



UOHSX00FQIPA

## ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0567/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-04008/2022/500

Brno 2. 2. 2022

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 19. 11. 2021 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 25. 11. 2021 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,
- navrhovatel – „Společnost Maniny PPO“, kterou dle Společenské smlouvy ze dne 20. 10. 2020 tvoří vedoucí společník Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice - Předměstí a společníci VHS CZ, s.r.o., IČO 29184771, se sídlem Pod Hroby 130, 280 02 Kolín, od 15. 11. 2021 nově YUCON CZ, s.r.o., se sídlem Tuřanka 1222/115, 627 00 Brno<sup>1</sup> a AZ SANACE a.s., IČO 25033514, se sídlem Pražská 53/37, 400 01 Ústí nad Labem, na základě plných mocí ze dne 20. 10. 2020 ve správním řízení zastoupeni společným zmocněncem Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice,

<sup>1</sup>Podrobnosti viz obchodní rejstřík na adrese:

<https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=326652&typ=UPLNY>

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Stavba č. 4679 Maniny PPO, snížení nivelety Karlín, etapy 0001 poldr s oddychovou zónou a 0002 poldr Karlín; zhotovitel stavby“ v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-033036 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 184-446839,

**rozhodl takto:**

#### I.

**Zadavatel** – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – **nedodržel při zadávání veřejné zakázky „Stavba č. 4679 Maniny PPO, snížení nivelety Karlín, etapy 0001 poldr s oddychovou zónou a 0002 poldr Karlín; zhotovitel stavby“** v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-033036 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 184-446839, **pravidla stanovená v § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona** č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když svým rozhodnutím, resp. **oznámením ze dne 6. 10. 2021 vyloučil navrhovatele – „Společnost Maniny PPO“**, kterou dle Společenské smlouvy ze dne 20. 10. 2020 tvoří vedoucí společník Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice - Předměstí a společníci VHS CZ, s.r.o., IČO 29184771, se sídlem Pod Hroby 130, 280 02 Kolín, od 15. 11. 2021 nově YUCON CZ, s.r.o., se sídlem Tuřanka 1222/115, 627 00 Brno<sup>2</sup> a AZ SANACE a.s., IČO 25033514, se sídlem Pražská 53/37, 400 01 Ústí nad Labem – ze zadávacího řízení na citovanou veřejnou zakázku s odůvodněním, že citovaný **navrhovatel neprokázal splnění požadované technické kvalifikace dle čl. 4.15.1 písm. d) zadávací dokumentace** s tím, že údaje předložené citovaným navrhovatelem nebyly doplněny ani na základě žádosti podle § 46 citovaného zákona, aniž by tyto jeho závěry měly oporu ve skutečnosti, když zadávací podmínka uvedená v čl. 4.15.1 písm. d) zadávací dokumentace umožňovala vícery výklad, tedy i ten, který byl uplatněn citovaným navrhovatelem a zadavatel tedy nebyl oprávněn citovaného navrhovatele vyloučit z předmětného zadávacího řízení z uvedeného důvodu, přičemž tento postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

#### II.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – uvedeného ve výroku I. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší úkon zadavatele spočívající v rozhodnutí, resp. oznámení zadavatele ze dne 6. 10. 2021 o vyloučení navrhovatele – „Společnost Maniny PPO“**, kterou dle Společenské smlouvy ze dne 20. 10. 2020 tvoří vedoucí společník Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice - Předměstí a společníci VHS CZ, s.r.o., IČO 29184771, se sídlem Pod Hroby 130, 280 02 Kolín, od 15. 11. 2021 nově YUCON CZ, s.r.o., se sídlem Tuřanka 1222/115, Slatina, 627 00 Brno a AZ SANACE a.s., IČO 25033514, se sídlem Pražská 53/37, 400 01 Ústí nad Labem – ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Stavba č. 4679 Maniny

<sup>2</sup>Podrobnosti viz obchodní rejstřík na adrese:

<https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=326652&typ=UPLNY>

PPO, snížení nivelety Karlín, etapy 0001 poldr s oddychovou zónou a 0002 poldr Karlín; zhotovitel stavby“ zadávanou v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-033036 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 184-446839, a současně ruší všechny následující úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení na citovanou veřejnou zakázku.

### III.

**Zadavateli** – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v zadávacím řízení na veřejnou zakázku „Stavba č. 4679 Maniny PPO, snížení nivelety Karlín, etapy 0001 poldr s oddychovou zónou a 0002 poldr Karlín; zhotovitel stavby“ zadávanou v užším řízení, jehož předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-033036 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 184-446839, a to až do pravomocného skončení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0567/2021/VZ.

### IV.

V souladu s § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů ve spojení s § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek se zadavateli – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1 – ukládá povinnost

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

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

## ODŮVODNĚNÍ

### I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – hlavní město Praha, IČO 00064581, se sídlem Mariánské náměstí 2/2, 110 00 Praha 1, ve správním řízení zastoupeno na základě plné moci ze dne 25. 11. 2021 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem ev. č. ČAK 11323, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., IČO 28468414, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4 (dále jen „zadavatel“) – zahájil podle zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), užší řízení na veřejnou zakázku „Stavba č. 4679 Maniny PPO, snížení nivelety Karlín, etapy 0001 poldr s oddychovou zónou a 0002 poldr Karlín; zhotovitel stavby“, přičemž předběžné oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 19. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 9. 2019 pod ev. č. zakázky Z2019-033036 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 184-446839 (dále jen „veřejná zakázka“).

2. Předmětem veřejné zakázky podle čl. 2.1 zadávací dokumentace ze dne 15. 9. 2020 je „realizace rekultivace území o rozloze cca 32 hektarů v centru hlavního města Prahy, části Karlín. Jedná se o snížení úrovně terénu a realizaci dolního obtokového ramene řeky Vltavy, a to s cílem snížit její hladinu při povodňových událostech. V návaznosti na terénní úpravy bude prostor Rohanského ostrova mezi stávající protipovodňovou hrází a korytem Vltavy upraven na oblast klidu, kloubící možnosti rekreace s funkcí biocentra. V rámci stavby budou provedeny rozsáhlé zemní práce, na které naváže realizace vrchní stavby zahrnující provedení náhradní výsadby, sítě cest a drobného inventáře.

Stavba obsahuje dvě etapy, a to:

- a) etapu 0001 poldr s oddychovou zónou, v jejímž rámci bude snížen terén v jihozápadní části území, čímž vznikne retenční prostor o objemu cca 60 tisíc m<sup>3</sup> při povodňové události odpovídající dvacetileté povodni (Q20). Plocha poldru, ve které bude pro rozvoj funkce biocentra vybudováno jezírko, bude současně využitelná pro volnočasové aktivity Pražanů;
- b) etapu 0002 poldr Karlín, v jejímž rámci bude vybudován další poldr s parkovou úpravou, na němž vznikne rovněž oddychová a rekreační zóna s vodními prvky. Na ploše této etapy vznikne retenční prostor o objemu cca 90 tisíc m<sup>3</sup> při Q20“.

3. Podle čl. 3.3 zadávací dokumentace je předpokládaná hodnota veřejné zakázky stanovena ve výši 510 000 000,- Kč bez DPH.
4. Z protokolu o prvním jednání komise ze dne 13. 11. 2020 vyplývá, že zadavatel obdržel žádosti o účast od 4 dodavatelů, mj. od navrhovatele – „Společnost Maniny PPO“, kterou dle Společenské smlouvy ze dne 20. 10. 2020 tvoří vedoucí společník Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, 412 01 Litoměřice - Předměstí a společníci VHS CZ, s.r.o., IČO 29184771, se sídlem Pod Hroby 130, 280 02 Kolín, od 15. 11. 2021 nově YUCON CZ, s.r.o., se sídlem Tuřanka 1222/115, 627 00 Brno<sup>3</sup> a AZ SANACE a.s., IČO 25033514, se sídlem Pražská 53/37, 400 01 Ústí nad Labem, na základě plných mocí ze dne 20. 10. 2020 ve správním řízení zastoupeni společným zmocněncem Gardenline s.r.o., IČO 27263827, se sídlem Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice (dále jen „navrhovatel“).
5. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, a to „oznámením o vyloučení účastníka zadávacího řízení“ ze dne 13. 4. 2021, které bylo prostřednictvím elektronického nástroje navrhovateli odesláno téhož dne. Dne 28. 4. 2021 byla zadavateli doručena námitka proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z další účasti v zadávacím řízení z téhož dne. Námitky ze dne 28. 4. 2021 zadavatel rozhodnutím o námitkách ze dne 13. 5. 2021, které bylo doručeno dodáním do datové zprávy navrhovatele dne 14. 5. 2021, odmítl. Vzhledem k tomu, že navrhovatel se způsobem vypořádání svých námitek ze strany zadavatele nesouhlasil, podal dne 24. 5. 2021 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne, kterým brojil proti svému vyloučení.
6. Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-21159/2021/510/MKo ze dne 24. 6. 2021 v řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0188/2021/VZ rozhodl, že zadavatel v zadávacím řízení nedodržel pravidlo

<sup>3</sup>Podrobnosti viz obchodní rejstřík na adrese:

<https://or.justice.cz/ias/ui/rejstrik-firma.vysledky?subjektId=326652&typ=UPLNY>

stanovené v § 245 odst. 1 zákona, když nerozhodl o námitkách ve lhůtě dle citovaného ustanovení zákona a zrušil oznámení o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 13. 4. 2021 včetně navazujících úkonů zadavatele. Proti rozhodnutí č. j. ÚOHS-21159/2021/510/MKo ze dne 24. 6. 2021 podal zadavatel dne 7. 6. 2021 blanketní rozklad. Dne 12. 7. 2021 odeslal zadavatel navrhovateli oznámení o zrušení rozhodnutí o vyloučení účastníka zadávacího řízení a navazujících úkonů z téhož dne, kterým bylo zrušeno rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele ze dne 13. 4. 2021. Předseda Úřadu následně rozhodnutím č. j. ÚOHS-24116/2021/163/PMo ze dne 13. 8. 2021 zrušil rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-21159/2021/510/MKo ze dne 24. 6. 2021 a zároveň zastavil řízení vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0188/2021/VZ.

7. Dle protokolu z jednání komise pro posouzení kvalifikace ze dne 30. 7. 2021 vyzval zadavatel navrhovatele k objasnění žádosti o účast z důvodu nutnosti opětovného posouzení jeho kvalifikace, konkrétně k prokázání kritéria technické kvalifikace stanovené v čl. 4.15.1. písm. d) zadávací dokumentace, dle něhož zadavatel požadoval, aby byla předložena *„alespoň 1 významná stavební práce, jejíž součástí byly zemní práce v intravilánu obce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy“*. K objasnění téhož zadavatel vyzval i dodavatele STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Kačírkova 982/4, Jinonice, 158 00 Praha 5 (dále jen „STRABAG“), který dne 6. 8. 2021 odeslal zadavateli odpověď.
8. Dne 9. 8. 2021 bylo zadavateli navrhovatelem odesláno „Objasnění/doplnění žádosti o nabídku“ z téhož dne (dále jen „objasnění“), v němž dokládá splnění kritéria technické kvalifikace podrobným výpočtem množství přesunutá zeminy v rámci referenční zakázky *„Rekonstrukce hráze objektů a odbahnění nádrže Mlýnského rybníka v Říčanech“* (dále jen „reference č. 1“). Zároveň doplňuje svou nabídku o další dvě reference – *„Intenzifikácia ČOV, odkanalizovanie a zásobovanie pitnou vodou v Trenčianskom regióně“* (dále jen „reference č. 2“) a *„Zásobovanie vodou, odkanalizovanie a čistenie odpadových vôd v okrese Ilava, ev. Č. 668/2012“* (dále jen „reference č. 3“) – pro odstranění veškerých pochybností zadavatele ohledně splnění kritéria technické kvalifikace navrhovatelem.
9. Z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel vyloučil navrhovatele (na základě usnesení Rady HMP č. 2365 ze dne 4. 10. 2021) z účasti v zadávacím řízení, a to oznámením o vyloučení účastníka zadávacího řízení ze dne 6. 10. 2021 (dále jen „oznámení o vyloučení“), které bylo prostřednictvím elektronického nástroje navrhovateli odesláno dne 11. 10. 2021.
10. Dne 26. 10. 2021 byly zadavateli doručeny námitky proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení z téhož dne (dále jen „námitky“).
11. Námitky zadavatel svým rozhodnutím ze dne 8. 11. 2021 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), které bylo doručeno dodáním do datové zprávy navrhovatele dne 9. 11. 2021, odmítl v celém rozsahu.
12. Vzhledem k tomu, že navrhovatel se způsobem vypořádání svých námitek ze strany zadavatele nesouhlasil, podal dne 19. 11. 2021 k Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“), kterým brojí proti rozhodnutí o námitkách a zejména proti oznámení o vyloučení.

## II. OBSAH NÁVRHU

13. Navrhovatel se svým návrhem domáhá přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, konkrétně zrušení rozhodnutí o námitkách a jemu předcházejícího oznámení o vyloučení.
14. Navrhovatel nesouhlasí se závěry zadavatele, že nesplnil podmínky technické kvalifikace definované v čl. 4.15.1. písm. d) zadávací dokumentace, které vedly k jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Zejména nesouhlasí s nosnou úvahou zadavatele, že „do celkového objemu zeminy lze logicky každý metr krychlový přesunuté zeminy započítat pouze jednou, tedy lze zohlednit pouze jeden ‚prvotní‘ jeho přesun, a každé další přesouvání toho stejného metru krychlového té stejné zeminy je již irelevantní“. Z toho důvodu tak navrhovatel namítá chybné a netransparentní vyhodnocení splnění předmětné podmínky technické kvalifikace.
15. V případě reference č. 1 navrhovatel uvádí, že zadavatel bezdůvodně snižuje množství zeminy převezené v rámci příslušné referenční zakázky, přestože zadávací dokumentace takovýto postup zadavateli neumožňuje, resp. zadávací podmínky nestanovily jakékoli omezení pro přesun zeminy, resp. nestanovily jakékoli omezení v tom, že nějakým konkrétním přesunem zeminy není možno splnění technické kvalifikační podmínky prokazovat. Navrhovatel rovněž upozorňuje, že i přes to, že podmínka technické kvalifikace je dle jeho názoru formulována jednoznačně a je nutné ji vykládat způsobem, který sám využil (tedy „sčítat“ jednotlivé přesuny zeminy), v případě posouzení, že danou podmínku lze vyložit dvojím způsobem, nelze tuto skutečnost přičíst k tíži navrhovatele. Stran jazykového výkladu slovesným videm použitou zadavatelem pak navrhovatel pouze poznamenává, že tato nemá ve vztahu ke kvalifikačnímu kritériu žádnou relevanci.
16. U referencí č. 2 a 3 navrhovatel shodně rozporuje úvahu zadavatele „že z předloženého osvědčení objednatele (referenčního listu) nevyplývá splnění kvalifikačního požadavku, jelikož tento neobsahuje žádný údaj o tom, že by v rámci této referenční zakázky proběhl přesun zeminy, ani zde není údaj o jejím případném množství“. Navrhovatel doložil v rámci námitek odpovídající části technické zprávy spolu s konkrétní kalkulací. Současně namítá, že pokud měl zadavatel stran těchto referencí pochybnosti, měl požádat o jejich konkrétní objasnění. Vzhledem k tomu, že tak neučinil, postupuje odlišně oproti referenci č. 1, aniž by byl zřejmý důvod takového jednání. Navrhovatel dále trvá na tom, že technickou kvalifikaci požadovanou zadavatelem splnil každou z předložených referencí a argumenty zadavatele ohledně nejistého množství převezené zeminy dle jeho názoru pouze svědčí o zadavatelově neznalosti mechanismu realizace zemních prací.
17. Stran způsobené újmy pak navrhovatel uvádí, že rozhodnutím o námitkách a oznámením o vyloučení bylo vzhledem k postupu zadavatele zasaženo do jeho práv na řádný průběh zadávacího řízení. Napadený postup zadavatele způsobil faktické vyloučení navrhovatele z možnosti se dále účastnit zadávacího řízení (zásah do práva vybraného dodavatele na uzavření smlouvy v případě, kdy by nabídka navrhovatele byla posouzena jako nejvýhodnější), když tvrdí, že by v rámci řízení předložil jednu z nejvýhodnějších nabídek.

## III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

18. Úřad obdržel předmětný návrh dne 19. 11. 2021 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále

jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu rovněž dne 19. 11. 2021.

19. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
20. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-39552/2021/536/Dry ze dne 23. 11. 2021.
21. Usnesením č. j. ÚOHS-39556/2021/536/DRy stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace o dalších úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení na veřejnou zakázku pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
22. Dne 29. 11. 2021 obdržel Úřad kompletní dokumentaci o zadávacím řízení. Dne 30. 11. 2021 obdržel Úřad vyjádření zadavatele ze dne 29. 11. 2021 k návrhu (dále jen „vyjádření k návrhu“).

### **Vyjádření zadavatele k návrhu**

23. Zadavatel ve vyjádření k návrhu setrvává na své argumentaci, se kterou vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení a následně odmítl jeho námitky. Předně uvádí, že předpokládaný objem zeminy k odvozu a uložení je cca 271.015 m<sup>3</sup>, a tedy požadavek technické kvalifikace na převoz 80.000 m<sup>3</sup> zeminy je zjevně přiměřený a zcela odůvodněný předmětem zadávané veřejné zakázky. Dle dokumentů předložených navrhovatelem byly zemní práce zahrnující přesun zeminy v případě reference č. 1 plněny v objemu přibližně 70.000 m<sup>3</sup>, což je pod požadovanou minimální hranicí 80.000 m<sup>3</sup> zeminy, a nikoliv více než 300.000 m<sup>3</sup> zeminy, jak z těchto dokumentů dovozuje navrhovatel.
24. Zadavatel i nadále zastává názor, že jednotlivé přesuny zeminy není možné sčítat, a tedy navrhovatelem uplatněný způsob výpočtu pouze opticky zvyšuje objem převezené zeminy postrádající oporu v realitě a pro účely prokázání technické kvalifikace je takový postup naprosto irelevantní.
25. Dále zadavatel předkládá argumenty z hlediska gramatického a logického výkladu. K prvnímu udává, že *„[d]le gramatického výkladu zadavatel použil podstatné jméno ‚přesun‘, které je vytvořeno ze slovesného vidu ‚přesunout‘, který vyjadřuje vid dokonavý (perfektum), tedy ohraničený jednorázový děj, má tvar vyjadřující pouze minulý (či budoucí) čas, nikoliv přítomný. Naopak sloveso ‚přesouvat‘ (ze kterého vychází podstatné jméno ‚přesouvání‘, jež by mohlo svědčit výkladu navrhovatele) vyjadřuje vid nedokonavý (imperfektum), tedy neukončený nebo probíhající děj, který lze vyjádřit i v přítomném čase. Již z pohledu rozboru českého jazyka je tedy zřejmé, že zadavatel požadoval jednorázové nakládání se zeminou (přesun), nikoliv opakované, vícečetné přesouvání zeminy, které by pak svádělo k možnosti jednotlivé přesouvané ‚hromady‘ vzájemně sčítat a takto opticky navyšovat objem přesouvaného materiálu“.*

### **Další průběh správního řízení**

26. Usnesením č. j. ÚOHS-43210/2021/536/Dry ze dne 16. 12. 2021 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k vyjádření, na základě jakých skutečností bylo posuzováno splnění požadavku dle čl. 4.15.1. písm. d) zadávací dokumentace dodavatele STRABAG a navrhovatele. Z důvodu zmeškání lhůty stanovil usnesením ÚOHS-44045/2021/536/DRy ze dne 23. 12. 2021 Úřad zadavateli novou lhůtu k vyjádření k témuž.

27. Úřad provedl průzkum trhu, v rámci něhož vznesl žádost o stanovisko dodavatelů dlouhodobě působících ve stavebnictví, coby odborníků na relevantním trhu. Dne 20. 12. 2021 vyzval Úřad žádostí č. j. ÚOHS-43594/2021/536/DRy dodavatele Eurovia CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, Michle, 140 00 Praha 4 (dále jen „dodavatel Eurovia“), žádostí z téhož dne č. j. ÚOHS-43610/2021/536/Dry dodavatele IMOS Brno, a.s., IČO 25322257, se sídlem Olomoucká 704/174, Černovice, 627 00 Brno (dále jen „dodavatel IMOS Brno“), žádostí z téhož dne č. j. ÚOHS-43613/2021/536/Dry dodavatele OHLA ŽS, a.s., IČO 46342796, se sídlem Tuřanka 1554/115b, Slatina, 627 00 Brno (dále jen „dodavatel OHLA ŽS“), žádostí z téhož dne č. j. ÚOHS-43615/2021/536/Dry dodavatele Skanska a.s., IČO 26271303, se sídlem Křižíkova 682/34a, Karlín, 186 00 Praha 8 (dále jen „dodavatel Skansa“), žádostí z téhož dne č. j. ÚOHS-43616/2021/536/Dry dodavatele COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Rubeška 215/1, Vysočany, 190 00 Praha 9 (dále jen „dodavatel COLAS CZ“), žádostí z téhož dne č. j. ÚOHS-43620/2021/536/DRy dodavatele PAS Natura s.r.o., IČO 26035782, se sídlem Hvězdova 1716/2b, Nusle, 140 00 Praha 4 (dále jen „dodavatel PAS Natura“), a žádostí ze dne 21. 12. 2021 č. j. ÚOHS-43693/2021/536/Dry dodavatele RTS, a.s., IČO 25533843, se sídlem Lazaretní 4038/13, Židenice, 615 00 Brno (dále jen „dodavatel RTS“) (dále společně také jako „oslovení dodavatelé“). Ve všech případech pokládal Úřad stejné dotazy, a to konkrétně:

- a. Je přesun zeminy ve stavebnictví obecně chápán jako zemní práce nebo se jedná pouze o související činnost? (dále jen „otázka č. 1“)
- b. Umožňuje dle Vašeho názoru výše uvedená podmínka technické kvalifikace (tzn. požadavek na „alespoň 1 významnou stavební práci, jejíž součástí byly zemní práce v intravilánu obce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy“) takovou interpretaci, že množství přesunutá zeminy je možné kalkulovat jako jakýkoliv přesun v rámci stavby, (tzn. odvoz 50.000 m<sup>3</sup> zeminy z místa výkopu na mezideponii a následný přesun týchž 50.000 m<sup>3</sup> zeminy do konečného skladování představuje zemní práci v objemu 100.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy) nebo je nutné trvat na tom, že do objemu zemní práce lze započítat pouze prvotní manipulaci s každým jednotlivým metrem krychlovým zeminy a jeho další přesun se již do celkového převezeného objemu nezapočítá? (dále jen „otázka č. 2“).

K jednotlivým odpovědím bude pojednáno dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí (viz body 48. – 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí).

28. Dne 5. 1. 2022 vydal Úřad rozhodnutí č. j. ÚOHS-00431/2022/500 z téhož dne, jímž zadavateli nařídil z moci úřední předběžné opatření spočívající v uložení zakazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na předmětnou veřejnou zakázku.
29. Dne 6. 1. 2022 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k usnesení č. j. ÚOHS-43210/2021/536/Dry. K tomuto se zadavatel vyjádřil v tom smyslu, že dodavatel STRABAG kritérium technické kvalifikace splnil.
30. Usnesení č. j. ÚOHS-00750/2022/536 ze dne 7. 1. 2022 Úřad určil účastníkům řízení lhůtu 7 dnů ode dne doručení tohoto usnesení, ve které se mohli vyjádřit ke shromážděným podkladům rozhodnutí. Dne 17. 1. 2022 obdržel Úřad vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí. Navrhovatel se ve stanovené lhůtě ani později v průběhu správního řízení nevyjádřil.



**Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí**

31. Zadavatel v rámci svého vyjádření k podkladům rozhodnutí uvedl, že „*opatřené podklady rozhodnutí jsou naprosto nevhodné a zavádějí a pro řádné posouzení skutkových okolností naprosto irelevantní. Na jejich základě nelze učinit relevantní závěr ohledně sporných otázek*“. Zadavatel se takto vyjádřil k otázkám zaslaným osloveným dodavatelům, které vzhledem k jejich formulaci považuje za kacírné, a tudíž nepřijatelné a nezákonné. Zároveň Úřadu vytýká přepjatý formalismus, kdy dle zadavatele sleduje Úřad toliko gramatický výklad kritéria technické kvalifikace, ale již nepřihlíží k jeho smyslu a účelu v rámci kvalifikačních požadavků. Nakonec zadavatel namítá nevhodný okruh respondentů, kdy vzhledem k formulaci otázek měl Úřad oslovit odborníky zabývající se výkladem slov, a nikoliv odborníky působící na stavebním trhu, případně naformulovat znění otázek pro oslovené dodavatele zcela jinak. Takto získané podklady k rozhodnutí tak zadavatel považuje za nezpůsobilé pro to, aby byly považovány za podklady pro vydání rozhodnutí pro jejich tendenčnost. Nadále tak zadavatel setrvává na tom, že návrh je zcela nedůvodný a navrhuje Úřadu jeho zamítnutí.

**III. ZÁVĚRY ÚŘADU****K výroku I. rozhodnutí**

32. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení a na základě vlastních zjištění dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem, k čemuž Úřad uvádí následující skutečnosti.

*Relevantní ustanovení zákona*

33. Podle § 6 odst. 2 zákona ve vztahu k dodavatelům musí zadavatel dodržovat zásadu rovného zacházení a zákazu diskriminace.
34. Podle § 36 odst. 3 zákona zadavatel dodavatelům stanoví a poskytne zadávací podmínky v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
35. Podle § 46 odst. 1 zákona zadavatel může pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Zadavatel může tuto žádost učinit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
36. § 48 odst. 2 písm. a) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil
37. Podle § 48 odst. 2 písm. b) zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení nebo nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona.
38. Podle § 263 odst. 2 zákona platí, že nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.

*Zjištěné skutečnosti*

39. V čl. 4.15.1 „Seznam významných stavebních prací podle § 79 odst. 2 ZZVZ“ zadavatel v písm. d) stanovil k prokázání technické kvalifikace požadavek k předložení seznamu významných stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let, z něhož bude vyplývat, že dodavatel realizoval významnou stavební práci týkající se zemních prací v intravilánu města, konkrétně měla být předložena *„Zemní práce v intravilánu města – alespoň 1 významná stavební práce, jejíž součástí byly zemní práce v intravilánu obce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy“* (dále jen „kritérium technické kvalifikace“).
40. Zadavatel zaslal navrhovateli výzvu k objasnění podle § 46 zákona ze dne 30. 7. 2021, ve které uvedl, že mu není zřejmé, zda reference č. 1 splňuje předmětné kritérium technické kvalifikace. Podle zadavatele z osvědčení předloženého navrhovatelem (referenčního listu) vyplývá, že zemní práce byly v případě dané zakázky plněny v objemu 71.500 m<sup>3</sup>. Z předložené smlouvy o dílo pak zadavatel dovozuje hodnotu 74.219 m<sup>3</sup> a 1.669 m<sup>3</sup> z dodatku č. 2 k této smlouvě, dohromady tedy 75.888 m<sup>3</sup> odstraněné a přesunutě zeminy s tím, že z dodatku č. 3 smlouvy o dílo jednoznačně nevyplývá objem víceprací. Zadavatel tedy požadoval doložení kalkulace celkového objemu přesunutě zeminy v intravilánu obce s takovým vysvětlením, aby mohl zadavatel jednoznačně posoudit, zda je podmínka stanoveného objemu přesunu zeminy splněna. Ze stejných důvodů (tedy nejasnost splnění kritéria technické kvalifikace) vyzval téhož dne zadavatel k objasnění rovněž dodavatele STRABAG, kde u referenční zakázky „EvoBus Holýšov – Rozšíření výrobního závodu TP2-Hochbau“ (dále jen reference STRABAG) předložené tímto dodavatelem zadavatel nebyl schopen určit rozsah, ve kterém byla realizována, tedy ani skutečnost, jestli jí bylo možné naplnit kritérium technické kvalifikace.
41. Navrhovatel v reakci na uvedenou výzvu zaslal objasnění, ve kterém předně uvedl, že mu není jasný účel této výzvy, když zadavatel již na totožnou otázku dostal odpověď v rámci objasnění ze dne 25. 1. 2021. Jako odpověď na dotaz zadavatele následně předložil výpočet množství převezené zeminy v této podobě:
- a. *„Zadavateli sdělujeme, že objem přesunutě zeminy v rámci zakázky „Rekonstrukce hráze objektů a odbahnění nádrže Mlýnského rybníka v Říčanech“ v intravilánu obce je:*
    - i. *SO 01 305 227,00 m<sup>3</sup>*
    - ii. *SO 02 7 520,00 m<sup>3</sup>*
    - iii. *SO 03 3 783,80 m<sup>3</sup>*
    - iv. *SO 04 205,70 m<sup>3</sup>*
    - v. *SO 05 1 064,50 m<sup>3</sup>*
    - vi. *Celkem 317 801,00 m<sup>3</sup> viz příloha č. 1“.*

Zároveň v objasnění navrhovatel uvedl, že *„požadavek na prokázání kvalifikace byl formulován v zadávacích podmínkách jako zemní práce v intravilánu obce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy. Tedy nikoliv vlastního hloubení či odkopávky, ale výhradně přesun zeminy. Přitom sám zadavatel v zadávacích podmínkách pojem „přesun zeminy“ nijak neupřesnil a dle uchazeče je tak nutné chápat a posuzovat přesun jako jakýkoliv přesun, při němž je přesunuta zemina. Jestliže tedy zadavatel požadoval předložit referenční stavbu, v jejímž rámci byly zemní práce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy, pak takovýto požadavek zadavatele*

*zahrnuje veškerý přesun v rámci referenční stavby, tedy veškerou manipulaci s vytěženou zeminou“.* Navrhovatel nepochybně, že zadavatel má právo specifikovat jakým konkrétním přesunem lze naplnit kritérium technické kvalifikace, musí tak ale učinit dopředu v zadávací dokumentaci, nikoliv až ex post v průběhu zadávacího řízení. *„Pokud měl zadavatel na mysli požadavek na celkový objem vytěžené zeminy, pak měl povinnost takto svůj požadavek konkrétně formulovat, a nikoliv vyžadovat jen přesun zeminy“.* Podle navrhovatele je možné takto definované kritérium technické kvalifikace splnit i „sčítáním“ jednotlivých přesunů zeminy, nikoliv jen jednou „hromadou hlíny“ jako takovou a předpoklad vytěžená zemina rovná se přesunutá zemina je mylný.

42. Přestože byl navrhovatel přesvědčen, že kritérium technické kvalifikace splnil již referencí č. 1, pro vyloučení veškerých pochybností v rámci objasněné doplňuje reference č. 2 a 3, jimiž rovněž dokládá splnění technické kvalifikace (v tomto případě prostřednictvím poddodavatelů, což zadavatel připouští).
43. Dodavatel STRABAG ve svém objasnění ze dne 6. 8. 2021 uvedl, že *„v souhrnu bylo čistě v intravilánu přesunuto celkem 112.761 m<sup>3</sup> zeminy – viz níže uvedené položky (kalkulace kubatur po řezech – viz Příloha 1):*
- a. pol. 1.5 Výkop v areálu, přesun zeminy a ukládka na mezideponii v areálu 58 535 m<sup>3</sup>.*
  - b. pol. 1.11 Naložení na mezideponii v areálu, přesun zeminy a ukládka do násypu do úrovně pláně HTÚ 54 226 m<sup>3</sup>“.*

Nad rámec uvedeného výpočtu předložil STRABAG v objasnění další část referenční zakázky, ve které byly provedeny *„odkopávky s přesunem zemin na skládku vně areálu v objemu 245 441 m<sup>3</sup> (pol. 1.4) tzn. že částečně byla tato kubatura zemin přesunována i v intravilánu“.*

44. Zadavatel se ke splnění kritéria technické kvalifikace dodavatelem STRABAG vyjádřil v reakci na usnesení Úřadu ze dne 6. 1. 2022 v tom smyslu, že přestože zadavatel neuznal způsob výpočtu objemu přesunutá zeminy, který aplikoval STRABAG, přesto tento dodavatel dané kritérium technické kvalifikace splnil, když v rámci objasnění ze dne 6. 8. 2021 doložil zadavateli přesun 245.440,80 m<sup>3</sup> zeminy z intravilánu obce do extravilánu, což zadavatel přijal jako zemní práci v intravilánu obce. Z toho důvodu tak na rozdíl od reference č. 1 předložené navrhovatelem je dle zadavatele reference STRABAG plně v souladu s formulací kritéria technické kvalifikace.
45. Zadavatel z objasnění navrhovatele dovodil, že kritérium technické kvalifikace nespĺnil a oznámením o vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení vyloučil. V oznámení o vyloučení zadavatel konstatoval, že výpočet navrhovatele není relevantní, *„jelikož postup výpočtu uměle navyšuje celkový objem přesunutá zeminy a násobí tak její skutečné množství“.* Dále zadavatel uvedl, že z dokumentů poskytnutých navrhovatelem vyplývá, že podle osvědčení vztahujícího se k referenci č. 1 bylo odstraněno (a následně přesunuto) 71.500 m<sup>3</sup> sedimentu. Při vlastním posouzení předloženého položkového rozpočtu pak dospěl k množství 75.887,5 m<sup>3</sup>. Zadavatel při tom vycházel z myšlenky, že *„do celkového objemu zeminy lze logicky každý metr krychlový přesunutá zeminy započítat pouze jednou, tedy lze zohlednit pouze jeden „prvotní“ jeho přesun, a každé další přesouvání toho stejného metru krychlového té stejné zeminy je již irelevantní“.* Tuto skutečnost dovozuje zadavatel z gramatického výkladu, podle kterého *„[z]adavatel hovoří o přesunu zeminy, tedy používá sloveso v dokonavém vidu vyjadřující*

*ukončený, jednorázový děj. Zadavatel zde nepoužil sloveso „přesouvat“, které by svým nedokonavým videm naznačovalo neukončený, časově neohraničený děj, který by případně svědčil pojetí účastníka. Musí se tedy jednat o přesun, nikoliv o kumulativní součet všech přesouvání stejných metrů krychlových zeminy, jak jej vykládá účastník. Pokud by zadavatel požadoval kumulativní výsledek součtu každého, byť sebemenšího pohybu se zeminou, definoval by tento požadavek v zadávací dokumentaci. Nebo by alespoň použil správného výrazu – tedy přesouvání, a ne přesun, který sám ze své podstaty odkazuje na jednu činnost“. Zároveň pak argumentuje i výkladem funkčním, „kdy objem zeminy (stejně jako v jiných případech veličiny typu délky opravovaného úseku vozovky, finanční nákladnost stavby a podobně) je fakticky definován za účelem vymezení rozsahu významné zakázky, její velikosti a s tím související náročnosti na organizaci, množství techniky a podobně, aby tak bylo prokázáno, že účastník má zkušenost určité úrovně. Pokud by bylo možno takto uměle jednu „hromadu hlíny“ zněkolikanásobit jenom tím, že ji účastník přesouval postupně a nikoliv naráz, zkresluje se tím skutečný rozsah a náročnost této významné zakázky, což zcela neguje smysl a účel samotného kvalifikačního požadavku“. Z těchto důvodů tak má zadavatel za prokazané, že navrhovatel nesplnil kritérium technické kvalifikace, jelikož množství přesunutá zeminy není navrhovatelem uváděných 317.801 m<sup>3</sup>, ale pouze 75.887,5 m<sup>3</sup>, což zjevně ke splnění kritéria technické kvalifikace nepostačuje.*

46. Ohledně referencí č. 2 a č. 3 pak zadavatel v oznámení o vyloučení shodně uvádí, že z předložených dokumentů neplyne naplnění kritéria technické kvalifikace, protože neobsahují údaje o množství přesunutá zeminy ale pouze údaje o délce výkopu, nikoliv však množství takto vykopané (a tím méně přesunutá) zeminy. Není tak zřejmé, zda předložené významné zakázky splňují požadavky zadavatele a „[ú]častník (zde navrhovatel, pozn. Úřadu) tak ani těmito novými doklady neprokázal splnění příslušné části technické kvalifikace“.
47. Z uvedených skutečností zadavatel dovodil, že navrhovatel neprokázal naplnění kritéria technické kvalifikace, a proto jej ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku vyloučil s odůvodněním, že
- a. „zadavatel na základě posouzení účastníkovy žádosti o účast a poskytnutých objasnění konstatoval, že účastník neprokázal splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ, a to konkrétně neprokázal splnění technické kvalifikace, když z předložených dokladů (významných zakázek) nevyplývá splnění požadavku zadavatele na minimální objem přesunu zeminy v intravilánu obce, jak je zadavatel formuloval v čl. 4.15.1 písm. d) zadávací dokumentace“.

#### *Skutečnosti zjištěné z průzkumu trhu*

48. K žádosti o stanovisko Úřadu se vyjádřilo šest ze sedmi oslovených dodavatelů.
49. Dne 22. 12. 2021 se vyjádřil dodavatel PAS Natura k otázce č. 1 tak, že „[p]řesun zeminy je obecně chápán vždy jako součást zemních prací“. K otázce č. 2 pak tento dodavatel uvedl, že se jedná o „dva samostatné přesuny zeminy v různém čase při provádění stavby. Přestože se jedná o stále stejnou zeminu, máme za to, že je v tomto případě nutno chápat objem v součtu, tj. jedná se o přesun 100.000 m<sup>3</sup> zeminy“.
50. Dne 30. 12. 2021 zaslal své stanovisko dodavatel RTS. V této na otázku č. 1 odpověděl tak, že „[z]emní práce ve stavebnictví jsou obecně chápány v rozsahu vykopávek a manipulaci

se zeminou. Přemístění zeminy je tedy chápáno jako zemní práce. („Přesun“ zeminy je pojem neobvyklý, ale můžeme jej chápat stejně jako přemístění. Pojem „přesun“ se používá v souvislosti s manipulací se stavebním materiálem na staveništi.) Obecné chápání pojmů v oblasti stavebnictví je dáno členěním prací v rámci běžně používaných Cenových soustav. Cenová soustava RTS obsahuje ceník Zemních prací, který zahrnuje položky pro různé druhy vykopávek a položky pro manipulaci se zeminou. Vzhledem k dlouhodobému používání cenových soustav ve stavebnictví je tedy možné považovat pojmy používané v dokumentaci Cenové soustavy za její obecné chápání“. Stran otázky č. 2 pak dodavatel RTS uvedl, že „[u]vedená podmínka technické kvalifikace požaduje provedení zemních prací. Minimální požadovaný objem zemních prací je stanoven na 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy. Z obecného chápání pojmu zemní práce (viz výše), je přesun zeminy (správně přemístění) zemní prací. Zemní práce zahrnují vykopávky a manipulaci se zeminou. Z toho vyplývá, že přemístění zeminy např. z místa výkopu na konečnou skládku je zemní prací. Formulace uvedené technické podmínky není podle našeho názoru jednoznačná, přesto z obecného chápání použitých pojmů vyplývá, že do objemu zemních prací lze započítat i následný „přesun“ (správně přemístění) zeminy na meziskládku, protože i přemístění je zemní prací. Z pohledu Vašeho (zde Úřadu, pozn. Úřadu) dotazu se přesun zeminy na meziskládku a její následné přemístění na konečnou skládku započítá do celkového objemu přesunu za předpokladu, že je takový způsob manipulace uveden v projektové dokumentaci.

51. Dodavatel COLAS se rovněž 30. 12. 2021 vyjádřil k otázce č. 1 tak, že „[p]řesun zeminy je ve stavebnictví obecně chápán jako zemní práce“. K otázce č. 2 pak vedl, že dle jeho názoru „výše uvedená podmínka technické kvalifikace má být interpretována tak, že množství přesunutá zeminy je možné kalkulovat jako jakýkoliv přesun v rámci stavby, tzn. odvoz 50 000 m<sup>3</sup> zeminy z místa výkopu na mezideponii a následný přesun týchž 50 000 m<sup>3</sup> zeminy do konečného skladování představuje zemní práci v objemu 100 000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy“.
52. Dne 3. 1. 2022 obdržel Úřad vyjádření od dodavatele OHLA ŽS. K otázce č. 1 se tento vyjádřil tak, že „[d]le našeho názoru, s ohledem na naše zkušenosti s přípravou nabídek a realizací stavebních prací, je přesun zeminy zemní prací“. K otázce č. 2 pak dodavatel OHLA ŽS uvedl, že „[u] podmínky technické kvalifikace uvedené ve Vaší žádosti o součinnost zastáváme názor a trvali bychom na tom, že do objemu zemní práce lze započít pouze prvotní manipulaci s každým jednotlivým metrem krychlovým zeminy a jeho další přesun (např. z mezideponie na konečnou skládku) bychom do celkového objemu nezapočítávali“.
53. Dne 4. 1. 2022 se k oběma otázkám vyjádřil dodavatel Eurovia následovně:

„K uvedené problematice předně uvádíme, že samotný požadavek zadavatele na zkušenost (referenci) není formulován zcela obvyklým způsobem. Problematický je požadavek na doložení 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy, který podle našeho názoru není formulován zcela jednoznačně. Vzhledem k takto obecné formulaci se domníváme, že požadavek by bylo možné splnit jakýmkoliv přesunem zeminy. Dle jazykového výkladu (i ve stavební praxi) může být totiž přesunem zeminy jakákoliv manipulace zeminy, tedy např. vytěžení (vybagrování), neboť jde o přesun z rostlého terénu na nákladní automobil. Odvoz nákladním automobilem na deponii, neboť jde o přesun zeminy z místa A do místa B, shrnování zeminy dozerem či jiným stavebním strojem, neboť jde opět o přesun. Dále by mohlo jít o opětovné naložení a následný přesun na další místo, například skládku, nebo k uložení do násypu jiné stavby. Vždy jde o dílčí přesuny zeminy. Jiný výklad by byl podle našeho názoru možný pouze v případě, že by zadavatel definoval, co znamená pojem „přesun zeminy“ ve smyslu zmíněného požadavku. Tedy pokud

by zadavatel například uvedl, že přesunem zeminy se rozumí její naložení, odvoz automobilem a uložení na skládku, tedy celý cyklus. To se ale v tomto případě nestalo. Vzhledem k tomu uvádíme následující odpovědi na otázky Úřadu:

- 1) Přesun zeminy bez dalšího upřesnění je podle našeho názoru chápán jakékoliv přemístění zeminy.
- 2) Ano, domníváme se, že jakýkoliv dílčí přesun zeminy je možné s ohledem na formulaci požadavku zadavatele považovat za přesun zeminy. Tedy máme za to, že odvoz 50.000 m<sup>3</sup> zeminy z místa výkopu na mezideponii a následný přesun týchž 50.000 m<sup>3</sup> zeminy do konečného skladování představuje zemní práci v objemu 100.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy“.

54. Dne 6. 1. 2022 se k dané problematice vyjádřil dodavatel Skanska, kdy k otázce č. 1 uvedl, že „[c]o se týče přesunu zeminy, tak tento úkon je obecně chápán jako související činnost k zemním pracím, ale zároveň jako související činnost neoddělitelná od zemních prací. Přesun na stavbě však může být i u jiného materiálu než jen zemina – např. u konstrukčních vrstev (drcené kamenivo). Jinými slovy: Každá zemní práce v sobě zahrnuje i přesun zeminy. Teoreticky je možné jen přesouvat zeminu, jen pokud by reference byla jen na tuto činnost, tak by se nejspíš nejednalo o stavební práci, ale službu – doprava. Tomuto pak odpovídá i dělení v cenové soustavě, která ale není jednotné. Ceník ÚRS má vždy zvlášť zemní práce a zvlášť přesun zeminy, kdežto ceník OTSKP používá kumulované položky, kde v dané položce jsou vždy zemní práce i přesun zeminy (v ceníku OTSKP sice existují položky jen pro přesun zeminy na konkrétní vzdálenost, ale v praxi se nevyužívají – objednatel není schopen předjímat organizaci výstavby zhotovitele, a tedy ani určit jaké množství zeminy se bude přesouvat na konkrétní vzdálenost)“.

K otázce č. 2 pak dodavatel Skanska uvedl, že „[d]le podmínky technické specifikace lze uvažovat, že přesun 50.000 m<sup>3</sup> z výkopu na mezideponii a následný odkop 50.000 m<sup>3</sup> z mezideponie a přesun na konečné místo uložení je objem zemních prací v objemu 100.000 m<sup>3</sup>. Pro doložení množství přesunu zeminy by se u ceníku ÚRS dalo sečíst množství veškerých přesunů v oddíle soupisu prací ‚zemní práce‘. U ceníku OTSKP je to trochu složitější – soupis prací může být koncipován tak, že veškerý materiál z výkopů se přesouvá přímo do násypů, může být uvažováno s uložení na mezideponii nebo může být ponecháno na zhotoviteli, zda bude uloženo na mezideponii využívat a v jakém rozsahu. Navíc materiál z výkopů může být nevhodný pro další použití a je nutné ho odvézt a uložit někde na skládku, stejně tak může být na stavbě nedostatek násypového materiálu a ten je pak nutné nakupovat a převážet z cizího zdroje“.

#### Posouzení Úřadem

55. Úřad předně připomíná význam a důležitost řádné a pečlivě zpracované zadávací dokumentace pro průběh celého zadávacího řízení. Zadávací dokumentace je základním dokumentem, na jehož podkladě dodavatelé zpracovávají své nabídky. Co nejpřesnější vymezení předmětu veřejné zakázky a veškerých podmínek jeho plnění je tedy základem pro podání nabídek odpovídajících požadavkům zadavatele a současně nabídek vzájemně porovnatelných. Požadavky zadavatele musí být proto v zadávací dokumentaci vymezeny způsobem, který bude vnímán a chápán všemi subjekty stejně a jednoznačně, a který nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. Jinými slovy řečeno, zadávací dokumentace musí být pro dodavatele, jež mají v úmyslu soutěžit o veřejnou zakázku, natolik čitelná, aby po seznámení se s jejím obsahem bez pochybností věděli, „co“ mají zadavateli nabídnout a jakými podmínkami

jsou vázáni, přičemž sám zadavatel je takto stanovenými podmínkami dále vázán. Zadávací dokumentace musí obsahovat informace nutné k vypracování nabídek, přičemž pokud zadávací dokumentace neobsahuje veškeré informace pro zpracování nabídek, popř. jsou takové informace nejasné a lze je vyložit více možnými způsoby, jedná se o pochybení na straně zadavatele. Nabídka, která splňuje požadavky stanovené v zadávací dokumentaci, pak nemůže být ze zadávacího řízení vyřazena. Je to vždy zadavatel, kdo zodpovídá za správnost a úplnost zadávací dokumentace (viz např. rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 19/2011-116 ze dne 2.8.2012). Tudíž skutečnost, že zadavatel v zadávací dokumentaci nespécifikuje určitý požadavek pro plnění předmětu veřejné zakázky, popř. takový požadavek specifikuje nejasně, nemůže jít následně k tíži dodavatelů.

56. V tomto smyslu odkazuje Úřad na odůvodnění rozsudku Krajského soudu v Brně ze dne 10. 3. 2011, sp. zn. 62 Ca 3/2009, v němž Krajský soud uvedl, že *„zadávací dokumentace musí být transparentní, dostatečně konkrétní a srozumitelná tak, aby na jejím základě mohla proběhnout všestranně korektní soutěž, v jejímž rámci bude vybrána ta nejlepší nabídka. K tomu viz např. rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 25. 3. 2009, č. j. 2 Afs 86/2008-222, dostupný na [www.nssoud.cz](http://www.nssoud.cz). Požadavek jednoznačnosti, konkrétnosti a přesnosti zadávací dokumentace plyne z obecné zásady transparentnosti zakotvené v § 6 ZVZ. Tato zásada spolu se zásadou zákazu diskriminace a zásadou stejného zacházení se všemi dodavateli musí být zadavatelem dodržována v rámci celého zadávacího řízení. Úkolem zásady transparentnosti je zajištění toho, aby zadávání veřejných zakázek probíhalo průhledným, právně korektním a předvídatelným způsobem za předem jasně a srozumitelně stanovených podmínek. Transparentnost procesu zadávání veřejných zakázek je nejen podmínkou existence účinné hospodářské soutěže mezi jednotlivými dodavateli v postavení uchazečů, ale také nezbytným předpokladem účelného a efektivního vynakládání veřejných prostředků. Porušením této zásady pak je jakékoli jednání zadavatele, které způsobuje nečitelnost zadávacího řízení. Tak tomu může být např. i tehdy, pokud zadávací dokumentace neobsahuje jednoznačně a srozumitelně formulovaná pravidla. Pokud zadávací dokumentace, resp. v ní obsažené zadavatelovy požadavky na zpracování nabídky objektivně připouští rozdílný výklad, nemůže taková interpretační nejistota stíhat žádného z uchazečů, ale zadavatele samotného. Je třeba zdůraznit, že je to zadavatel, kdo zadávací dokumentaci vyhotovuje, případně nechává vyhotovovat, a kdo také za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá“.*
57. Úřad se tedy v kontextu výše uvedeného zabýval tím, zda byl na straně zadavatele dán oprávněný důvod k vyloučení navrhovatele pro nesplnění zadávacích podmínek, resp. neprokázání splnění kritéria technické kvalifikace. Pouze pro úplnost Úřad uvádí, že předmětem tohoto správního řízení není posuzování správnosti zadávacích podmínek, ale toliko otázka, zda zadavatel postupoval v souladu se zákonem, když vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení. Úřad k tomu v souladu s výše uvedeným dodává, že pokud v průběhu zadávacího řízení vyjde najevo, že zadávací podmínky jsou nejasné či mnohoznačné, nelze tuto skutečnost vykládat k tíži dodavatelů a přistoupit k jejich vyloučení pro nesplnění zadávacích podmínek.
58. Úřad na tomto místě v obecnostech shrnuje, že mezi navrhovatelem a zadavatelem je v šetřeném případě, v důsledku důvodů vedoucích k vyloučení navrhovatele, spor o výklad požadavku k prokázání technické kvalifikace dle čl. 4.15.1 písm. d) zadávací dokumentace, neboť navrhovatel a zadavatel zastávají odlišný výklad této zadávací podmínky, kdy dle názoru

navrhovatele je možné pro účely prokázání splnění požadavku na minimální objem přesunutě zeminy „sčítat“ jednotlivé dílčí přesuny zeminy, zatímco zadavatel tvrdí, že lze započítat toliko prvotní přesun zeminy, a každé její další přesunutí je tím pádem irelevantní.

59. Úřad v souvislosti s posouzením výkladu kritéria technické kvalifikace uvádí, že zadavatel stanovil zadávací podmínku jako „zemní práce v intravilánu obce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy“ bez toho, aby tuto formulaci dále blíže specifikoval nebo upřesnil.
60. Zadavatel zastává názor, že takto definované kritérium technické kvalifikace umožňuje pouze jediný výklad, a sice že každý metr krychlový převezené zeminy je možné započítat do objemu zemních prací pouze jednou a každý další přesun těžce zeminy již není možné zahrnout do celkového objemu zemních prací pro účely prokázání splnění této zadávací podmínky. Opačný výklad by podle zadavatele byl účelovou dezinterpretací zadávací dokumentace, kterou nelze považovat za relevantní. Tomu dle jeho vyjádření nasvědčuje i logický výklad kritéria technické kvalifikace, kdy by akceptace jiného výkladu, tj. výkladu, který předkládá navrhovatel, fakticky znamenala, že dodavatelům by bylo umožněno účelově navyšovat a manipulovat reálnou hodnotu a četnost jakékoli referenční zakázky. Použitím „absurdního a nelogického výkladu navrhovatele by podmínky ustanovení 4.15.1 písm. d) zadávací dokumentace splnila každá společnost, která by v uplynulých 5 letech před zahájením zadávacího řízení přesunula 100 m<sup>3</sup> zeminy 800krát o pár metrů“. Takovýto závěr je dle zadavatele zjevně v rozporu se smyslem a účelem kritéria technické kvalifikace.
61. Úřad obecně uvádí, že zadavatelem uplatňovaný výklad předmětné zadávací podmínky nepovažuje v kontextu jím předkládané argumentace za iracionální či nelogický. V zájmu zadavatele je, aby se veřejné zakázky účastnili pouze dodavatele, kteří disponují technickými kapacitami k jejich úspěšné realizaci, přičemž současně nelze přehlížet fakt, že stanovování požadavků na prokázání technické kvalifikace je výlučně fakultativní. Argumentace různou náročností organizace prací, stejně jako materiálních a lidských zdrojů je nepochybně relevantní, přičemž z pohledu zadavatele jistě dává smysl, aby dodavatelé prokázali svoji schopnost převést určitý objem zeminy z místa výkopu na místo určení s tím, že případné dílčí převozy nejsou pro výsledek prací jako celku významné. Z pohledu Úřadu je však nutné posoudit, zda se tento požadavek skutečně podařilo zadavateli vtělit do zadávací dokumentace tak, aby o jeho výkladu neexistovala mezi dodavatelem pochybnost, resp. zda lze výklad zadavatele uplatnit jako jediný možný.
62. Navrhovatel v daném případě zaujímá k celé věci zcela opačný postoj. Dle jeho názoru zadávací dokumentace neumožňuje zadavateli uznat navrhovatelův určitý rozsah skutečně realizovaného přesunu zeminy, když zadávací podmínky nestanovily jakékoli omezení pro přesun zeminy, resp. nestanovily jakékoli omezení v tom, že nějakým konkrétním přesunem zeminy není možno splnění předmětné kvalifikační podmínky prokazovat. Dovojuje proto, že kritérium technické kvalifikace umožňuje sčítat jednotlivé dílčí přesuny a tím pádem jej jednoznačně naplnil pomocí reference č. 1. Interpretace zadavatele je dle navrhovatele účelová, jelikož zadávací dokumentace obsahuje pouze podmínku přesunu určitého množství zeminy, žádným způsobem však nestanoví, že se musí jednat toliko o „první“ přesun zeminy. Zároveň je dle navrhovatele formulace kritéria technické kvalifikace naprosto jednoznačná v tom, že umožňuje sčítání dílčích přesunů, nicméně pokud by Úřad dospěl k závěru, že připouští i výklad zadavatele, odkazuje navrhovatel na obecná výkladová pravidla, podle nichž je-li možné



podmínku zadávací dokumentace vyložit dvojím způsobem, nelze takovouto podmínku vykládat k tíži navrhovatele.

63. Úřad v šetřeném případě posuzoval, zda výklad navrhovatele může obstát, tj. zda je logický a objektivně možný. Úřad se primárně v kontextu posuzování možností výkladu předmětné zadávací podmínky zabýval otázkou, zda lze obecně přemístování (přesun) zeminy považovat za zemní práci, neboť právě tento požadavek vyplývá z šetřené zadávací podmínky, v rámci níž zadavatel požaduje prokázat zkušenost se zemními pracemi v intravilánu obce v minimálním objemu 80.000 m<sup>3</sup> přesunu zeminy. Lze konstatovat, že pokud by přesun zeminy byl vnímán pouze jako práce související, a nikoli jako zemní práce sama o sobě, svědčila by tato skutečnost ve prospěch výkladu zadavatele s tím, že do minimálního objemu přesunutá zeminy by v takovém případě bylo možno započítat toliko prvotní přesun zeminy, neboť žádnou další (následnou) manipulaci s touž zeminou by již nebylo možno zahrnout do kategorie zemních prací a tedy by nebylo možné ji do minimálního objemu přesunutá zeminy (v kontextu předmětné zadávací podmínky) zahrnout.
64. Za účelem zodpovězení shora předestřené otázky se Úřad obrátil na dodavatele působící na relevantním trhu (viz body 49., 50., 51., 52., 53. a 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Ohledně otázky č. 1 část dodavatelů uvedla, že přesun zeminy není zcela standardní termín. Upozorňovali na skutečnost, že dle obvykle používané terminologie ve stavebnictví se jedná spíše o přemístění zeminy s tím, že pojem „přesun“ se používá v souvislosti s manipulací se stavebním materiálem, nikoliv zeminou). I přesto se nicméně oslovení dodavatelé vesměs shodují na tom, že přemístění (zde přesun) zeminy lze považovat za zemní práci. V kontextu právě uvedeného tedy Úřad činí dílčí závěr, že způsob uchopení předmětného požadavku navrhovatelem není na základě právě uvedeného vyloučen.
65. Pokud jde o způsob výpočtu množství přemístěné zeminy zjišťoval Úřad, zda je výklad zadavatele jediný možný, jak tvrdí zadavatel, kdy podle jeho názoru *„lze logicky každý metr krychlový přesunutá zeminy započítat pouze jednou, tedy lze zohlednit pouze jeden ‚prvotní‘ jeho přesun, a každé další přesouvání toho stejného metru krychlového té stejné zeminy je již irelevantní“* nebo existuje více reálně představitelných výkladů, a tedy dát za pravdu navrhovateli, že jeho výklad nebyl nemožný (viz otázka č. 2). Za účelem zjištění, zda lze požadavek zadavatele vnímat více způsoby, se Úřad rovněž obrátil na oslovené dodavatele, jako odborníky dlouhodobě působící na relevantním trhu, a tedy běžně operující s danými pojmy.
66. V případě otázky č. 2 pak s ohledem na odpovědi dodavatelů situace dle názoru Úřadu není zcela jednoznačná. Většina oslovených dodavatelů (konkrétně dodavatelé Eurovia, Skanska, COLAS CZ, PAS Natura a RTS) se vyjádřila tak, že s ohledem na formulaci požadavku kritéria technické kvalifikace by oni tuto podmínku interpretovali způsobem, že není nutné započítat každý metr krychlový přesunutá zeminy pouze jednou, nehledě na jeho další přesuny, ale je možné právě tyto zohlednit a několikanásobný přesun téže zeminy započítat vícekrát (v podrobnostech viz body 49., 50., 51., 53., a 54. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Přestože se jedná o jednu a tu samou zeminu, jde dle Úřadem oslovených dodavatelů o dva různé přesuny v rámci téže stavby a je tak nutné je „sčítat“. Z odpovědi dodavatele OHLA ŽS pak vyplývá opačný postoj, tedy že je nutné každý metr krychlový přesunutá zeminy započítat pouze jednou (blíže viz bod 52. odůvodnění tohoto odůvodnění).

67. Na základě odpovědí oslovených dodavatelů Úřad dovedl, že výklad uplatňovaný navrhovatelem neodporuje logice ani obecnému chápání dané terminologie minimálně částí subjektů působících na relevantním trhu a jako takový je tedy objektivně možný.
68. Nad rámec výše uvedeného Úřad považuje za nutné zmínit, že z dokumentace o zadávacím řízení se jeví, že obdobným způsobem jako navrhovatel (a většina Úřadem oslovených dodavatelů) pochopil a vykládal podmínku kritéria technické kvalifikace i další z účastníků zadávacího řízení, a sice dodavatel STRABAG. Jak je patrné z objasnění ze dne 6. 8. 2021 vyhotoveného dodavatelem STRABAG, i on v jím předložené referenční zakázce kalkuloval s tím, že jednotlivé dílčí přesuny je možno počítat, když konkrétně mimo jiné uvedl že „[p]okud jde o požadovanou kalkulaci, tak ji zadavateli zasíláme v příloze. K této je třeba dodat, že součástí zemních prací (odkopávek a násypů) je nezbytně nutný i zadavatelem požadovaný přesun zemin. Toto je patrné z položek kalkulace, kdy v souhrnu bylo čistě v intravilánu přesunuto celkem 112.761 m<sup>3</sup> zeminy – viz níže uvedené položky (kalkulace kubatur po řezech – viz Příloha 1):

- a. pol. 1.5 Výkop v areálu, přesun zeminy a ukládka na mezideponii v areálu 58 535 m<sup>3</sup>.
- b. pol. 1.11 Naložení na mezideponii v areálu, přesun zeminy a ukládka do násypu do úrovně pláně HTÚ 54 226 m<sup>3</sup>.

*Nad rámec těchto kubatur byly provedeny ještě odkopávky s přesunem zemin na skládku vně areálu v objemu 245 441 m<sup>3</sup> (pol. 1.4) tzn. že částečně byla tato kubatura zemin přesunována i v intravilánu.“*

69. V situaci, kdy dodavatel STRABAG ve svém vyjádření jasně uvedl, že dané kritérium technické kvalifikace považoval za splněné součtem dílčích přesunů zeminy, je patrné, jakým způsobem přistoupil k předmětné zadávací podmínce.
70. Tuto skutečnost nepřímo potvrzuje i zadavatel ve svém vyjádření ze dne 5. 1. 2022, kdy uvedl, že „[na] základě výše uvedeného Objasnění STRABAG zadavatel neuznal přesun 54.226 m<sup>3</sup> v rámci pol. 1.11, jelikož zadavatel seznal, že se jedná o přesouvání již jednou přesunutých zemin, stejně jako tomu bylo v případě navrhovatele“. Z tohoto vyjádření se Úřadu jeví, že i zadavatel si byl vědom toho, že dodavatel STRABAG pro splnění kritéria technické kvalifikace využil stejnou „metodiku“ jako navrhovatel. Skutečnost, že jiné okolnosti (provedení odkopávek s přesunem zemin na skládku vně areálu v objemu 245 441 m<sup>3</sup>, tj. přesun zeminy z intravilánu do extravilánu), jež nejsou předmětem přezkumu v nyní projednávané věci, následně nevedly zadavatele k závěru o nesplnění předmětného požadavku ze strany dodavatele STRABAG, není pro výklad sporné zadávací podmínky relevantní.
71. Úřad na tomto místě považuje za nutné zopakovat, že nijak nezpochybňuje, že výklad zadavatele je legitimní a zcela smysluplný, nicméně ze zjištěných skutečností je zřejmé, že se nejedná o výklad jediný možný. V tomto případě je tak nutné zohlednit § 36 odst. 3 zákona, podle kterého zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele. Nejednoznačnost formulace kritéria technické kvalifikace tak nesmí jít k tíži navrhovatel, ale je třeba tuto zadávací podmínku vyložit v jeho prospěch, a tedy není možné konstatovat, že by navrhovatel splnění předmětné podmínky neprokázal.
72. Z uvedeného je zřejmé, že postoj zadavatele, že výklad uplatňovaný navrhovatelem odporuje základní logice i zadávacím podmínkám, a tedy není důvodný, při bližším zkoumání neobstojí.

Zadavatel nedefinoval jiný druh zemních prací, které pro účely naplnění kritéria technické kvalifikace požadoval, než právě přesun zeminy v intravilánu obce bez dalších omezení (mimo objemu). Úřad má za to, že v kontextu výše učiněných závěrů nelze uzavřít, že by výklad navrhovatele nepřicházel v úvahu. Tomuto nasvědčují i výše uvedená vyjádření oslovených dodavatelů. Skutečnost, že se valná většina oslovených dodavatelů přiklonila k výkladu, který je uplatňován navrhovatelem ukazuje, že tento výklad není nelogický ani nesmyslný (čemuž ostatně nasvědčuje i skutečnost, že jednotlivé dílčí přesuny bývají samostatně účtovanými položkami). Zároveň nelze pominout, že i v rámci samotného zadávacího řízení na veřejnou zakázku vykládali stejně jako zadavatel dané kritérium technické kvalifikace pouze dva účastníci řízení (respektive předložili již v rámci žádosti o účast a navazujících objasnění referenční zakázky takového rozsahu, že otázka případného sčítání dílčích přesunů zeminy vůbec nepřipadala v úvahu a kritérium technické kvalifikace bylo naplněno již prvotními přesuny zeminy), zatímco další dva účastníci (navrhovatel a STRABAG) zřejmě uplatňovali výklad opačný. Z těchto důvodů tak má Úřad za prokázané, že kritérium technické kvalifikace nebylo definováno zcela jednoznačně. Úřad musí zopakovat, že výklad zadavatele v žádném případě nepostrádá relevanci a je zcela racionální. Jak však Úřad dovozuje výše, nejedná se o výklad jediný možný. Pokud zadavatel zamýšlel, aby kritérium technické kvalifikace bylo vykládáno způsobem, kterým od počátku argumentuje (což lze předpokládat), bylo by nutné toto kritérium naformulovat jiným, vhodnějším způsobem tak, aby v rámci reálně používané terminologie neumožňovalo vícery výklad. Úřad zároveň připouští, že dovedeno *ad absurdum* může dle výkladu uplatňovaného navrhovatelem být kritérium technické kvalifikace naplněno, jak předestřel např. jeden z Úřadem oslovených dodavatelů, i v případě, kdy dodavatel s jedním bagrem a 2 nákladními auty na základě jedné smlouvy upravuje pět let koryto řeky. Pokud se však takové situaci chtěl zadavatel z důvodu sledování jiného cíle vyhnout, bylo nutné kritérium technické kvalifikace naformulovat tak, aby tuto možnost objektivně nepřipouštělo.

73. Úřad zde považuje za nezbytné zdůraznit, že za správnost a úplnost zadávací dokumentace odpovídá vždy zadavatel, který ji musí s ohledem na dodržení zásady transparentnosti formulovat takovým způsobem, aby byl její výklad co do požadavků zadavatele a povinností uchazečů jednoznačný a nezpochybnitelný. Požadavky zadavatele musí být proto v zadávací dokumentaci vymezeny způsobem, který bude vnímán a chápán všemi subjekty stejně a jednoznačně, a který nesmí dávat žádný prostor pro pochybnosti či rozdílný výklad. V situaci, kdy zadavatel těmto svým povinnostem ne zcela dostojí, nelze případné nejasnosti vykládat k tíži dodavatele. Je to tedy pouze a jedině zadavatel, kdo se musí vyvarovat nejednoznačnosti zadávací dokumentace, kdy tato nemůže jít nikdy k tíži účastníka zadávacího řízení.
74. Závěrem Úřad uvádí, že zadávací dokumentace objektivně připouštěla dva rozdílné výklady kritéria technické kvalifikace a zadavatel nenastavil tuto zadávací podmínku s ohledem na jím předestřený účel vhodným způsobem, jelikož tato umožňovala vícery výklad, tedy i ten, který aplikoval navrhovatel. Postup zadavatele při posouzení prokázání splnění předmětného požadavku na realizaci požadované reference ze strany navrhovatele tak nelze považovat za souladný se zákonem, když z formulace kritéria technické kvalifikace jednoznačně nevyplývalo, že do objemu přesunutá zemina lze započítat toliko „první“ přesun každého metru krychlového zeminy. Úřad tak konstatuje, že zadavatel svým postupem porušil pravidla stanovená v § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona, když vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení veřejné zakázky, neboť pro tento postup nebyl (s ohledem na výše učiněné závěry) dán objektivní důvod.

75. Ve vztahu k námitkám zadavatele předkládaným ve vyjádření ze dne 14. 1. 2022 Úřad uvádí následující. Tvrzení zadavatele, že otázka č. 2 položená dodavatelům v rámci prováděného průzkumu trhu je kapciózní postrádá jakoukoliv oporu. Dle názoru Úřadu otázka č. 2 neobsahuje žádné nepravdivé nebo klamavé údaje, stejně jako nijak nenaznačuje předpokládanou odpověď, kterou by si snad Úřad měl „přát“ slyšet. S ohledem na zjišťované skutečnosti Úřad ani neměl jinou možnost, než osloveným dodavatelům předložit výklad jak zadavatele, tak navrhovatele, aby bylo možné dostat relevantní odpovědi. Úřadu rovněž není zřejmé, jak využití slova „umožňuje“ svádí ke konkrétní odpovědi, když je zároveň tázanému nabízena rovnocenná varianta odpovědi. K příklonu ke gramatickému výkladu Úřad předně uvádí, že sám zadavatel v oznámení o vyloučení, rozhodnutí o námitkách i ve vyjádření k návrhu staví právě na gramatickém výkladu dané podmínky. Jak dlouhodobě judikuje Nejvyšší správní soud, *„zadávací řízení představuje vysoce formalizovaný proces, jehož nedodržení může vést k negativním důsledkům pro konkrétního uchazeče projevujícím se např. i v zamezení získání veřejné zakázky a možnosti jejího plnění“* (např. rozsudek ze dne 14. 1. 2015, č. j. 10 As 202/2014 – 42). Je zřejmé, že formalizovanost procesu nemůže jít k tíži pouze dodavatelům, ale nutně se musí vztahovat i na zadavatele. Úřad chápe námitku zadavatele, že *„pokud by bylo možno takto uměle jednu „hromadu hlíny“ zněkolikanásobit jenom tím, že ji účastník přesouval postupně a nikoliv naráz, zkresluje se tím skutečný rozsah a náročnost této významné zakázky, což zcela neguje smysl a účel samotného kvalifikačního požadavku...“*, nicméně s ohledem na způsob formulace kritéria technické kvalifikace, které umožňovalo dvojí výklad (jak vyplynulo nejen z průzkumu trhu, ale i z toho, že obdobným způsobem jako navrhovatel pochopil toto kritérium i dodavatel STRABAG), nelze toto přičítat k tíži dodavatelům (zde navrhovatel). Z těchto důvodů tak nesdílí Úřad názor zadavatele, že by postupoval přepjatě formalisticky. K okruhu oslovených dodavatelů pak Úřad podotýká, že účelem otázky č. 2 nebylo zjistit způsoby výkladu dle odborníků na výklad či význam slov, jak naznačuje zadavatel, ale zjištění, jakým způsobem kritérium technické kvalifikace a v něm užitá pojmy chápou subjekty působící na relevantním trhu, neboť právě na ně předmětné zadávací podmínky cílí. Úřad byl v rámci prováděného průzkumu trhu primárně veden potřebou zjistit, jak zavedené pojmy chápou osoby pracující s nimi každodenně při výkonu své činnosti v oboru stavebnictví. K tomu Úřad pouze pro úplnost poznamenává, že různá odvětví lidské činnosti mají často v praxi zaužívané termíny, které v rámci těchto odvětví nesou jiný význam než v obecné řeči (jako příklad z právního odvětví mohou sloužit termíny „zamítnutí“ a „odmítnutí“, kdy tyto pojmy jsou v obecné češtině chápány jako synonyma, zatímco pro právníka nesou při výkonu povolání zcela odlišný význam). Vzhledem k těmto skutečnostem tak nebylo na místě, aby Úřad oslovil *„právníky nebo filology“*, ale právě odborníky působící ve stavebnictví, což také učinil. Nadto Úřad dodává, že v rámci průzkumu oslovil se stejnými otázkami i dodavatele RTS, tj. subjekt stojící mimo dodavatelské prostředí, který vystupuje v pozici určitého „normotvůrce“ v oblasti stavebnictví, resp. podílí se na vytváření cenových standardů v této oblasti, přičemž i z jeho odpovědi lze dovodit obdobné vnímání stanovené zadávací podmínky, jaké uplatnil navrhovatel a ke kterému dospěla i většina oslovených dodavatelů. Šetření provedené Úřadem tedy i s ohledem na tuto skutečnost nelze považovat za jakkoliv nevyvážené či jednostranné. Z výše uvedených důvodů Úřad námitky zadavatele, jimiž jsou zpochybňovány některé podklady pro rozhodnutí, nepovažuje za relevantní.
76. Pouze pro úplnost Úřad konstatuje, že vzhledem výše učiněným závěrům již nepřezkoumával postup zadavatele stran posuzování splnění podmínek kritéria technické kvalifikace v případě

referencí č. 2 a 3, neboť zjištěné skutečnosti by nemohly mít dopad do již učiněného závěru Úřadu o nezákonnosti postupu zadavatele při vyloučení navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení.

77. Na základě všech výše uvedených skutečností Úřad rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

#### **K výroku II. rozhodnutí**

78. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
79. Při rozhodování o uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona je Úřad povinen na základě zjištěných skutečností uvážit, jaké nápravné opatření má zvolit k dosažení nápravy protiprávního stavu při respektování základních zásad procesu zadávání, tj. zásady transparentnosti, přiměřenosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
80. Vycházeje z výše uvedených závěrů Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená v § 48 odst. 2 písm. a) a b) zákona tím, že oznámením ze dne 6. 10. 2021 vyloučil navrhovatele z účasti na zadávacím řízení na veřejnou zakázku z důvodu neprokázání splnění kritéria technické kvalifikace. Úřad má rovněž za to, že uvedený postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele na předmětnou veřejnou zakázku.
81. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění zákonné dikce § 263 odst. 2 zákona, je Úřad povinen rozhodnout o uložení nápravného opatření. Úřad jako opatření k nápravě zvolil zrušení úkonu zadavatele spočívajícího v rozhodnutí a oznámení o vyloučení navrhovatele a současně zrušil všechny následující úkony zadavatele v zadávacím řízení na veřejnou zakázku, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. V této souvislosti Úřad uvádí, že zrušení rozhodnutí o vyloučení účastníka ze zadávacího řízení považuje za dostatečné nápravné opatření, které povede k narovnání nyní trvající nezákonné situace.

#### **K výroku III. rozhodnutí**

82. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
83. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
84. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku II. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonů zadavatele, zakázal zároveň ve výroku III. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

#### **K výroku IV. rozhodnutí**

85. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu podle § 263 zákona též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení (dále jen „náklady řízení“). Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví prováděcí předpis. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
86. Vzhledem k tomu, že tímto rozhodnutím došlo k uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení úkonů zadavatele, rozhodl Úřad o uložení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.
87. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2021000567.

### **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 výroku I., II. a IV. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku III. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona 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

Mgr. Markéta Dlouhá  
místopředsedkyně

#### **Obdrží**

1. JUDr. Vilém Podešva, LLM, advokát, ROWAN LEGAL, advokátní kancelář s.r.o., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. Gardenline s.r.o., Na Vinici 948/13, Předměstí, 412 01 Litoměřice

#### **Vypraveno dne**

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