč bez DPH každá.

(...)

Dodavatelé mohou využít jako vzor seznamu významných dodávek Přílohu č. 7 této zadávací dokumentace. Přílohou tohoto seznamu budou osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení dodávek, a to v rozsahu, jak je uvedeno výše. Tato osvědčení musí zahrnovat popis předmětu plnění, cenu, dobu a místo realizace dodávek a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto dodávky provedeny řádně. V předloženém osvědčení musí být vždy uvedeny identifikační údaje objednatel (kontaktní osoba a její telefon, email), který osvědčení vydal, pro potřeby případného ověření údajů uvedených v osvědčení objednatel. Osvědčení musí být předložena i v případě, že byl objednatel zadavatel.

Pokud dodavatel není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit doklad požadovaný k prokázání tohoto kritéria, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad. Rovnocenným dokladem je zejména smlouva s objednatel a současně doklad o uskutečnění plnění dodavatele. (...)

Právní posouzení

478. Navrhovatel namítá v prvé řadě nezákonnost požadavku zadavatele na prokázání kritéria technické kvalifikace, neboť zadavatel v rámci požadavku na doložení referenčních dodávek požadoval i předložení osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí dodávek. Podle navrhovatele zadavatel není oprávněn požadovat za účelem prokázání kvalifikace jiné doklady než ty, které zákon stanoví v příslušném zákonném ustanovení [zde § 79 odst. 2

¹³ Zvýraznění provedeno Úřadem, pozn. Úřadu.

písm. b) zákona, pozn. Úřadu]. Uvedené pravidlo přitom platí i pro případy, kdy zadavatel zadává sektorovou veřejnou zakázku, neboť navrhovatel je přesvědčen, že požadavek zadavatele na doložení jiných dokladů nad rámec zákona není „stanovením jiného kritéria kvalifikace“ ve smyslu § 167 odst. 1 zákona. Podle navrhovatele zadavatel může k prokázání kritérií technické kvalifikace ve vztahu k dodávkám požadovat toliko seznam významných dodávek, nikoliv však již osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí takových dodávek, neboť nelze upravovat kritéria kvalifikace, pouze lze formulovat kritéria nová.

479. Součástí této části návrhu je dále námitka, že zadavatel stanovil nezákonně požadavek na referenční zakázku na významnou dodávku motoricky ovládaných dveří, neboť stanovený požadavek je nepřiměřený ve vztahu k rozsahu a charakteru veřejné zakázky a bezdůvodně omezuje okruh potenciálních dodavatelů.
480. K první namítané skutečnosti uvádí Úřad následující.
481. Úřad nejprve v obecné rovině připomíná, že účelem stanovení požadavků na prokázání kvalifikace je zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který k tomu má určitou způsobilost, tj. bude k jejímu plnění mít potřebné předpoklady, čímž je minimalizováno riziko, že dojde ke zmaření primárního účelu zadávacího řízení, kterým je řádná a efektivní realizace plnění veřejné zakázky. Smyslem stanovení kritérií technické kvalifikace je pak zajistit, aby se o veřejnou zakázku ucházeli pouze ti dodavatelé, kteří ji jsou schopni řádně plnit po stránce technické, materiální či personální. Ke smyslu a účelu kvalifikace se pak Úřad vyjádřil i výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, přičemž v tomto ohledu odkazuje na již řečené.
482. K samotným povinnostem zadavatele při stanovení požadavků na kvalifikaci Úřad uvádí, že zákon rozlišuje, zda je veřejná zakázka tzv. sektorovou veřejnou zakázkou, kterou zadává veřejný zadavatel při výkonu relevantní činnosti, jak tomu je v právě posuzovaném případě. Skutečnost, že se jedná o sektorovou veřejnou zakázku, vyplývá ze zadávací dokumentace (viz bod 476. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a tato skutečnost je zřejmá i z profilu zadavatele, přičemž tuto skutečnost nečiní spornou ani sám navrhovatel. Pokud je veřejná zakázka sektorovou veřejnou zakázkou, zákon v § 167 umožňuje zadavateli stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté zákona, přičemž ustanovení § 76 a § 81 až 88 zákona se použijí obdobně. Zadavatel je pak omezen tím, že nesmí zejména stanovit některým dodavatelům podmínky, které nejsou stanoveny jiným dodavatelům, nebo požadovat doklady, zkoušky nebo jiné údaje bez vážného důvodu opakovaně. Zadavateli zadávajícímu sektorovou veřejnou zakázku jsou tak dány širší možnosti, jak ověřit schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku, nicméně i u sektorové veřejné zakázky by měl zadavatel omezit rozsah požadované kvalifikace pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, resp. s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění.
483. Z uvedeného tedy vyplývá, zadavatel zadávající sektorovou veřejnou zakázku má ze zákona ve vztahu k požadavkům na prokazování kvalifikace dodavatelů širší možnosti, než u veřejných zakázek „nesektorových“. Volnější úprava platná pro sektorové veřejné zakázky spočívá především v možnosti zadavatele požadovat prokázání jakéhokoliv objektivního nediskriminačního požadavku na kvalifikaci, na základě kterého pak zadavatel účinně zjistí schopnost dodavatele realizovat předmět plnění veřejné zakázky. Stanovení

požadavků na prokázání kvalifikace u sektorové veřejné zakázky přitom závisí pouze na uvážení zadavatele. Je tomu tak s ohledem na povahu výkonu relevantní činnosti, coby specifických činností vykonávaných na příslušném trhu, pro který jsou charakteristická specifika oblastí, ve kterých zadavatelé působí, a to především regulace vykonávaných činností. Rozsah požadované kvalifikace je z důvodu častého zapojení do zadávání sektorových veřejných zakázek soukromých subjektů pak do značné míry závislý na konkrétních a specifických požadavcích těchto zadavatelů daných jejich postavením na trhu. Zadavatelem stanovené požadavky na kvalifikaci u sektorové veřejné zakázky však musí být vždy stanoveny objektivně, v souladu se zásadou zákazu diskriminace, musí být přiměřené ve vztahu k rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky a musí být dána bezprostřední souvislost s předmětem plnění. Požadavky na kvalifikaci u sektorové veřejné zakázky se tedy nemusí krýt s požadavky uvedenými v části čtvrté zákona, nicméně vždy musí být omezeny pouze na informace a doklady bezprostředně související s předmětem veřejné zakázky, resp. musí být vymezeny s ohledem na druh, rozsah a složitost předmětu plnění. Zadavatel při zadávání sektorové veřejné zakázky tedy musí před zahájením zadávacího řízení minimálně v těchto ohledech zvážit, jaké kvalifikační požadavky stanovit, přičemž zadavatel musí současně postupovat tak, že musí stanovit všem dodavatelům stejné podmínky (jedná se o promítnutí zásady rovného zacházení) a nesmí požadovat doklady, zkoušky nebo jiné údaje bez vážného důvodu opakovaně (jedná se o promítnutí zásady přiměřenosti). Stejně tak platí, že tyto požadavky musí být vymezeny nediskriminačním způsobem.

484. V případě první namítané skutečnosti se Úřad zaměřil na posouzení, jaké možnosti zákon dává zadavateli v případě formulace požadavků na kvalifikaci u sektorové veřejné zakázky a na výklad v zákoně užitého pojmu „jiná kritéria kvalifikace“ a zda lze připustit situaci, kdy zadavatel využije kritéria, které je obsaženo v části čtvrté zákona a k němu pouze přidá požadavek navíc, právě tento aspekt považuje navrhovatel za nezákonný. Úřad předesílá, že navrhovatel nenamítá, že by kvalifikační požadavky byly zadavatelem stanoveny tak, že by neodpovídaly druhu, rozsahu nebo složitosti předmětu veřejné zakázky (vyjma druhé namítané skutečnosti této části návrhu, k níž se Úřad vyjádří níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí), popř. že by byly stanoveny nepřiměřeným způsobem, či že by působily vůči dodavatelům diskriminačně, v tomto ohledu tedy lze předmětné požadavky na technickou kvalifikaci považovat za zákonné.
485. Úřad konstatuje, že konkrétně je předmětem posouzení požadavek uvedený v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“ bodu 5.6.2. „Seznam významných dodávek“, kde zadavatel stanovil, že „[d]odavatel prokazuje splnění podmínek technické kvalifikace analogicky dle § 79 odst. 2 písm. b) ZZVZ předložením seznamu významných dodávek poskytnutých dodavatelem za posledních deset (10) let před zahájením zadávacího řízení, **včetně osvědčení objednatel¹⁴** o řádném poskytnutí a dokončení těchto dodávek, z něhož bude vyplývat, že dodavatel v posledních deseti (10) letech před zahájením zadávacího řízení poskytl (dokončil) minimálně níže uvedené dodávky (...)“, vůči němuž se navrhovatel vyznamenal s tvrzením, že takto formulovaný požadavek je nezákonně modifikovaný požadavek dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona. Zákon dle mínění navrhovatele takovou úpravu požadavku neumožňuje, je dovoleno pouze stanovit

¹⁴ Zvýraznění provedeno Úřadem, pozn. Úřadu.

požadavek na kvalifikaci dle § 79 odst. 2 zákona nebo požadavek zcela nový, který není v § 79 odst. 2 zákona zmíněn. Úřad uvádí, že je třeba si uvědomit, co zákonodárce formulací ustanovení, podle něhož zadavatel může při zadávání sektorové veřejné zakázky stanovit i jiná kritéria kvalifikace dodavatele, než jsou uvedena v části čtvrté, sledoval. Pakliže cílem zákonného ustanovení je rozšířit zadavatelům možnost, jak ověřit kvalifikaci dodavatelů, tj. umožnit jim větší volnost při formulování kvalifikačních kritérií, není důvod předpokládat, že zákonodárce cílil směrem, který se snaží dovodit navrhovatel. Pojem „jiná kritéria kvalifikace“ v sobě s určitostí zahrnuje i změny kritérií již zákonem formulovaných, které tím, že jsou určitým způsobem modifikovány, stávají se fakticky kritérii novými. Ke stejnému závěru lze dospět i za použití argumentu a maiori ad minus, neboť je-li povoleno využití zcela nového kritéria, lze vzít za samozřejmé, že jsou povoleny i menší zásahy do kritérií, které lze spatřovat v modifikaci kritérií stávajících, tzn. zákonodárce jistě zamýšlel dát zadavatelům v případě sektorových veřejných zakázek volnost tvořit kritéria nová, ale i upravovat kritéria stávající. Cílem stanovovaných kvalifikačních požadavků totiž je, jak již bylo popsáno výše, umožnit zadavatelům požadovat více ověření, tj. více a rozmanitěji verifikovat schopnosti dodavatelů. Pokud zadavatel dospěje k závěru, že k lepšímu ověření schopnosti dodavatele dospěje úpravou kritérií upravených částí čtvrtou zákona, není zapotřebí a bylo by nelogickým, aby byl zadavatel nucen vymýšlet zcela nová kritéria, která by musel úzkostlivě formulovat tak, aby nemohla být považována za úpravu kritérií stávajících, neboť by současně vznikala otázka, kde je hranice pro posouzení dostatečné odlišnosti kritérii nových tak, aby mohla být považována za nová a ne za kritéria původní, která byla pouze upravena. Zapovězení takového postupu by tedy bylo i velmi nešikovným a v praxi obtížně realizovatelným. Pokud tedy zákonodárce stanovil zvláštní pravidlo pro stanovení kritérií kvalifikace u sektorových veřejných zakázek, toto pravidlo s určitostí umožňuje zasahovat do stávajících kritérií a tato upravovat, čímž se de facto stávají kritérii novými. Zadávací podmínku formulovanou zadavatelem tak Úřad neshledává z popsaných důvodů nezákonnou. V posuzovaném případě je totiž evidentní, že zadavatel pro lepší objasnění dostatečné kvalifikovanosti dodavatelů shledal za důležité nejen bez dalšího vycházet z tvrzení dodavatelů o provedení referenčních dodávek, ale tyto žádal i určitým způsobem osvědčit. V tomto ohledu nelze přehlédnout, že obecně ve vztahu k veřejným zakázkám na stavební práce je takto dokonce v části čtvrté zákon formulován. Nadto je možno upozornit, že zadavatelem stanovené požadavky na referenční „dodávky“ mohly leckdy představovat součást plnění v rámci stavební veřejné zakázky. Současně v souvislosti s předmětným požadavkem zadavatele nelze přehlédnout, že zadavatel vzal v potaz i dobu, za jakou umožňuje referenční zkušenosti prokázat. Jelikož lze předkládat reference za posledních 10 let před zahájením zadávacího řízení, vzal zadavatel v potaz to, že může být pro dodavatele u některých referenčních zakázek doložení osvědčení komplikovaným. S ohledem na tuto skutečnost zadavatel zmírnil svůj požadavek, když v zadávací dokumentaci stanovil, že pokud dodavatel *„není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit doklad požadovaný k prokázání tohoto kritéria, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad. Rovnocenným dokladem je zejména smlouva s objednatelům a současně doklad o uskutečnění plnění dodavatele.“* Požadavek zadavatele tak lze i, mimo jiné, shledat přiměřeným, když bezdůvodně neomezuje dodavatele soutěžící o veřejnou zakázku, není formulován odlišně vůči různým dodavatelům a nelze shledat, že by byly tyto doklady

požadovány opakovaně. Předmětný kvalifikační požadavek nevybočuje z mezí daných zákonem a zadavatel se při jeho vymezení nedopustil porušení zákona.

486. Druhá námitka navrhovatele směřuje vůči požadavku zadavatele na prokázání kritéria technické kvalifikace, jenž byl stanoven v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“ bodu 5.6.2. „Seznam významných dodávek“ pod písm. f), zadávací dokumentace. V rámci tohoto požadavku zadavatel požadoval 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. Navrhovatel spatřoval nepřiměřenost daného požadavku v zanedbatelnosti plnění ve vztahu k rozsahu a charakteru veřejné zakázky. Z pohledu Úřadu je tak na místě ověřit přiměřenost shora popsaného požadavku zadavatele. Jako první otázku si lze položit otázku o vazbě předmětného požadavku na předmět plnění, tj. zda odpovídá požadavek druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění.
487. Z vyjádření zadavatele ze dne 7. 7. 2020 vyplývá, že zadavatel poukazuje na vysvětlení zadávací dokumentace č. 9, v němž uvedl, že požadavek na významné dodávky motoricky ovládaných dveří se týká položek stavební části automatické posuvné dveře a rolovací mříž. Navrhovatel dále ve svém vyjádření uvedl, že *»[v] definici pojmu „motoricky ovládané dveře“ jsou i dveře, které mají elektrický samozavírač s motorovým pohonem. Jelikož je však toto velmi atypické řešení, zadavatel v rámci vysvětlení č. 9 na toto konkrétně reference nepožadoval a nahradil tyto dvoje dveře prostým počtem elektrických posuvných dveří. Celkově je tedy v zadávací dokumentaci 7 ks motoricky ovládaných dveří.«*. Zadavatel ve svém vyjádření konkretizoval, že jsou jimi 3 položky (dveře č. 525, 529 a 532) v dokumentu označeném „SP_5_Dilci soupisy_Z10“, který tvoří součást přílohy č. 12 „Projektová dokumentace“ zadávací dokumentace, dále položky v rámci SO 13-21, kód položek: 768.D.520 a 768.D.521 (dveře č. 520, 521). Dále jsou to dle zadavatele dveře, které splňují parametr na motorické ovládání, tyto jsou součástí SO 11-21, konkrétně se jedná o dveře č. 824 a 833, které mají elektrický samozavírač, který v případě požáru dveře motoricky zavře, s kódem položky 769.824 a 769.833. Zadavatel v dalším uvedl, že *„[c]elkem se tedy v zadávací dokumentaci nachází 7 ks dveří, které jsou motoricky ovládané (5 ks posuvných, 2 ks s elektrickým samozavíračem). K pojmu motoricky ovládané dveře zadavatel v rámci vysvětlení č. 9 doplnil, že předmětem dodávky je i 9 ks rolovacích mříží s elektrickým ovládaním, pro které rovněž je požadovaná reference relevantní a byly tak důvodem pro formulování tohoto kvalifikačního požadavku.“*. Z uvedeného lze dospět k závěru, a je současně ověřitelné z projektové dokumentace, že v soupisu prací figurovalo, a tedy má být předmětem dodávky coby součásti předmětu plnění, celkem 7 ks motoricky ovládaných dveří a 9 ks rolovacích mříží.
488. Navrhovatel má pochybnosti o vazbě předmětného kvalifikačního požadavku na druh, rozsah i složitost veřejné zakázky, když předmět plnění v podstatném rozsahu spočívá v budování podzemního díla a pokud v sobě zahrnuje nějaké dodávky motoricky ovládaných dveří, jedná se z jeho pohledu o zcela zanedbatelnou část plnění. Úřad navrhovateli přitakává v tom směru, že se co do poměru hodnot vskutku hodnotově jedná o položky (k nimž směřuje předmětný kvalifikační požadavek) s o několik řádů menší finanční hodnotou než je např. vytěžení hornin, zhotovení, zaizolování a zabezpečení tunelů, které jsou oprávněně považovány za velmi podstatné a rozsáhlé činnosti z celého předmětu plnění a mohou

se jevit se jako důležitější. Nicméně z tohoto úhlu pohledu nazíráno na věc je třeba reflektovat, že dodavatelé, kteří svoji činnost primárně zaměřují na zhotovování tunelových staveb, což je bezesporu hlavní vymezení předmětu veřejné zakázky, nemusí mít reálné zkušenosti s montáží a dodávkou motoricky ovládaných dveří. Na veřejnou zakázku je však třeba nahlížet jako na celek a být se dílčí plnění může jevit jako méně důležité, nelze jeho význam bagatelizovat a a priori požadavek stanovený k prokázání kvalifikace považovat za nezákonný. Právě z důvodu, že primárním adresátem předmětného zadávacího řízení jsou dodavatelé, kteří mají zkušenosti s tunelovými (raženými) stavbami a naopak tito nemusí mít zkušenosti s těmito dílčími pracemi, dle přesvědčení Úřadu, přistoupil zadavatel k formulaci svého požadavku. Úřad tak ve stanovené podmínce shledává ratio, když zadavatel požaduje předložit i referenční zakázky na dodávku motoricky ovládaných dveří. Tento požadavek zadavatele směřuje k tomu, aby si ověřil zkušenosti dodavatelů a zajistil, že i tato část předmětu plnění, která by se mohla zdát zdánlivě okrajovou, kdy se jedná o dodávku 7 ks motoricky ovládaných dveří a 9 ks rolovacích mříží, nicméně která, pokud by byla zhotovena nekvalitně, či s vadami, by mohla zapříčinit i dokonce až život ohrožující situace, bude plněna zkušeným, kvalifikovaným dodavatelem. Za tímto účelem zadavatel stanovil předmětný požadavek, který, jak Úřad ověřil, nijak nevybočuje z ostatních požadavků, naopak mezi ně naprosto logicky zapadá, neboť kromě doložení zkušeností s motoricky ovládanými dveřmi, zadavatel požaduje doložit zkušenosti s dodávkou eskalátorů či výtahů, přičemž tyto zkušenosti nerozporuje ani sám navrhovatel. Úřad však v ověřování těchto zkušeností zřejmou paralelu shledává. Ani skutečnost, že by si k prokázání této části technické kvalifikace dodavatel musel zajistit poddodavatele, neshledává Úřad v kontextu charakteru veřejné zakázky jako jakkoliv diskriminující či nepřiměřený. Lze případně i očekávat, že pro samotné plnění by mohl dodavatel využít poddodavatele, který se tímto typem „dodávek“ zabývá, neboť se nemusí jednat o činnost, která přímo koresponduje s charakterem prací, který primární adresáti vypsání veřejné zakázky realizují. V dalším Úřad dodává, že nepřehlédl, že hodnota dodávky motoricky ovládaných dveří bude poměrně nižší než např. dodávka pohyblivých schodů či výtahů, tomu však zadavatel poměrně přizpůsobil i požadovanou hodnotu dokládání referenčních zakázek, což může přispět k náhledu na otázku přiměřenosti předmětného požadavku co do hodnoty požadovaných referencí ve vztahu k předmětné části plnění, na což navrhovatel rovněž poukazuje. Ačkoliv tato část námítky by mohla být považována za námítku neuvedenou v námítkách, Úřad přesto níže přistoupí k jejímu vypořádání. Úřad uzavírá, že předmětný kvalifikační požadavek byl stanoven ve vazbě na předmět plnění, s ohledem na její druh, rozsah i složitost, když právě s ohledem na skutečnost, že primárně dodavatelé spatřují obtížnost a složitost v jiných částech předmětu plnění, mohlo by, v případě, že by zadavatel neověřil zkušenosti dodavatelů s tímto typem dodávky, dojít k jeho podcenění a třeba i dodání nekvalitního plnění. Úřad podotýká, že zadavatel dodavatele neomezil v možnosti využít poddodavatelského plnění, tzn. ponechal na jejich uvážení, aby v případě, že nemají zkušenosti s tímto typem dodávek, oslovili specializované dodavatele, se kterými navážou smluvní vztah a využijí jejich schopnosti pro plnění předmětné části plnění veřejné zakázky a současně tyto využijí i pro prokázání předmětné části technické kvalifikace. Úřad konstatuje, že je na uvážení zadavatele, zda pro zajištění kvalitního plnění přistoupí k ověření technické kvalifikace, či zda postačí zajišťovací instituty ze smlouvy, jako je záruka za jakost a smluvní pokuta, k tomu, aby získal dostatečně kvalitní plnění, tj. zda právě tyto instituty

povedou dodavatele k dostatečné odpovědnosti při plnění veřejné zakázky. Zvolený postup, jestliže je shledán opodstatněným a zákonným, nemůže být zadavateli vytýkán.

489. Pokud se týká argumentace navrhovatele směřující k nepřiměřenosti předmětného kvalifikačního požadavku zejména s ohledem na hodnotu plnění, která by mohla dle navrhovatele reálně činit cca 450 tisíc Kč, ačkoliv zadavatel požadoval referenci na min. dvě dodávky v hodnotě 1 mil. Kč, uvádí Úřad následující. Z pohledu Úřadu lze přijmout závěr, že obecný pojem motoricky ovládané dveře byl zadavatelem objasněn jako zahrnující jednak samotné motoricky ovládané dveře a jednak i rolovací mříže. V tomto směru není relevantní argumentace navrhovatele opřena o definici obsaženou v normě ČSN, neboť zadavatel pracoval s obecným pojmem, tvořícím souhrnnou množinu pro více typů dveřních výplní, a to mj. za účelem nerozdrobení požadavků do nekonečného množství podskupin, který by vedl k nepřehlednosti kvalifikačních požadavků zadavatele a transparentně objasnil, jak pracoval s položkami soupisu prací, tzn. ve vazbě na kterou část předmětu plnění, při formulaci požadavku na technickou kvalifikaci spočívající v požadavku na prokázání zkušeností s dodávkou motoricky ovládaných dveří. Co do poměru hodnot pak Úřad neshledává v posuzovaném případě excesivnost. Pokud jde o hodnotu plnění, které bude předmětem dodávky, ve vztahu k plnění, k němuž měla směřovat požadovaná reference (které zahrnuje i rolovací mříže a jehož hodnota tedy bude i dvojnásobně vyšší než navrhovatelem zmiňovaných 450 tis. Kč), považuje Úřad poměr hodnot za přijatelný. Stejně tak považuje za přijatelnou hodnotu každé z požadovaných referenčních zakázek, kdy nepovažuje za problematické, aby hodnota jedné dodávky činila 1 mil. Kč, neboť automaticky ovládané dveře a jejich dodání a montáž nelze považovat za neobvyklé a málo se objevující plnění, naopak se z pohledu Úřadu jedná o velmi častou součást budov ve veřejném prostoru a u obchodních prostor. Pakliže zákon nestanoví žádný strop pro určení správného maximálního poměru hodnoty plnění vs. hodnota požadovaných referencí a ponechává prostor pro správné uvážení všech okolností daného případu, je v současnosti nutná pro ověření zákonnosti požadavků zadavatele pouze aplikace zásady přiměřenosti; Úřad nicméně neshledal ani porušení zásady přiměřenosti, neboť vazba hodnoty požadovaných referencí na relevantní část předmětu plnění nebyla stanovena excesivně. Úřad s ohledem na všechny závěry učiněné výše (tj. i závěry obsažené v předchozím bodu odůvodnění tohoto rozhodnutí), posoudil předmětný požadavek zadavatel za stanovený ve vazbě na předmět plnění veřejné zakázky a zároveň v souladu se zásadou přiměřenosti.

490. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 11. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává zadávací podmínky ve výše vymezené části zákonnými.

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

491. V této části návrhu navrhovatel brojí proti údajně nezákonně stanovenému požadavku zadavatele na složení jistoty formou bankovní záruky.

Relevantní ustanovení zákona

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

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

494. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se zadávací dokumentací rozumí veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
495. Podle § 36 odst. 1 zákona nesmí být zadávací podmínky stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
496. Podle § 40 odst. 1 zákona může zadavatel stanovit zadávací lhůtu, kterou se rozumí lhůta, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit. Počátkem zadávací lhůty je konec lhůty pro podání nabídek. Zadávací lhůta musí být stanovena přiměřeně s ohledem na druh zadávacího řízení a na předmět veřejné zakázky.
497. Podle § 41 odst. 1 zákona platí, že stanoví-li zadavatel zadávací lhůtu, může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení poskytl ve lhůtě pro podání nabídek jistotu.
498. Podle § 41 odst. 3 zákona poskytne jistotu účastník zadávacího řízení formou
- složení peněžní částky na účet zadavatele,
 - bankovní záruky ve prospěch zadavatele, nebo
 - pojištění záruky ve prospěch zadavatele.

Relevantní ustanovení jiných právních předpisů

499. Podle ustanovení § 2029 odst. 1 občanského zákoníku vzniká finanční záruka prohlášením výstavce v záruční listině, že uspokojí věřitele podle záruční listiny do výše určité peněžní částky, nesplní-li dlužník věřiteli určitý dluh, anebo splní-li se jiné podmínky určené v záruční listině. Je-li výstavcem banka, zahraniční banka nebo spořitelna a úvěrní družstvo, jedná se o bankovní záruku.
500. Podle ustanovení § 2031 odst. 1 občanského zákoníku platí, že potvrdí-li finanční záruku jiný výstavce, může věřitel uplatnit právo z finanční záruky vůči kterémukoli z těchto výstavců.
501. Podle ustanovení § 2032 občanského zákoníku platí, že poskytl-li výstavce finanční záruku na žádost jiného výstavce, má výstavce, který záruku poskytl, vůči žádajícímu výstavci právo na náhradu, pokud z poskytnuté záruky plnil a dodržel podmínky určené v žádosti.
502. Podle § 1 odst. 1 zákona č. 21/1992 Sb., o bankách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o bankách“) platí, že tento zákon zapracovává příslušné předpisy Evropské unie, zároveň navazuje na přímo použitelný předpis Evropské unie a upravuje některé vztahy související se vznikem, podnikáním a zánikem bank se sídlem na území České republiky, včetně jejich působení mimo území České republiky, a dále některé vztahy související s působením zahraničních bank na území České republiky. Bankami se rozumějí akciové společnosti se sídlem v České republice, které:
- přijímají vklady od veřejnosti, a
 - poskytují úvěry,
- a které k výkonu činností podle písmen a) a b) mají bankovní licenci.

503. Podle § 1 odst. 6 zákona o bankách platí, že bankovní činnosti uvedené v odstavci 1 písm. a) a b) a v odstavci 3 [přičemž v odstavci 3 najdeme pod písmenem e) službu spočívající v poskytování záruk] může vykonávat na území České republiky rovněž zahraniční banka prostřednictvím své pobočky (dále jen „pobočka zahraniční banky“); zahraniční banka
- a) se sídlem v členském státě Evropské unie nebo ve státě, který je smluvní stranou Dohody o Evropském hospodářském prostoru (dále jen „členský stát“), která požívá výhody jednotné licence podle práva Evropské unie (§ 5a), vykonává tyto činnosti prostřednictvím pobočky této zahraniční banky (dále jen „pobočka banky z členského státu“),
- b) se sídlem v jiném než členském státě vykonává tyto činnosti prostřednictvím pobočky této zahraniční banky (dále jen „pobočka banky z jiného než členského státu“), pokud jí byla udělena Českou národní bankou licence (§ 5) a pouze v rozsahu udělené licence.
504. Podle ustanovení § 5a odst. 1 zákona o bankách platí, že banky se sídlem v členských státech mohou vykonávat na území České republiky prostřednictvím svých poboček činnosti podle tohoto zákona bez licence, pokud oprávnění k jejich výkonu jim bylo uděleno v zemi jejich sídla a pokud zahraniční banka dodržela postup stanovený právem Evropské unie podle § 5c až 5m. Banky se sídlem v členských státech jsou dále za stejných podmínek oprávněny k provozování těchto činností i bez založení pobočky, pokud jejich provozování nemá charakter trvalé hospodářské činnosti.
505. Podle ustanovení § 5c odst. 1 a 2 zákona o bankách platí, že banky se sídlem na území členského státu (dále jen "domovský stát") mohou vykonávat na území jiného členského státu (dále jen "hostitelský stát") prostřednictvím své pobočky činnosti vyjmenované v § 5d [přičemž pod písmenem f) tohoto odstavce najdeme i službu spočívající v poskytování záruk] bez licence, pokud oprávnění k jejich výkonu bylo těmto bankám uděleno v domovském státě. Stejně oprávnění s výjimkou činnosti uvedené v § 5d písm. a) se vztahuje i na finanční instituce splňující podmínky uvedené v § 5e odst. 1 (dále jen "oprávněná finanční instituce"). Banky podle odstavce 1 jsou dále oprávněny k provozování činností vyjmenovaných v § 5d i bez založení pobočky, pokud jejich provozování nemá charakter trvalé hospodářské činnosti. Totéž platí pro oprávněné finanční instituce podle odstavce 1 s výjimkou činnosti uvedené v § 5d písm. a).
506. Podle ustanovení § 5d odst. 1 písm. f) zákona o bankách platí, že banky podle § 5c odst. 1 nebo oprávněné finanční instituce mohou vykonávat na území hostitelského státu při splnění podmínek stanovených právem Evropské unie a uvedených v tomto zákoně činnost poskytování záruk.
507. Podle ustanovení § 5j zákona o bankách platí, že dohled nad pobočkou banky z členského státu nebo oprávněné finanční instituce vykonává orgán dohledu domovského státu. Orgán dohledu hostitelského státu může od pobočky banky z členského státu nebo oprávněné finanční instituce požadovat pro statistické a informační účely a pro účely výkonu dohledu podle tohoto zákona pravidelné hlášení o jejich podnikatelských aktivitách na území hostitelského státu a požadovat údaje nezbytné pro rozhodnutí o označení pobočky za významnou podle § 5n.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

508. V čl. 15. „Zadávací lhůta a jistota“ zadávací dokumentace zadavatel mj. uvedl následující:

- „V souladu s § 40 odst. 1 ZZVZ zadavatel stanovil zadávací lhůtu, po kterou účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit, v délce 18 měsíců.

(...)

- V návaznosti na stanovenou zadávací lhůtu stanovuje zadavatel podle § 41 ZZVZ také požadavek na složení jistoty. V souladu s § 41 odst. 2 ZZVZ stanovuje zadavatel výši jistoty na částku 100.000.000,- Kč.
- Dodavatel je oprávněn jistotu poskytnout kterýmkoliv způsobem stanoveným v § 41 odst. 3 ZZVZ, tedy formou:
 - a) složení peněžní částky na účet zadavatele (dále jen "peněžní jistota");
 - b) bankovní záruky ve prospěch zadavatele; nebo
 - c) pojištění záruky ve prospěch zadavatele.
- Bude-li jistota poskytnuta formou peněžní jistoty, musí být příslušná peněžní částka složena na účet zadavatele č.ú. 120037-1930731349/0800 vedený u České spořitelny, a.s., s uvedením variabilního symbolu - IČO dodavatele a dále jako zprávu pro příjemce uvést název veřejné zakázky.
- Je-li jistota poskytnuta formou bankovní záruky nebo pojištění záruky, je dodavatel zadávacího řízení povinen zajistit její platnost po celou dobu trvání zadávací lhůty.
- Má-li být jistota poskytnuta formou bankovní záruky, musí se jednat o bankovní záruku vydanou českou bankou nebo jinou českou osobou oprávněnou vydávat bankovní záruky v rámci podnikání nebo zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU s pobočkou v České republice (dále jen „česká banka“) nebo zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU působící v České republice na základě práva volného pohybu služeb ve prospěch zadavatele jako oprávněného, která musí být potvrzena českou bankou; potvrzení českou bankou je povinen zajistit dodavatel před předložením bankovní záruky zadavateli.
- Poskytnutí jistoty doloží dodavatel ve své nabídce způsobem dle § 41 odst. 4 ZZVZ.“.

509. V čl. 15. „Bankovní záruky“ návrhu smlouvy zadavatel mj. uvedl následující:

„15.1 Zhotovitel předal Objednateli před uzavřením Smlouvy bankovní záruku (záruční listinu) za provedení díla, která zajišťuje řádné plnění díla v souladu s podmínkami této Smlouvy (dále jen „**Bankovní záruka**“).

15.2 Bankovní záruka je finanční záruka ve smyslu § 2029 občanského zákoníku vydaná českou bankou nebo jinou českou osobou oprávněnou vydávat bankovní záruky v rámci podnikání nebo zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU s pobočkou v České republice (dále jen „**česká banka**“) nebo zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU působící v České republice na základě práva volného pohybu služeb (dále jen „**zahraniční banka**“) ve prospěch Objednatele jako oprávněného, která musí být potvrzena českou bankou; potvrzení českou bankou je povinen zajistit Zhotovitel před předložením bankovní záruky Objednateli.

(...)

15.15 *Nejpozději v den převzetí bezvadného díla Objednatel, resp. vystavení Potvrzení o dokončení díla, předá Zhotovitel Objednateli bankovní záruku (záruční listinu) za jakost díla, která zajišťuje řádné plnění povinností Zhotovitele ze sjednané záruky za jakost (dále jen „Bankovní záruka za jakost“).*

15.18 *Ujednání odstavců 15.2, 15.3 a 15.13 se obdobně vztahují i na Bankovní záruku za jakost.“.*

510. V rozhodnutí o námitkách zadavatel mj. uvedl, že „[v] souladu s podmínkami stanovenými v čl. 14¹⁵ zadávací dokumentace je možné v zadávacím řízení prokázat bankovní záruky následujícími způsoby:

(...)

c) *Bankovní zárukou vydanou českou bankou nebo jinou českou osobou oprávněnou vydávat bankovní záruky v rámci podnikání nebo zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU s pobočkou v České republice, jenž je vystavena na základě přijaté protizáruky od zahraniční banky (kreditní institucí) bez ohledu na sídlo této banky.*

Ve vztahu k možnosti předložení bankovní záruky ad c) zadavatel konstatuje, že tato možnost nastupuje zejména v případě, kdy banka vystavující prvotní bankovní záruku nemá sídlo v členském státě Evropské Unie nebo v případě, kdy banka sice má sídlo v členském státě Evropské Unie, ale není využita možnost potvrzení bankovní záruky dle bodu ad b). V tomto případě funguje bankovní záruka tím způsobem, že česká finanční instituce poskytuje službu spočívající ve vystavení bankovní záruky na základě protizáruky od „protiručící“ zahraniční banky, přičemž vystavená bankovní záruka české finanční instituce je samostatná a zcela nezávislá na přijaté protizáruce od zahraniční banky. Přestože tedy je česká bankovní záruka vystavena díky předložení protiručící zahraniční bankovní záruce, je na ni nezávislá a zadavatel pro uplatnění této české bankovní záruky nemusí disponovat protiručící bankovní zárukou. Vztah ručení a jeho podmínky je pak již dvoustrannou záležitostí obou zúčastněných bank a pro zadavatele je prakticky irelevantní.“.

511. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách odůvodnil svůj požadavek vztahující se k poskytnutí jistoty formou bankovní záruky, když uvedl, že „[p]ro zadavatele je zásadní způsob, jakým se může zadavatel domoci svého práva plynoucího z bankovní záruky. Zadavatel musí mít postaveno na jisto, že bude moci transparentně 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, a tedy že mu nebude proces tohoto uplatnění ztížen případnými odlišnostmi v jednotlivých právních rádech jiných států. (...) Zadavatel svůj požadavek také odůvodňuje možností žalovat případný spor u soudu v České republice a podle českého právního řádu. Zadavatel je přesvědčen, že svůj požadavek odůvodnil objektivní potřebou a je zcela přiměřený. Bankovní záruka vydaná zahraniční bankou a nepotvrzená českou bankou představuje pro zadavatele riziko, že záruka bude pro zadavatele obtížně vymahatelná, komplikovanější a nákladnější, případně v určitých případech i zcela nevymahatelná.“.

¹⁵ Zadavatel se na tomto místě dopustil zjevného písařského pochybení, když uvedl „čl. 14“ namísto „čl. 15“.

Právní posouzení

512. Navrhovatel v návrhu brojí proti požadavku zadavatele na složení jistoty formou bankovní záruky stanovenému v čl. 15 „Zadávací lhůta a jistota“ zadávací dokumentace, který podle něj znevýhodňuje zahraniční dodavatele a dodavatele spolupracující s bankovními institucemi se sídlem v zahraničí, a je tudíž diskriminační. Zadavatel podle navrhovatele zcela vyloučil možnost, aby dodavatelé předložili bankovní záruku vydanou bankou se sídlem mimo Evropskou unii, přičemž zahraniční dodavatele taktéž znevýhodňuje požadavek, aby byla bankovní záruka vydaná bankou se sídlem v Evropské Unii (dále též „EU“) potvrzena českou bankou. Zadavatel naopak považuje svůj požadavek za odůvodněný, přiměřený a zákonný, jelikož dodavatelé si mohou určit, jakou banku si pro bankovní záruku zvolí. Podle zadavatele pouze pokud banka nebude mít v České republice sídlo nebo pobočku, musí být taková bankovní záruka potvrzena českou bankou. Na tomto místě Úřad podotýká, že nepřehlédl, že zadavatelem byla požadována rovněž bankovní záruka pro zajištění plnění smlouvy, tj. průběhu realizace veřejné zakázky, z návětí v relevantní části návrhu nicméně vyplývá, že navrhovatel brojí pouze proti bankovní záruce, která má být sjednána coby jistota po dobu běhu zadávací lhůty.
513. Předmětem posouzení Úřadu tudíž je, zda byly podmínky bankovní záruky s přihlédnutím ke všem relevantním okolnostem stanoveny přiměřeně a v souladu se zásadou zákazu diskriminace dle § 6 zákona a zda nevytváří bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže dle § 36 odst. 1 zákona. Úřad poznamenává, že jelikož výše konstatoval, že navrhovatel brojí pouze proti bankovní záruce, která má být sjednána coby jistota po dobu běhu zadávací lhůty, a nikoliv proti bankovní záruce pro účely zajištění plnění ze smlouvy, je věcné posouzení vymezeno rozsahem formulované námitky, nicméně v obecné rovině Úřad připouští, že níže přijatý závěr lze obdobně vnímat i ve vztahu k jistotě jakožto zajišťovacímu institutu pro samotné plnění ze smlouvy.
514. Zadávacími podmínkami zadavatel nastavuje podmínky zadávacího řízení, kterými hodlá uspokojit svoji potřebu, přičemž jejich splnění je základním předpokladem pro výběr nejvhodnější nabídky. Zadavatel ovšem musí pamatovat na ustanovení § 36 odst. 1 zákona, z něhož plyne, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
515. Úřad nyní považuje za vhodné nastítnit povahu a účel požadavku na složení jistoty, jakož i povahu a účel stanovení zadávací lhůty, a následně jejich vzájemnou provázanost v průběhu zadávacího řízení.
516. Úřad konstatuje, že zadávací lhůtu, jejíž právní úpravu lze nalézt v ustanovení § 40 zákona, vymezuje zákon jako lhůtu, během níž účastníci zadávacího řízení nesmí ze zadávacího řízení odstoupit.
517. K institutu poskytnutí jistoty tak, jak je upraven v ustanovení § 41 zákona, Úřad sděluje, že jeho smyslem je mj. zajistit, aby účastníci zadávacího řízení dostáli svým povinnostem, jež jim z účasti v zadávacím řízení plynou. Další důležitou funkcí složení jistoty je možnost saturovat z její výše případnou újmu způsobenou zadavateli účastníkem zadávacího řízení při porušení konkrétních povinností v průběhu zadávacího řízení. Požadovat po dodavatelích poskytnutí jistoty je právem zadavatele, nikoliv jeho povinností, kdy zákon mj. stanovuje maximální výši

jistoty, již lze požadovat, přičemž ukládá dodavateli povinnost zajistit její platnost po stanovenou lhůtu, tj. obligatorně po celou dobu trvání zadávací lhůty podle § 40 zákona.

518. V ustanovení § 41 odst. 3 zákon taxativním způsobem vymezuje formy jistoty, a to tak, že účastníkům zadávacího řízení umožňuje poskytnutí jistoty formou složení konkrétní peněžní částky na účet zadavatele, formou bankovní záruky a konečně i formou pojištění záruky. K povaze bankovní záruky Úřad obecně uvádí, že se jedná o formu jistoty ve smyslu ustanovení § 2029 občanského zákoníku, tzn. o finanční záruku, jejímž výstavcem je banka, zahraniční banka nebo spořitelní a úvěrní družstvo. Jedná se o prohlášení výše uvedeného výstavce, že uspokojí zadavatele do výše určené peněžité částky, která odpovídá výši zadavatelem požadované jistoty, jestliže účastník zadávacího řízení nesplní konkrétní povinnosti, jež pro něj ze zákona vyplývají. Ke vztahu jistoty a zadávací lhůty Úřad dodává, že na zadávací lhůtu je navázána doba platnosti bankovní záruky nebo pojištění záruky, která je upravena v ustanovení § 41 odst. 5 zákona, podle kterého je účastník zadávacího řízení povinen zajistit platnost bankovní záruky nebo pojištění záruky po celou dobu trvání zadávací lhůty upravené v § 40 zákona.
519. Lze tudíž konstatovat, že zákon chápe institut jistoty jako jediný prostředek k zajištění vázanosti účastníka zadávacího řízení jeho nabídkou. Jistota tedy představuje zajišťovací instrument, jenž zadavateli poskytuje vyšší míru právní jistoty a současně účinně motivuje účastníky zadávacího řízení k plnění jejich povinností vyplývajících z účasti v zadávacím řízení. S ohledem na právě řečené se tak jedná o institut pro zadavatele klíčový.
520. Z čl. 15. „Zadávací lhůta a jistota“ zadávací dokumentace vyplývá, že zadavatel v návaznosti na stanovenou zadávací lhůtu stanovil požadavek na složení jistoty, přičemž umožnil poskytnutí jistoty formou složení určené peněžní částky na účet zadavatele, formou bankovní záruky ve prospěch zadavatele i formou pojištění záruky ve prospěch zadavatele. Pro poskytnutí jistoty formou bankovní záruky stanovil zadavatel další podmínky, a to, že se musí jednat o bankovní záruku vydanou
- a) českou bankou nebo jinou českou osobou oprávněnou vydávat bankovní záruky v rámci podnikání nebo (dále jen „banka se sídlem v ČR“)
 - b) zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU s pobočkou v České republice nebo (dále jen „banka s pobočkou v ČR“),
[přičemž instituce pod písm. a) a b) budou společně označovány též jako „česká banka“],
 - c) zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU působící v České republice na základě práva volného pohybu služeb ve prospěch zadavatele jako oprávněného, která musí být potvrzena českou bankou; (dále jen „banka působící v ČR na základě práva volného pohybu služeb“) potvrzení českou bankou je povinen zajistit dodavatel před předložením bankovní záruky zadavateli.
521. Úřad na tomto místě podotýká, že při posouzení příslušné problematiky vychází zejména z právní úpravy upravující působení bank na území České republiky, zejména z příslušných ustanovení zákona o bankách (viz body 502. až 507. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
522. Ze zadávací podmínky se tak na první pohled jeví, že zadavatel do určité míry omezil dodavatele v možnosti zvolit si libovolně banku, u níž si sjednají bankovní záruku coby jistotu, když požadoval, aby bankovní záruka byla sjednána u české banky nebo aby byla,

v případě, že byla bankovní záruka vystavena bankou se sídlem v členském státu EU, potvrzena některou z českých bank. Z uvedeného by bylo možné dospět k závěru, že je např. vyloučena možnost, aby byla bankovní záruka vystavena zahraniční bankou se sídlem mimo členské státy EU. Nicméně nelze nechat bez povšimnutí argumentaci zadavatele ohledně možnosti využití tzv. protizáruky.

523. V rozhodnutí zadavatele o námitkách zadavatel vyložil, že v souladu se stanovenými podmínkami pro poskytnutí jistoty formou bankovní záruky se může jednat taktéž o „bankovní záruku vydanou českou bankou nebo jinou českou osobou oprávněnou vydávat bankovní záruky v rámci podnikání nebo zahraniční bankou (kreditní institucí) se sídlem v členském státu EU s pobočkou v České republice, jež je vystavena na základě přijaté protizáruky od zahraniční banky (kreditní institucí) bez ohledu na sídlo této banky“ (viz bod 510. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
524. K tomu Úřad sděluje, že zadavatelem popsáný institut vystavení záruky na žádost jiného výstavce upravuje § 2032 občanského zákoníku, podle kterého platí, že poskytl-li výstavce finanční záruku na žádost jiného výstavce, má výstavce, který záruku poskytl, vůči žádajícímu výstavci právo na náhradu, pokud z poskytnuté záruky plnil a dodržel podmínky určené v žádosti. Problematikou vystavení záruky na žádost jiného výstavce se zabýval Úřad v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0327,0328/2019/VZ-35855/2019/523/VHm ze dne 30. 12. 2019, který v rámci vedeného správního řízení oslovil v souvislosti s otázkou diskriminačně formulovaného požadavku na bankovní záruku vybrané banky, přičemž v rozhodnutí uvedl, že „většina Úřadem oslovených finančních institucí naopak běžně poskytuje službu spočívající ve vystavení bankovní záruky na základě přijaté protizáruky od „protiručící“ zahraniční banky (...). Jedna z oslovených finančních institucí, konkrétně společnost Komerční banka, a. s., popsala tuto praxi ve svém vyjádření ze dne 11. 10. 2019 následovně: „Vystavená záruka je právně nezávislá na přijaté protizáruce (resp. na smlouvě o poskytnutí bankovní záruky) a představuje samostatný právní vztah mezi bankou a věřitelem záruky“. Další z Úřadem oslovených, Československá obchodní banka, a. s., formulovala svoji odpověď ze dne 1. 11. 2019 následovně: „Záruky vystavené zahraniční bankou se sídlem v členském státě EU nepotvrzujeme, ale vystavíme naši vlastní záruku na základě příkazu a protizáruky této banky.“ Na tomto místě tak Úřad přisvědčuje argumentaci zadavatele z jeho vyjádření k podkladům, a sice že vystavením protizáruky bankou se sídlem v ČR, jež disponuje licencí ČNB, se slovy zadavatele „jedná o bankovní záruku vystavenou českou bankou.“ Jedná se totiž o nový právní vztah, právně nezávislý na bankovní záruce dříve sjednané u zahraniční banky, byť vznikl v souvislosti se sjednáním původní záruky.“
525. S ohledem na shora uvedené Úřad dovozuje, že dodavatelům nic nebránilo v tom, aby mimo explicitně vyjádřené možnosti pro složení jistoty formou bankovní záruky, využili postup v souladu s § 2032 občanského zákoníku, a to institutu tzv. protizáruky, kdy bankovní záruku, poté co si dodavatel sjedná bankovní záruku např. se zahraniční bankou dle své volby, vystaví jakožto výstavce česká banka na základě žádosti jiného výstavce (zahraniční banky, s níž navázal dodavatel smluvní vztah), čímž jsou splněny podmínky stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci, neboť taková záruka zakládá samostatný právní vztah mezi bankou a věřitelem záruky (zadavatelem). Fakticky i formálně se tak evidentně jedná o záruku vystavenou českou bankou.

526. Úřad tedy konstatuje, že zadavatel předmětným požadavkem neomezil okruh výstavců bankovní záruky pouze na české banky, resp. české banky nebo jiné české osoby oprávněné vydávat bankovní záruky v rámci podnikání nebo zahraniční banky (kreditní instituce) se sídlem v členském státu EU s pobočkou v České republice, když vedle bankovní záruky vystavené českou bankou deklaroval i akceptaci bankovní záruky vydané bankou působící v ČR na základě práva volného pohybu služeb, přičemž pro poslední jmenovaný případ požadoval potvrzení českou bankou. Pro případy, že by výstavcem bankovní záruky byla zahraniční banka (kreditní instituce) nenaplnující definici banky působící v ČR na základě práva volného pohybu služeb, pak bylo možné za účelem naplnění požadavků zadavatele využití vystavení protizáruky ve smyslu § 2032 občanského zákoníku na základě záruky vystavené bankou zahraniční.
527. Navrhovatel konstatuje, že ačkoliv formálně omezení stanoveno není, fakticky požadavek na potvrzení bankovní záruky českou bankou vytváří překážky dodavatelům, kteří zajišťují financování u zahraničních bank, a bezdůvodně je znevýhodňuje v konkurenci, neboť v jeho důsledku takovému dodavateli vznikají vyšší náklady, které musí promítnout do nabídkové ceny. K tomu Úřad sděluje, že bylo zcela na zvážení dodavatele, zda trvá na vystavení bankovní záruky zahraniční bankou a v souvislosti s tím ponese zvýšené náklady nebo zda osloví českou banku, popř. využije jiný institut pro poskytnutí jistoty – např. sjedná pojištění záruky ve prospěch zadavatele. Argument zvýšení nákladů za situace, kdy jsou dány dodavatelům alternativy postupu, tak Úřad nepovažuje za argument, který by mohl vést k přijetí závěru o omezení soutěže a nezákonnosti předmětné zadávací podmínky.
528. Z argumentace zadavatele vyplývá, že důvodem, pro který požadoval, aby bankovní záruka byla vydána výstavcem dle výše vymezených podmínek, byla především potřeba, aby se záruka řídila stejnými pravidly a podmínkami, jak je vymezuje český právní řád (viz bod 511. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad souhlasí se zadavatelem, že má jako veřejný zadavatel 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. Skutečnost, že zadavatel v případě bankovní záruky vydané bankou působící v ČR na základě práva volného pohybu služeb vyžadoval potvrzení českou bankou, je z pohledu Úřadu legitimním požadavkem zadavatele směřujícím k dosažení samotného účelu bankovní záruky, neboť potvrzení bankovní záruky bylo způsobilé naplnit deklarovanou potřebu zadavatele na zajištění splnění zajišťované povinnosti ze strany dodavatelů (snadná vymahatelnost bez nutnosti řešit zahraniční právní úpravu). Současně nebyla z pohledu Úřadu předmětná podmínka ani formulována nepřiměřeně zužujícím způsobem vzhledem k okruhu výstavců, jimiž vydanou bankovní záruku zadavatel v souladu se zadávací dokumentací akceptuje (viz bod 526. odůvodnění tohoto rozhodnutí), a oprávněné potřebě zadavatele snadné vymahatelnosti plnění z bankovní záruky za účelem saturace případné újmy jemu způsobené účastníkem zadávacího řízení při porušení konkrétních povinností v průběhu zadávacího řízení, a to z výše jistoty složené formou bankovní záruky. Nadto Úřad opětovně podotýká, že zajišťovací institut byl zadavatelem formulován širěji, tzn. dodavatelé nebyli omezeni pouze na sjednání bankovní záruky, ale mohli volit i z ostatních institutů – složení peněžní částky na účet zadavatele či pojištění záruky ve prospěch zadavatele – přičemž zde zadavatel žádná omezení nestanovil. Z pohledu Úřadu tedy dodavatelé nebyli

nijak významně omezení, resp. formulovaná zadávací podmínka nemůže být označena za nepřiměřenou a nedůvodně zužující hospodářskou soutěž.

529. Nad rámec shora uvedeného Úřad poznamenává, že navrhovatel koncipoval námitku toliko obecně v tom smyslu, že předmětný požadavek zadavatele znevýhodňuje zahraniční dodavatele a taktéž české dodavatele, kteří spolupracují s bankovními institucemi se sídlem v zahraničí. Navrhovatel nicméně ani netvrdil, že by pro něj bylo problematické předmětný požadavek splnit nebo že by tento byl pro samotného navrhovatele jakkoliv znevýhodňující. Úřadu není zřejmé, v čem navrhovatel, který disponuje účtem u české banky,¹⁶ spatřuje v posuzovaném případě způsobenou újmu, a z pohledu Úřadu lze předestřené úvahy o nezákonnosti zadávací podmínky považovat za spekulaci navrhovatele, který se snaží v teoretické rovině dovodit, že někteří dodavatelé snad mohli být předmětnou zadávací podmínkou určitým způsobem znevýhodněni. Nicméně, jak Úřad dovodil výše, zadavatelem formulovaná zadávací podmínka nebyla způsobilá mít tak zásadní dopady na dodavatele, aby bylo možné přijmout závěr, že došlo k omezení soutěže o veřejnou zakázku.
530. Úřad připouští argument navrhovatele, že zadavatel měl možnost zajistit vymahatelnost plnění z bankovní záruky i jiným způsobem, například vůli k volbě českého práva promítnout do formulace požadavku na bankovní záruku, aniž by předem limitoval subjekty způsobilé bankovní záruku poskytnout. K tomuto Úřad konstatuje, že jak již uvedl výše (viz bod 514. odůvodnění tohoto rozhodnutí), je v zásadě na zadavateli, jaké zadávací podmínky stanoví, aby jimi zajistil své potřeby, tyto však nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. V daném případě nicméně Úřad neshledal, že zadavatelem formulované podmínky jsou nepřiměřeně omezující. Zadavatel tedy svým postupem nevytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže a nemohl tak omezit okruh potenciálních dodavatelů. Dle přesvědčení Úřadu totiž takto vymezená podmínka nemůže mít reálný dopad na dodavatele, kteří mají skutečný zájem o získání veřejné zakázky. I přestože Úřad připustil, že zadavatel v rámci takto vymezené zadávací podmínky neposkytl absolutně veškerá teoreticky možná řešení poskytnutí bankovní záruky, která by v čistě hypotetické rovině pro některého z dodavatelů mohla znamenat výhodnější podmínky pro získání bankovní záruky, je Úřad přesvědčen, že tato okolnost není, ani s ohledem na zastávaný právní názor soudy (viz i v tomto rozhodnutí zmiňovaný rozsudek Krajského soudu v Brně ve věci sp. zn. 29 Af 46/2019), způsobilá k tomu, aby Úřad konstatoval, že jsou dány důvody pro uložení nápravného opatření dle § 263 odst. 3 zákona.
531. Úřad nad rámec shora uvedeného dodává, že souzní s argumentem zadavatele, že popsaná forma tzv. protizáruk, které spočívají v potvrzení záruky českou bankou, coby způsob řešení bankovní záruky za účelem vyhovění nárokům zadavatele, se primárně vztahuje na banky se sídlem mimo členské státy Evropské Unie, tj. převážně na státy, na které žádným způsobem nedopadá bankovní regulace Evropské Unie, a tedy současně na státy, na které není zacílena ochrana trhu a regulace veřejných zakázek, neboť tato primárně míří na členské státy Evropské unie. Stejně tak Úřad neshledává nezákonným požadavek zadavatele, aby bankovní záruky vydané bankou se sídlem v EU byly ještě dále potvrzeny

¹⁶ Z veřejně dostupných zdrojů je dohledatelné (viz např. informace vyplývající z uzavřených a uveřejněných smluv), že navrhovatel disponuje např. účtem u Komerční banky, a.s.

českou bankou, neboť důvody (snadnější postup při vymáhání), které zadavatele ke stanovení takového požadavku vedly je nutno považovat za takový, který je v mezích zákona. Je totiž třeba reflektovat, že dodavatelům je dáno více možností, jak jistotu složit, přičemž i ve vztahu k volbě poskytnutí jistoty prostřednictvím bankovní záruky mají dodavatelé stále ponecháno více variant, jak jistotu tímto zvoleným způsobem poskytnout v souladu s požadavky zadavatele.

532. Ve světle výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, 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.

533. Úřad uzavírá, že namítané skutečnosti v části 12. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem, pro něž by mělo být ukládáno nápravné opatření dle § 263 odst. 3 zákona.

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

534. V této části návrhu navrhovatel brojí proti chybně aplikované vazbě vyhrazeného plnění na zadavatelem požadovanou kvalifikaci, k čemuž Úřad uvádí následující.

Relevantní ustanovení zákona

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

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

537. Podle § 83 odst. 1 zákona dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit

a) doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 jinou osobou,

b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,

c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 jinou osobou a

d) písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.

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

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

539. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace“, bodu 5.6.1. „Seznam stavebních prací“, zadávací dokumentace zadavatel stanovil, že „[d]odavatel 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;
- ii. minimálně jedna z těchto dopravních tunelových staveb musela mít ražené úseky tunelů nebo stanic v intravilánu města o ploše výrubu min. 200 m² v délce min. 200 m; a
- iii. minimálně jedna z těchto dopravních tunelových staveb musela být ražena metodou NRTM (Nová rakouská tunelovací metoda);

b) výstavba nejméně jedné drážní tunelové stavby s raženými tunelovými úseky, kde b) finanční objem prací na této stavbě musí dosahovat finančního objemu min. 100 mil. Kč bez DPH.

Dodavatel je oprávněn prokazovat splnění technické kvalifikace dle písm. a) až b) výše shodnými referenčními zakázkami, pokud splňují požadavky všech těchto písmen současně. Z předloženého seznamu stavebních prací předloženého, datovaného a podepsaného dodavatelem nebo osobou oprávněnou za dodavatele jednat musí vyplývat:

- identifikace objednatele, pro něhož byla stavba realizována;
- specifikace stavebních prací;
- doba poskytnutí stavebních prací;
- cena stavebních prací.

Dodavatelé mohou využít jako vzor seznamu stavebních prací Přílohu č. 6 této zadávací dokumentace. Přílohou tohoto seznamu budou osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací, a to v rozsahu, jak je uvedeno výše. Tato osvědčení musí zahrnovat popis předmětu plnění, cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně. V předloženém osvědčení musí být vždy uvedeny identifikační údaje objednatele (kontaktní osoba a její telefon, e-mail), který osvědčení vydal, pro potřeby případného ověření údajů uvedených v osvědčení objednatele. Osvědčení musí být předložena i v případě, že byl objednatelem zadavatel.

Pokud dodavatel není z důvodů, které mu nelze přičítat, schopen předložit doklad požadovaný k prokázání tohoto kritéria, je oprávněn předložit jiný rovnocenný doklad. Rovnocenným dokladem je zejména smlouva s objednatelem a současně doklad o uskutečnění plnění dodavatele.

Dodavatel může použít k prokázání splnění kritéria kvalifikace týkajícího se požadavku na předložení seznamu stavebních prací i takové stavební práce, které poskytl:

- a) společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel; nebo*
- b) jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel.*

Je-li osvědčení objednatele o řádném plnění uvedené stavební práce vydáno pro společnost/sdružení či jiné seskupení dodavatelů, kteří plnili zakázku společně, a dodavatel (účastník zadávacího řízení) byl členem této společnosti/sdružení či seskupení, je třeba, aby dodavatel dalšími doklady (např. smlouvou o sdružení, smlouvou o vzniku společnosti nebo doplňujícím vyjádřením objednatele k vydanému osvědčení o řádném plnění) prokázal, že v rámci společnosti/sdružení či seskupení dodavatelů provedl požadovaný objem stavebních prací. Byl-li dodavatel členem společnosti/sdružení či seskupení dodavatelů, avšak osvědčení objednatele o řádném plnění uvedené stavební práce je vydáno pouze pro tohoto dodavatele, jako člena společnosti/sdružení či seskupení dodavatelů, včetně uvedení ceny pouze jím provedených stavebních prací, není již dodavatel povinen předkládat další doklady uvedené v předchozí větě. Pokud společnost/sdružení či seskupení dodavatelů, které získalo osvědčení o řádném plnění uvedené stavební práce, podává nabídku v tomto zadávacím řízení ve stejném složení konkrétních členů, pak takové osvědčení postačuje bez dalšího. Toto ustanovení se použije obdobně i v případě, kdy dodavatel použil k prokázání kvalifikace referenční zakázky, které poskytl jako poddodavatel.“

540. V čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, bodu 5.7.3. „Poddodavatelské omezení“, zadávací dokumentace stanovil zadavatel mj. následující:

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

- *ražby stanic, tj. činnosti uvedené takto v Soupisu prací (ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů)*

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 vyvolat případné deformační ovlivnění povrchu a povrchové zástavby, a to jak nemovitostí třetích osob, tak i trasy metra C. Kvalita provedení těchto prací bude mít významný vliv na vnímání kvality Stavby veřejností. Zadavatel má z těchto důvodů zvýšený zájem na řádném a včasném plnění těchto částí předmětu veřejné zakázky. Z tohoto důvodu považuje zadavatel za nezbytné, aby byly tyto práce prováděny přímo vybraným dodavatelem odpovědným za realizaci předmětu plnění.

S odkazem na § 83 odst. 1 ZZVZ zadavatel upozorňuje, že stanovené poddodavatelské omezení současně brání tomu, aby byla prostřednictvím poddodavatelů prokazována ta část

kvalifikace, která věcně odpovídá vyhrazenému plnění. Z tohoto důvodu zadavatel níže označuje ty kvalifikační požadavky, které dle jeho názoru materiálně (tj. v rozsahu, který zadavatel považuje za významný pro posouzení kvalifikace) odpovídají výše uvedenému vyhrazenému plnění:

- i) požadavky na profesní způsobilost:
 - provádění trhacích prací,
 - oprávnění báňského úřadu k činnosti prováděné hornickým způsobem dle § 5 odst. 2 zákona o hornické činnosti, a to v rozsahu dle § 2 písm. i) důlně měřičská činnost, § 3 písm. c) práce k zajištění stability podzemních prostorů (podzemní sanační práce), písm. e) zemní práce prováděné za použití strojů a výbušnin, pokud se na jedné lokalitě přemísťuje více než 100 000 m krychlových horniny, s výjimkou zakládání staveb, a písm. i) podzemní práce spočívající v hloubení důlních jam a studní, v ražení štol a tunelů, jakož i ve vytváření podzemních prostorů o objemu větším než 300 m krychlových horniny;
 - osvědčení odborné způsobilosti osoby odpovědné za provádění trhacích prací v rozsahu dle § 41 odst. 2 písm. e) technický vedoucí odstřelů pro stavební práce vyhlášky Českého báňského úřadu č. 72/1988 Sb., o používání výbušnin, ve znění pozdějších předpisů;
- ii) požadavky na technickou kvalifikaci – seznam stavebních prací:
 - 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;
 - ii. minimálně jedna z těchto dopravních tunelových staveb musela mít ražené tunelové úseky v intravilánu města o ploše výrubu min. 200 m² v délce min. 200 m; a
 - iii. minimálně jedna z těchto dopravních tunelových staveb musela být ražena metodou NRTM;
- iii) požadavky na technickou kvalifikaci – seznam odborného personálu:
 - hlavní manažer výstavby;
 - stavbyvedoucí;
 - zástupce stavbyvedoucího;
 - výrobní přípravář; a
 - technický vedoucí odstřelů.

Stanovené poddodavatelské omezení se vztahuje pouze na provádění prací na samotné ražbě a jejich řízení. Zadavatel jím tedy neomezuje:

- dodávku materiálu,
- zajištění strojního vybavení, a
- dílčí, specializované či podpůrné činnosti při provádění ražby (projekční činnost, měření apod.).“

541. Z čl. 8. „Seznam příloh zadávací dokumentace“ zadávací dokumentace je zřejmé, že přílohu č. 12 tvoří projektová dokumentace. Z obsahu projektové dokumentace je pak zřejmé, že její součástí je mj. „Soupis prací“ obsahující výčet položek určených k ocenění.

Právní posouzení

542. V této části návrhu navrhovatel namítá chybně aplikovanou vazbu vyhrazeného plnění podle § 105 odst. 2 zákona ve vztahu ke kvalifikaci, zejména z důvodu, že zadavatel nejednoznačným způsobem specifikoval vyhrazené plnění v zadávací dokumentaci a z důvodu, že výčet kvalifikačních předpokladů, které nelze prokazovat prostřednictvím poddodavatele, je vymezen nesprávně a co do rozsahu nedostatečně.

543. Argumentace navrhovatele ve vztahu k nezákonnosti zadávací dokumentace je založena na skutečnosti, že zadavatel sice v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, v bodu 5.7.3. „Poddodatelské omezení“, zadávací dokumentace jasně uvedl, že se vyhrazené činnosti týkají ražby stanic s odkazem na soupis prací, nicméně v soupisu prací není žádná z položek označena jako „ražby stanic“ a pokud zadavatel v závorce specifikoval, že má jít o ražené části, izolace, definitivní ostění, není zřejmé, zda se jedná o výčet demonstrativní či taxativní. V dalším navrhovatel v námitkách mj. uvedl, že zadavatel musí *„postupovat pečlivě s ohledem na výše uvedenou vazbu vyplývající ze zákona a nikoliv tak, že si tyto části kvalifikace libovolně vybere (jak se evidentně stalo v tomto případě).“*

544. Úřad konstatuje, že předmětem sporu mezi účastníky správního řízení je, zda byly v zadávací dokumentaci v souladu se zákonem vymezeny významné činnosti dle § 105 odst. 2 zákona, které nelze plnit s pomocí poddodavatele a zda zadavatel v souladu se zákonem omezil prokazování kvalifikace prostřednictvím poddodavatele v souvislosti s definovaným vyhrazeným plněním.

545. Úřad uvádí, že sporované zadávací podmínky úzce souvisí s prokazováním kvalifikace, přičemž ke kvalifikaci samotné, ale i k účelu jejího prokazování, se již Úřad vyjádřil výše (viz bod 297. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

546. Dodavatel může prokázat svoji kvalifikaci sám (prostřednictvím vlastních zdrojů a kapacit) nebo v přípustném rozsahu i prostřednictvím jiných osob (tzv. poddodatelsky), tj. může prokázat splnění určité části kvalifikace prostřednictvím jiných osob, resp. prostřednictvím zdrojů a kapacit těchto osob. K prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob zákon v § 83 odst. 1 stanoví, že dodavatel může prokázat prostřednictvím jiných osob určitou část zadavatelem požadované ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti (s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 zákona).

547. Zákon tedy dodavateli umožňuje, aby (například v situaci, kdy sám určitou částí kvalifikace nedisponuje) určitou např. chybějící část kvalifikace prokazoval prostřednictvím jiné osoby (poddodavatele). Pokud tak dodavatel učiní, musí se tato osoba písemně zavázat k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele [požadavek podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona].

548. Zákon umožňuje, aby zadavatel v určitých případech omezil možnost plnění veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele. Možnost omezení „poddodavatelského řetězce“ je dle § 105 odst. 2 zákona přípustná v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž. V uvedených případech mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem, tedy jinak řečeno aby tyto činnosti neplnil poddodavatel, nýbrž sám a přímo dodavatel.
549. Výhrada dle § 105 odst. 2 zákona je výhradou týkající se činností při plnění veřejné zakázky ve smyslu plnění určitých činností, resp. určité aktivity dodavatelem (nikoli poddodavatelem) při plnění veřejné zakázky. Touto výhradou se sleduje zvýšená kontrola a dohled nad plněním zásadních částí veřejné zakázky, jejím cílem je zajistit, aby konkrétní činnosti plnil vysoce kvalifikovaný odborník nadaný potřebnou kvalifikací, zkušenostmi a schopnostmi (viz např. rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0342/2018/VZ-18305/2019/513/EPi ze dne 1. 7. 2019), který za účelem takto vymezené části plnění nebude využívat dalších osob.
550. Úřad předesílá, že pakliže významné činnosti nejsou zákonem nikterak definovány, naopak z ustanovení § 105 odst. 2 zákona vyplývá, že významné činnosti je oprávněn definovat zadavatel, a to s ohledem na specifika konkrétního předmětu plnění, v konkrétním zadávacím řízení, je na zadavateli, aby formulaci takové zadávací podmínky pečlivě uvážil a tyto činnosti věcně, jasně a konkrétně vymezil.
551. Pro použití § 105 odst. 2 zákona pak musí být zadavatel schopen odůvodnit, proč je vyhrazená část plnění veřejné zakázky pro něj natolik důležitá, že toto omezení stanovil.
552. S ohledem na výše uvedené Úřad posoudil, zda zadavatel část předmětu plnění, kterou vyhradil z možnosti realizovat ji prostřednictvím poddodavatele, věcně, jasně a konkrétně vymezil.
553. Zadavatel vyhrazené činnosti vymezil v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, v bodu 5.7.3. „Poddodavatelské omezení“, zadávací dokumentace jako „*ražby stanic, tj. činnosti uvedené takto v Soupisu prací (ražené části, izolace, definitivní ostění tunelů)*“, přičemž současně tuto výhradu tamtéž zdůvodnil tak, že „*(...)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 vyvolat případné deformační ovlivnění povrchu a povrchové zástavby, a to jak nemovitostí třetích osob, tak i trasy metra C. Kvalita provedení těchto prací bude mít významný vliv na vnímání kvality Stavby veřejností. Zadavatel má z těchto důvodů zvýšený zájem na řádném a včasném plnění těchto částí předmětu veřejné zakázky. Z tohoto důvodu považuje zadavatel za nezbytné, aby byly tyto práce prováděny přímo vybraným dodavatelem odpovědným za realizaci předmětu plnění.*“.
554. Zadavatel jednoznačně vymezil, že za vyhrazené činnosti považuje činnosti související s ražbou stanic. Z pohledu Úřadu je zřejmé, že toto obecné vymezení vyhrazeného plnění cílí na určení, že do vyhrazeného plnění spadá výkon ražby stanic, tzn. je zde dána provazba na soupis prací, který mj. vychází z členění na stavební objekty, u kterých lze jednoduše ověřit, zda se jedná o ražbu stanice či nikoliv. Aby zadavatel vyhrazené plnění blíže specifikoval a definoval tak konkrétní činnosti z tohoto výkonu, určil jako relevantní a pro něj podstatné činnosti spočívající v provedení ražeb, izolací a definitivního ostění, čímž určil, že

ne všechny práce zahrnuté ve stavebních objektech souvisejících s ražbou stanic, budou do této skupiny činností náležet. Z daného popisu je zcela evidentní, že zadavatel tak cílí pouze na ty nejdůležitější činnosti v podobě samotné ražby stanice, jejího zaizolování a provedení finálního ostění. Úřad nepochybuje, o tom, že dodavatel mající zájem na získání předmětné veřejné zakázky byl schopen takto popsanou výhradu plnění pochopit, jelikož z její textace je evidentní, že tím není například cíleno na rozvody elektra či vzduchotechniky, které se mohou např. vyskytovat v rámci definitivního ostění, jelikož se jedná o samostatně vymezené specifické činnosti. Úřad uvádí, že pokud by některý z dodavatelů snad měl pochybnosti a chtěl se o výkladu předmětné zadávací podmínky ubezpečit, jistě by tuto otázku vznesl v rámci žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace. Na uvedeném ničeho nemění ani odkaz navrhovatele na odborný článek publikovaný v časopise Tunel, z nějž dovozuje, že součástí definitivního ostění jsou i kabelové rozvody, jelikož je třeba sledovat smysl a účel, ke kterému zadavatel směřuje. Zde je zřejmé, že se zadavatel zaměřuje na ty základní stavební činnosti, které s tímto typem plnění souvisí, o čemž svědčí i jeho odůvodnění v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, bodu 5.7.3. „Poddodavatelské omezení“, zadávací dokumentace, v rámci kterého zdůvodňuje, proč se v případě těchto činností jedná o vyhrazené plnění. Úřad nikterak nepochybuje význam rozvodů elektra a vzduchotechniky, avšak k těmto činnostem dle přesvědčení Úřadu výhrada zadavatele necílí, přičemž zadávací podmínky ani nejsou způsobilé tento výklad v dodavatelích vyvolat.

555. Úřad tedy nepochybuje, že vyhrazené činnosti tak, jak je zadavatel specifikoval, představují gros činností, které budou předmětem plnění veřejné zakázky. Pakliže má navrhovatel pochybnosti o vymezení činností, které do vyhrazeného plnění spadají, kdy toto není schopen vyčíst z členění položek prací obsažených v soupisu prací, mohl využít zmíněného institutu žádosti o vysvětlení zadávací dokumentace. Pochybnosti navrhovatele, zda lze všechny činnosti ze soupisu prací zařadit do vyhrazených činností či nikoliv, zadavatel vyjasnil v rozhodnutí o námitkách, které koresponduje se smyslem a zachycením informací v zadávací dokumentaci, kde uvedl, že navrhovatel vychází z mylného předpokladu, že jedna celá skupina položek musí být vždy kompletně buď zařazena pod stanovenou výhradu či nikoliv, neboť naopak je zcela zřejmé, že jednotlivé položky představující významnou činnost jsou v rámci soupisu prací zařazeny v různých skupinách, v agregovaných položkách. Nelze tedy ani přitakat tvrzení navrhovatele, že zadavatel přenesl odpovědnost za správné stanovení zadávacích podmínek na dodavatele, neboť zřejmě dostatečně neuvážil, že zodpovězení jím kladených otázek netkví v procházení jednotlivých položek prací položku po položce, ale ve schopnosti pracovat s projektovou dokumentací, se soupisem prací a tyto si ztotožnit s průběhem stavby jako takové a s realizací klíčových činností, pro které je zapotřebí značné erudice, zkušeností a kvalifikovanosti, a tedy ve schopnostech odborného dodavatele zodpovědět si otázku, co lze označit v souvislosti s budováním metra za ražbu stanic, zhotovení izolací a definitivního ostění. V kontextu toho, že se navrhovatel považuje za osobu dodavatele ve smyslu § 5 zákona, jeví se Úřadu argumentace navrhovatele spíše jako předstírané nepochopení.
556. Úřad s ohledem na výše uvedené dospěl k závěru, že spornou zadávací podmínku zadavatel vymezil věcně, jasně a konkrétně, a tudíž ji nelze považovat za stanovenou v rozporu se zákonem.

557. V dalším se Úřad zaměřil na posouzení druhé otázky, a to zda zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když omezil možnost dodavatelů prokázat konkrétní části kvalifikace prostřednictvím poddodavatelů, resp. zda správně promítl vyhrazené činnosti do okruhu kvalifikačních požadavků, které nelze prokázat prostřednictvím poddodavatele.
558. Jak již bylo zmíněno v bodu 549. odůvodnění tohoto rozhodnutí, výhrada dle § 105 odst. 2 zákona je výhradou týkající se činností při plnění veřejné zakázky ve smyslu plnění určitých činností, resp. určité aktivity dodavatelem (nikoli poddodavatelem) při plnění veřejné zakázky, kdy touto výhradou se sleduje zvýšená kontrola a dohled nad plněním zásadních částí veřejné zakázky, a jejím cílem je zajistit, aby konkrétní činnosti plnil vysoce kvalifikovaný odborný dodavatel. Stanoví-li zadavatel požadavek dle § 105 odst. 2 zákona, má toto poddodavatelské omezení nepochybně vliv na možnost dodavatele prokazovat určitou část kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, neboť s ohledem na zásadu vnitřní souladnosti a bezrozpornosti právního předpisu nelze vykládat a aplikovat ustanovení § 105 odst. 2 zákona a ustanovení § 83 zákona izolovaně.
559. Pokud zadavatel ve smyslu ustanovení § 105 odst. 2 zákona požaduje, aby určitou významnou činnost při plnění veřejné zakázky plnil přímo vybraný dodavatel, znamená to jinými slovy, že tuto významnou činnost nesmí plnit jiná osoba (poddodavatel). V takovém případě však může být případné prokazování určité části kvalifikace související s touto významnou činností prostřednictvím jiné osoby problematické, neboť by takové prokazování prostřednictvím jiné osoby sice vypovídalo o schopnosti poddodavatele vykonávat významnou činnost, avšak z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona by ji při plnění veřejné zakázky právě tento poddodavatel (resp. ani žádný jiný) v plném rozsahu vykonávat nesměl. Pokud tedy z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona nesmí plnit vymezenou významnou činnost jiná osoba, nýbrž toliko sám vybraný dodavatel, pak je jistě vhodné, aby sám vybraný dodavatel prokázal splnění odpovídající části kvalifikace.
560. Stanovení požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona nicméně neznámá nepřípustnost prokazování jakéhokoli kritéria kvalifikace souvisejícího s určitou významnou činností prostřednictvím jiné osoby. 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. Posouzení daných souvislostí a určení, která část kvalifikace je v úzké souvislosti s vyhrazenými činnostmi a která už takovou přímou vazbu nevykazuje, může být problematické a není vždy na první pohled zcela jasně uchopitelné. Pokud tedy zadavatel přistoupil v zadávací dokumentaci k určení, které části prokazované kvalifikace považuje za úzce související s vyhrazenými činnostmi a s ohledem na tuto skutečnost zapověděl prokázat konkretizované části kvalifikace prostřednictvím poddodavatele, čímž předešel případným pochybnostem dodavatelů, lze takovému postupu přitakat. Podmínkou zákonnosti takového postupu je pak opět pouze jasné a určité vymezení kvalifikačních požadavků, které je povinen prokázat výhradně dodavatel, a současně schopnost předložit racionální zdůvodnění, proč je spatřována úzká souvislost s vyhrazenými činnostmi.
561. Úřad ze zadávací dokumentace ověřil, že v čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, v části „Společná ustanovení ke kvalifikaci“, v bodu 5.7.3. „Poddodavatelské

omezení“, zadávací dokumentace, zadavatel určil, že prostřednictvím poddodavatele nelze prokázat splnění části profesní způsobilosti a části technické kvalifikace, konkrétně zadavatel vyhradil povinnost prokázat splnění kvalifikace vlastními kapacitami u provádění trhacích prací, u oprávnění báňského úřadu k činnosti prováděné hornickým způsobem, u osvědčení odborné způsobilosti osoby odpovědné za provádění trhacích prací, u výstavby nejméně tří dopravních tunelových staveb s raženými tunelovými úseky s určenými minimálními parametry, a u osob odborného personálu na pozicích hlavní manažer výstavby, stavbyvedoucí, výrobní přípravař a technický vedoucí odstřelů. U všech částí kvalifikace, které jsou popsány výše, Úřad spatřuje i úzkou vazbu na vyhrazené činnosti, kterými jsou ražby, izolace, definitivní ostění a neshledává žádné pochybnosti o jednoznačnosti jejich vymezení a považuje je za souladné se zákonem, neboť je zjevné ratio zadavatele, kterým je veden, a které činnosti požaduje mít zajištěny přímo dodavatelem a ani nechce mít pochybnosti o jeho kvalifikovanosti v tomto ohledu.

562. K námitce navrhovatele, že zadavatel mezi kvalifikačními požadavky, které musí prokázat výhradně dodavatel, neuvedl referenční zakázku pod písm. b) čl. 5. „Požadavky zadavatele na kvalifikaci dodavatelů“, části „Technická kvalifikace, bodu 5.6.1. „Seznam stavebních prací“, zadávací dokumentace, Úřad uvádí, že souhlasí se závěry zadavatele, že zkušenosti s ražbou jsou dostatečně prokázány referenčními zakázkami pod písm. a). Referenční zakázka uvedená pod písm. b) na „výstavbu nejméně jedné drážní tunelové stavby s raženými tunelovými úseky, kde finanční objem prací na této stavbě musí dosahovat finančního objemu min. 100 mil. Kč bez DPH“, kterou zadavatel nepožadoval prokázat výlučně dodavatelem, cílí na prokázání zkušeností s tunelovou stavbou, která byla současně drážní stavbou, tj. která obsahovala koleje a příslušné vybavení související s drážní dopravou. Z uvedeného je zjevné, že dodavatel, který prokazuje kvalifikaci, je povinen ji ve velké míře prokázat zcela samostatně [viz samostatné prokázání předchozích zkušeností dle čl. 5.6.1 písm. a) zadávací dokumentace], avšak pouze ve vztahu k jedné z dílčích referencí, která sleduje specifikum drážní stavby, umožňuje tuto část kvalifikace prokázat poddodavatelem. Byť navrhovateli se tento postup jeví jako nekonceptní dokonce až nezákonný, dle přesvědčení Úřadu tomu tak není. Důležité je zodpovědět otázku, co zadavatel předmětným omezením sledoval. Odpovědí v tomto ohledu je, aby získal dodavatele, který má sám o sobě zkušenosti s tunelovými stavbami, vč. ražených úseků. S ohledem na znění zadávací dokumentace a stanovená omezení v ní, je zřejmé, že gros podstaty v podobě prokázání způsobilosti ve vztahu k dopravním tunelovým stavbám s raženými tunelovými úseky je dodavatelem prokázáno jinými (rozsáhlejšími) požadavky na zkušenosti [viz požadavky v bodu 5.6.1. písm. a) zadávací dokumentace], které musí dodavatel prokázat sám za sebe. Tudíž je v tomto ohledu dosaženo účelu, ke kterému zadavatel směřuje; získává dodavatele, který má bezesporu zkušenosti s dopravními tunelovými stavbami s raženými tunelovými úseky. Skutečnost, že nadto 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. Zajisté lze do prokázání kvalifikace i následné realizace v přípustném rozsahu připustit i poddodavatele, avšak formulace poddodavatelského závazku musí odpovídat zadávacím podmínkám (vč. stanovených omezení co se předmětu plnění týče). Vzhledem k tomu, že technická kvalifikace by v tomto rozsahu byla prokazována pouze v marginální části (a měla by zejména zohledňovat specifika drážní stavby), nemělo by

být pro dodavatele problematické v přípustném rozsahu vydefinovat i případný (zadávací dokumentací) povolený podíl činností poddodavatele na plnění veřejné zakázky. Zadavatel připuštěním této možnosti fakticky snižuje omezení kladená na dodavatele a tím potenciálně rozšiřuje okruh dodavatelů schopných plnit veřejnou zakázku. Úřad navrhovateli nepřisvědčuje, že by z uvedeného důvodu mohla být předmětná zadávací podmínka shledána nezákonnou.

563. K námitce navrhovatele, že se nemůže kvalifikovaně vyjádřit k části technické kvalifikace týkající se seznamu významných dodávek, neboť není postaveno najisto, co je vlastně obsahem vyhrazeného plnění, Úřad uvádí, že v předchozích bodech odůvodnění dovedl, že vyhrazené činnosti byly specifikovány dostatečně určitým způsobem, aby si odborný dodavatel mohl udělat jasnou představu, co lze zahrnout pod vyhrazené činnosti. Pokud nadto zadavatel potvrdil, že rozvody silnoproudých a slaboproudých kabelů nejsou součástí definitivního ostění jako její elementární součást, a tedy nepatří mezi vyhrazené činnosti, i kdyby mohly být z konstrukčních důvodů v definitivním ostění přítomny, lze z řečeného dovést, že žádná omezení co do prokazování kvalifikace ve vztahu k významným dodávkám nejsou přítomna. Tato skutečnost opět pro dodavatele znamená rozšíření možností, jak plnit relevantní části předmětu plnění, a je jim ponecháno na uvážení, jakým způsobem zajistí kvalifikované osoby, které se mají podílet na plnění předmětu veřejné zakázky, a to ať už se jedná o oblast montáže, opravy, revizí a zkoušek zdvihacích zařízení, o obor „technologická zařízení budov“ a „technika prostředí staveb“ aj., tj. zda budou plnit vlastními kapacitami nebo prostřednictvím poddodavatele, což opět spíše přispěje k rozšíření okruhu dodavatelů schopných plnit veřejnou zakázku. Ani zde Úřad neshledává rozpor se zákonem.
564. K námitce navrhovatele, kterou brojil proti omezení prokazování kvalifikace v tom smyslu, že zadavatelem formulovaná omezení neodpovídají obsahové náplni profesí, tj. jejich činnostem, které mají na stavbě provádět, Úřad opětovně poukazuje na své závěry obsažené výše, co do určitosti vymezení poddodavatelského omezení. Pokud navrhovatel namítá, že se např. bezpečnostní technik bude podílet na ražbách, zatímco výrobní přípravař nemusí být přítomen při realizaci prací v důlním díle, Úřad odkazuje na vyjádření zadavatele obsažené v rozhodnutí o námitkách, s nímž se plně ztotožňuje a z něhož vyplývají důvody, proč formuloval předmětnou zadávací podmínku daným způsobem. Zadavatel uvedl, že bezpečnostní technik *„je osobou provádějící podpůrné činnosti, když bezpečnostní technik není osobou přímo realizující dané významné činnosti dle čl. 5.7.3 zadávací dokumentace, což ostatně i přímo uvádí stěžovatel. Činností bezpečnostního technika je zajištění bezpečnosti, tj. plnění úkolů na úseku bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu při hornické činnosti a činnosti provádění hornickým způsobem. Zajištění bezpečnosti přitom není činnost spočívající v samotném ražení stanic, ale podpůrná činnost spočívající v zajištění bezpečnosti při tom, kdy jiná osoby či osoby ražení stanic provádějí. Činností bezpečnostního technika zadavatel nepovažuje za tolik významnou, aby odpovídala poddodavatelskému omezení.“*, zatímco *„výrobní přípravař nebude činit pouze podpůrné činnosti, ale bude se přímo podílet na realizaci plnění spočívající v ražbě stanic. I s ohledem na uvedené zadavatel pro osobu výrobního přípravaře požadoval osvědčení o autorizaci pro obor geotechnika ve stupni autorizovaný inženýr a osvědčení odborné způsobilosti závodního. Osoba výrobního přípravaře se tak bude přímo podílet a realizovat uvedené významné činnosti“*. Zdůvodnění zadavatele má dle přesvědčení Úřadu logické ratio, a proto Úřad považuje zadávací podmínky za řádně zdůvodněné, a tedy souladné se zákonem.

565. Obdobně lze vypořádat i námitku navrhovatele ve vztahu k údajně nesprávně formulovanému omezení prokazování kvalifikace u profesní způsobilosti, kdy podle názoru navrhovatele mělo být formulované omezení profesní způsobilosti výrazně širší, než jak je vymezil zadavatel, jelikož mělo zahrnovat i oprávnění k výkonu „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, popř. i osvědčení o autorizaci ČKAIT pro obor „dopravní stavby, statika a dynamika staveb“, „geotechnika“ a „požární bezpečnost staveb“, neboť tyto mají mít také úzkou souvislost s vyhrazenými činnostmi. Zadavatel námitku navrhovatele z pohledu Úřadu dostatečným způsobem vypořádal v rozhodnutí o námitkách, kde mj. uvedl, že ve vztahu k vyhrazenému plnění považuje za dostačující omezení ve vztahu k třem oprávněním, která jsou uvedena v zadávací dokumentaci, neboť *»[ž]ivnostenské oprávnění pro obor „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ je přitom oprávněním obecným pro stavbu, nikoli konkrétním a přímo vztahujícím se k ražbě stanic.«*. Ve vztahu k oborům autorizace, u nichž dle navrhovatele mělo rovněž dojít k omezení při prokazování kvalifikace, cituje zadavatel z definice jejich obsahové náplně a uvádí k prvnímu uvedenému oboru, že *„[z] uvedeného je zřejmé, že požadovaná autorizace nezahrnuje provádění ražeb jako takových, ale je potřebná např. pro pokládku kolejí či pro jiné činnosti, které nejsou obsahem vyhrazeného plnění v rámci veřejné zakázky. Uvedená autorizace tak není nezbytná k realizaci vyhrazeného plnění a zákaz jejího prokazování třetími osobami by byl zjevně excesivní.“*, dále že obor „statika a dynamika staveb“ *„nezahrnuje ani provádění ražeb jako takových, protože se nevztahuje na činnosti prováděné hornickým způsobem, tedy zejména na ražby tunelů, štol a na hloubení šachet. Autorizace je tak potřebná pro jiné činnosti související s prováděním díla, nevztahuje se však konkrétně k ražbám stanic.“*, k oboru „geotechnika“ pak doplňuje, že autorizace pro tento obor *„sice souvisí s vyhrazeným plněním, ovšem pouze do té míry, že zahrnuje mimo jiné i podzemní stavby, ovšem současně zahrnuje i jiné činnosti, které v rámci předmětu veřejné zakázky nejsou vždy spojeny výhradně s ražbami stanic.“*. Úřad opět přitakává předestřenému zdůvodnění zadavatele k uvedeným činnostem, které jej vedly k tomu, že tyto nezařadil mezi ta oprávnění, u kterých je omezeno prokazování kvalifikace. Úřad zdůrazňuje, že zadavatel je tím, kdo formuluje zadávací podmínky s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky s cílem uspokojit své potřeby a který je tím, kdo je nejlépe obeznámen s charakterem poptávaného plnění a pakliže rozumně zdůvodní, proč nepřikročil ke zpřísnění zadávacích podmínek, Úřad nemůže takový postup považovat za rozporný se zákonem. Nadto je dle přesvědčení Úřadu zjevné, že takto vymezeným omezením prokazování kvalifikace je dosaženo účelu, kterého zadavatel sleduje a nebylo nezbytné k tomu uvádět i další oprávnění, přičemž s přihlédnutím ke skutečnosti o jaké vyhrazené plnění a s tím související oprávnění se jedná, lze usuzovat, že dodavatel bude disponovat i dalšími oprávněními, avšak dle přesvědčení Úřadu, zadavatel tímto vymezením hodlal přímo zacílit na ty nejdůležitější části plnění a nejvíce signifikantní oprávnění k výkonu těchto činností. Úřad podotýká, že naopak spatřuje účelovost v námitkách navrhovatele, který se snaží vytrháváním z kontextu a namítáním teoretických nejasností u marginalit docílit zrušení zadávacího řízení.
566. Úřad uzavírá, že ani namítané skutečnosti v části 13. návrhu nenasvědčují porušení zákona zadavatelem a Úřad shledává i v tomto ohledu zadávací podmínky zákonnými.

K dalším namítaným skutečnostem

567. Nad rámec shora uvedeného Úřad k tvrzení navrhovatele, že zadavatel postupoval v rozporu s § 245 odst. 1 zákona, když se dostatečně podrobně nevyjádřil ke všem skutečnostem obsaženým v jeho námitkách, uvádí, že přezkoumal rozhodnutí o námitkách, přičemž dospěl k závěru, že se v jeho rámci zadavatel vyjádřil ke všem navrhovatelem namítaným skutečnostem. Úřad připouští, že zadavatel některé námitky vypořádal více či méně obecně, avšak s ohledem na skutečnost, že i některé námitky byly ze strany navrhovatele formulovány obecným způsobem, nelze mu toto klást za vinu. Míra odůvodněnosti rozhodnutí o námitkách odpovídá konkrétnosti podané námitky. Z kontextu celého rozhodnutí o námitkách je zjevné, že zadavatel reagoval na podstatu celého širokého spektra vznesených námitek navrhovatelem.
568. K návrhu zadavatele na nařízení ústního jednání ve smyslu § 49 odst. 1 správního řádu za účelem objasnění otázek vysoce odborného charakteru Úřad uvádí, že s ohledem na povahu namítaných pochybení a současně s ohledem na skutečnost, že Úřad návrh navrhovatele výrokem III. tohoto rozhodnutí zamítl, považuje za nadbytečné nařizovat ústní jednání. Nadto nelze přehlédnout, že oběma stranám byl poskytnut dostatečný prostor pro písemné vyjádření, čehož obě strany hojně využily. Úřad je tak přesvědčen, že nejsou dány okolnosti, které by si vynucovaly nařízení ústního jednání.
569. Závěrem Úřad shrnuje, že posoudil všechny skutečnosti namítané navrhovatelem v návrhu, přičemž s ohledem na vše shora uvedené dospěl k závěru, že je na místě návrh podle § 265 písm. a) zákona zamítnout, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
570. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – Sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad proti výrokům I. a II. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 správního řádu odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Markéta Dlouhá

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. JUDr. Vilém Podešva, LL.M., advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 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