



UOHSX00GD81S

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0204/2022/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-25304/2022/500

Brno 27. 7. 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 9. 5. 2022, na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – Nusle,
- navrhovatel – Podnikatelský inkubátor Kroměříž, spol. s r.o., IČO 18189091, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 6. 5. 2022 Ing. Mgr. Vlastimilem Calabou, advokátem, ev. č. ČAK 17825, IČO 06491588, společníkem AKCA s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Rámcová dohoda na GTP středních a velkých staveb pozemních komunikací 2022“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 12. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 12. 2021 pod ev. č. Z2021-047715, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2021 pod ev. č. 2021/S 250-658743, ve znění pozdějších oprav,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Podnikatelský inkubátor Kroměříž, spol. s r.o., IČO 18189091, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž – ze dne 9. 5. 2022 **se** podle ustanovení § 265 písm. b) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zamítá**, neboť nebyl podán oprávněnou osobou.

ODŮVODNĚNÍ

I. PRŮBĚH ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ

1. Odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení do Věstníku veřejných zakázek zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – Nusle (dále jen „zadavatel“) zahájil jako veřejný zadavatel dle § 4 odst. 1 písm. c) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“) dne 20. 12. 2021 za účelem uzavření rámcové dohody „Rámcová dohoda na GTP středních a velkých staveb pozemních komunikací 2022“ otevřené řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 20. 12. 2021 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 23. 12. 2021 pod ev. č. Z2021-047715, ve znění pozdějších oprav a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 24. 12. 2021 pod ev. č. 2021/S 250-658743, ve znění pozdějších oprav (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Podle bodu II.1.4) Oznámení o zahájení zadávacího řízení „*[p]ředmětem plnění veřejné zakázky vyhotovení podrobných, nebo předběžných geotechnických průzkumů velkých a středních staveb pozemních komunikací dle aktuálních potřeb zadavatele. Práce budou realizovány na základě Rámcové dohody uzavřené se šesti účastníky po dobu 48 měsíců.*“.
3. Podle bodu II.1.5) Oznámení o zahájení zadávacího řízení činí předpokládaná celková hodnota rámcové dohody 580 000 000 Kč bez DPH.
4. Dne 14. 4. 2022 podal navrhovatel námitky proti zadávacím podmínkám a proti postupu zadavatele při vyřizování námitek (dále jen „námitky“). Námitky byly zadavateli doručeny dne 14. 4. 2022.
5. Dle rozhodnutí o námitkách ze dne 29. 4. 2022 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“), jež bylo navrhovateli doručeno téhož dne, zadavatel námitky odmítl jednak pro jejich neopodstatněnost a nedůvodnost, jednak z důvodu, že nebyly podány oprávněnou osobou a z důvodu, že na straně navrhovatele zadavatel neshledal vzniklou či hrozící újmu, coby povinnou náležitost námitek.
6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasí s rozhodnutím zadavatele o námitkách, podal dne 9. 5. 2022 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne. Návrh byl rovněž dne 9. 5. 2022 ve stejnopise doručen zadavateli.

II. OBSAH NÁVRHU

7. Navrhovatel má za to, že zadávací podmínky byly vyhotoveny v rozporu se zákonem, když některé podmínky účasti dodavatelů, uvedené v zadávací dokumentaci, jsou ve svém souhrnu, ale i v jednotlivostech netransparentní, nepřiměřené, diskriminační a extrémně omezující hospodářskou soutěž. Důvodem je ta skutečnost, že podle názoru navrhovatele okruh možných dodavatelů schopných splnit stanovené podmínky účasti se zejména s ohledem na aktuální skladbu možných soutěžitelů na relevantním trhu vysoce specializovaných služeb geotechnických průzkumů (dále také jen „GTP“) směřuje pouze na ty subjekty, které v posledních několika letech vykonávaly pro zadavatele činnosti poptávané v tomto zadávacím řízení. Dle navrhovatele jen tyto subjekty mohly nabýt zkušenosti v rozsahu i kvalitě požadované zadavatelem. Navrhovatel namítá, že zadavatel opakovaně provádí zadávací

řízení na uzavření rámcových dohod, přestože mu nic nebrání zadávat jednotlivé veřejné zakázky i mimo rámcové dohody.

8. S ohledem na skutečnost, že zadavatel v rámci rozhodnutí o námitkách zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele k podání námitek, navrhovatel ve svém návrhu uvedl, že je zcela relevantním dodavatelem způsobilým poskytnout část plnění, které je předmětem rámcové dohody, ať už jako člen sdružení či poddodavatel vybraného dodavatele, a je tedy aktivně legitimován, resp. je oprávněnou osobou k podání námitek a potažmo i návrhu. Navrhovatel doplňuje, že jelikož disponuje oprávněním k podnikání v oboru „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ (případně „*Projektová činnost ve výstavbě*“), je bez dalšího oprávněn činnosti tvořící předmět rámcové dohody přinejmenším z části plnit, když poukazuje na příslušný soupis prací, který obsahuje celou řadu přípravných či stavebních prací, k jejichž provádění je plně odborně způsobilý. Navrhovatel dále uvedl, že zadavatel byl „*při posuzování splnění podmínky dle § 241 odst. 1 ZZVZ povinen vzít v potaz, zda objektivně existuje potenciální možnost Navrhovatele ucházet se o účast v zadávacím řízení, a to buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavateli (kteří disponují příslušnými oprávněními k podnikání nezbytnými k realizaci Veřejné zakázky) nebo v pozici poddodavatele takového subjektu.*“, a to „*[b]ez ohledu na to, co Navrhovatel v Námitkách uvedl stran jeho konkrétní pozice v rámci uskupení dodavatelů, se kterými měl Navrhovatel v úmyslu zúčastnit se zadávacího řízení, a v jakém kontextu tak učinil.*“. Avšak dle navrhovatele tak zadavatel neučinil a ryze formalisticky učinil závěr, že navrhovatel má realizovat předmět rámcové dohody v pozici generálního dodavatele. Jakékoliv související závěry zadavatele o nedostatku aktivní legitimace na straně navrhovatele jsou tak dle názoru navrhovatele naprosto liché.
9. Navrhovatel má za to, že praxe zadavatele spočívající v provádění GTP takřka výhradně na podkladě rámcových dohod v kombinaci s nepřiměřenými požadavky na kvalifikaci dodavatelů způsobila absolutní vyloučení hospodářské soutěže. Navrhovatel uvádí, že jen subjekty, které v minulosti uzavřely se zadavatelem rámcové dohody k provádění GTP, byly schopné v průběhu poslední téměř 10 let získat relevantní zkušenosti v zadavatelem požadovaném množství a rozsahu, neboť zadavatel je v postavení nejvýznamnějšího subjektu v ČR zadávajícího provádění GTP na silničních dopravních stavbách. Navrhovatel dále uvedl, že zadavatele přímo konfrontoval s aktuální situací na relevantním trhu, avšak zadavatel neprovedl kroky vedoucí ke (znovu)otevření hospodářské soutěže pro všechny jinak kvalifikované dodavatele a nezhodil současný stav neexistence hospodářské soutěže a umožnil tak, aby tento stav pokračoval.
10. V další části návrhu navrhovatel namítá jednak požadavky zadavatele k prokázání technické kvalifikace osob, které se budou na plnění veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) podílet, stanovené v čl. 4.3 zadávací dokumentace, a jednak požadavky stanovené v čl. 4.4 zadávací dokumentace k prokázání technické kvalifikace dodavatelů. S odkazem na body č. 6 a 7 dokumentu VYSVĚTLENÍ, ZMĚNA NEBO DOPLNĚNÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE č. 2-17 ze dne 16. 2. 2022 (dále jen „*vysvětlení ZD 1*“) navrhovatel uvedl, že zadavatel nemá tušení o rozsahu a hodnotě jednotlivých zakázek na výkon GTP, které budou zadávány na základě rámcové dohody, ani o rozsahu a hodnotě staveb komunikací, kterých se bude výkon GTP týkat, a z tohoto důvodu pak zadavatel nebyl schopen vysvětlit logiku stanovení požadovaných hodnot referenčních zakázek a neexistuje tudíž vazba na předmět rámcové dohody. Navrhovatel v této souvislosti namítá, že zadavatel zcela opomenul uvést, že na základě

rámcové dohody mohou být zadávány zakázky, jejichž hodnota bude i násobně nižší než předmětné hodnoty. Navrhovatel dále uvedl, že zadavatel byl při stanovování všech požadavků na kvalifikaci dodavatelů povinen zohlednit i situaci na relevantním trhu, přičemž vůbec nevzal v potaz aktuální a jím způsobený stav hospodářské soutěže (viz bod 9. odůvodnění tohoto rozhodnutí), jelikož zkušenosti o hodnotách stanovených v zadávací dokumentaci se nedají v ČR získat jinde než právě u zadavatele (jakožto zdaleka nejvýznamnějšího zadavatele výkonu GTP). Navrhovatel dále namítá omezení hospodářské soutěže i z toho důvodu, že zadavatel nastavením zadávacích podmínek neumožňuje dodavatelům prokázat, že i součet dílčích staveb realizovaných v rámci jedné komunikace (např. staveb realizovaných paralelně a na základě jedné smlouvy o dílo) materiálně splňuje požadavky stanovené v zadávací dokumentaci.

11. Navrhovatel rovněž brojí proti požadavku zadavatele na předložení oprávnění k provádění průzkumných a diagnostických prací souvisejících s výstavbou, opravami, údržbou a správou pozemních komunikací vydané Ministerstvem dopravy ČR, a to k provádění geotechnických průzkumů (dále jen „oprávnění MD“) za účelem prokázání profesní způsobilosti. Tento požadavek je podle navrhovatele v rozporu s ust. § 77 odst. 2 písm. c) zákona, neboť toto oprávnění, resp. pravidla pro jeho udělování, upravuje Metodický pokyn Systému jakosti v oboru pozemních komunikací vydaný Ministerstvem dopravy ČR (dále jen „Metodický pokyn MD“), který dle názoru navrhovatele není právním předpisem ve smyslu § 77 odst. 2 písm. c) zákona. Navrhovatel se domnívá, že pokud § 77 zákona nedává zadavateli oprávnění požadovat předložení jiných dokladů, než které jsou vyžadovány právním předpisem, pak zadavatel není oprávněn tyto doklady požadovat. V této souvislosti navrhovatel podotkl, že zadavatel k oprávnění MD nepřipustil ani alternativní, rovnocenné nahrazení.
12. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel svým požadavkem stanoveným v čl. 4.3 písm. a) zadávací dokumentace, aby osoba – odpovědný řešitel úkolu – disponovala autorizací jako autorizovaný inženýr nebo technik v oboru geotechnika, nepřiměřeně kumuluje kvalifikační požadavky na osobu odpovědného řešitele úkolu, když v rámci požadavků na jednu osobu nedůvodně slučuje předpoklady pro výkon dvou různých funkcí – inženýrského geologa a autorizovaného geotechnika. Navrhovatel doplňuje, že dle technického předpisu TP 76 platí, že zhotovitel GTP musí mít ve svém pracovním týmu inženýrského geologa a autorizovaného geotechnika, tedy nejméně dvě různé osoby. Navrhovatel nesouhlasí ani s alternativou zakotvenou v čl. 4.3 písm. a) zadávací dokumentace, a sice, že pokud odpovědný řešitel úkolu nemá autorizaci v oboru geotechnika, lze splnění tohoto požadavku v rámci tohoto kvalifikačního předpokladu prokázat prostřednictvím další osoby zajišťující odbornou způsobilost v oboru geotechnika, neboť ani tato možnost nemá žádný dopad na zmírnění zadávacích podmínek.
13. S ohledem na informaci poskytnutou zadavatelem v rámci bodu č. 23 dokumentu VYSVĚTLENÍ, ZMĚNA NEBO DOPLNĚNÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE č. 18-41 ze dne 31. 3. 2022 (dále jen „vysvětlení ZD 2“) má navrhovatel za to, že zadavatel zřejmě fakticky rozvolnil zadávací podmínky, když v rozporu s čl. 4.3. písm. a) zadávací dokumentace uvedl, že osoba na pozici geotechnik nemusí disponovat oprávněním MD a zadavatel tak měl prodloužit lhůtu pro podání nabídky tak, aby činila nejméně celou svou původní délku.
14. Navrhovatel dále uvedl, že jelikož předmětem plnění rámcové dohody nemají být projekční činnosti spojené s vypracováním jakékoli projektové dokumentace stavby pozemní

komunikace, je požadavek na prokazatelnou praxi ve výkonu funkce zodpovědného projektanta v oboru geotechnika u osoby autorizovaného geotechnika dle čl. 4.3 písm. a) zadávací dokumentace nepřiměřený, diskriminační a nedůvodně omezující hospodářskou soutěž.

15. Navrhovatel namítá také nemožnost přesně nacenit položky 1.1.25 a 1.1.26 soupisu prací (kopané šachtice do a nad 3 m), neboť není jasné, o jaký průměr či přesnou hloubku kopaných šachtic se má jednat. V případě položky 1.1.25 (kopané šachtice do 3 m) navrhovatel navíc rozporuje také skutečnost, že tato položka se naceňuje v *ks* a nikoliv v *bm*, a tudíž mají dodavatelé paušálně naceňovat všechny kopané šachtice do 3 m, aniž by byla rozlišena jejich přesná hloubka, přičemž v rámci postupu dle příslušných norem může hloubka představovat relevantní důvod pro násobné navýšení nákladů.
16. U položky 1.2.15 soupisu prací (zajištění DIR a DIO) navrhovatel považuje za nejasné, co má daná položka obsahovat, jelikož v rámci bodu č. 19 vysvětlení ZD 2 zadavatel poskytl informaci, že tato položka zahrnuje zpracování projektové dokumentace, projednání na uzavírkové komisi atd., z čehož navrhovatel usuzuje, že právě tyto činnosti lze podřadit rovněž pod položku 1.2.6 soupisu prací (vybudování přístupových cest, zajištění dopravního omezení a pronájmu dopravního značení). Z tohoto důvodu se navrhovatel domnívá, že zadavatel v rozporu s § 36 odst. 3 zákona nepřipravil zadávací dokumentaci v podrobnostech nezbytných pro účast v zadávacím řízení.
17. Navrhovatel rozporuje také položku 10 soupisu prací (ostatní), která je počítána paušálně a pro všechny dodavatele shodným způsobem jako 15 % ze součtu položek 1-8, což považuje za neadekvátní a nelogické. Navrhovatel má za to, že uvedená paušální položka má významný dopad i do hodnocení nabídek, neboť celková nabídková cena všech dodavatelů bez rozdílu je o tuto položku *de facto* uměle navyšována.
18. Navrhovatel dále namítá nejasnost vymezení okamžiku uznatelnosti referenčních zakázek z důvodu vzájemného rozporu v čl. 4.4.1. a 4.4.5. zadávací dokumentace a v kombinaci s obsahem bodu č. 34 vysvětlení ZD 2. Navrhovatel dovedl, že použití referenční zakázky (na GTP) lze použít pro účely kvalifikace jen za předpokladu, že navazující stavba pozemní komunikace bude realizovaná, resp. alespoň uvedena do zkušebního provozu. Dle navrhovatele je však jakékoliv podmiňování použitelnosti reference realizací stavby pozemní komunikace (která je nadto zcela mimo kontrolu dodavatelů) nutno striktně odmítnout jako nepřiměřenou zadávací podmínku.
19. Navrhovatel se závěrem svého návrhu v obecné rovině, i s poukazem na rozhodovací praxi Nejvyššího správního soudu, zabývá vyřízením námitek řádným způsobem v souladu se zásadou transparentnosti a zákazu diskriminace. V této souvislosti navrhovatel uvedl, že „(...) *se dozvídá, že sice není aktivně legitimován (když podnět pro přezkum postupu veřejného zadavatele může podat prakticky kdokoli, avšak na jím položené otázky zadavatel neodpovídá, nebo odpovídá jen povrchně.*“. Navrhovatel má za to, že jestliže podá zadavateli námítky, musí se jimi zadavatel zabývat s veškerou pečlivostí.
20. S odkazem na výše uvedené navrhovatel uvádí, že mu v důsledku uvedených skutečností vznikla újma spočívající v tom, že objektivně nebyl schopen se účastnit zadávacího řízení a podat svou nabídku (spolu se svými partnery) do zadávacího řízení. Závěrem navrhovatel

tudíž navrhuje, aby Úřad ve smyslu § 263 odst. 3 zákona uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

21. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 9. 5. 2022, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Stejnopis návrhu byl dodán do datové schránky zadavatele taktéž dne 9. 5. 2022.
22. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou zadavatel a navrhovatel.
23. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům pod č. j. ÚOHS-15730/2022/512 ze dne 11. 5. 2022.

Vyjádření zadavatele k návrhu

24. Zadavatel se k návrhu vyjádřil ve svém stanovisku, signovaném dne 18. 5. 2022, které Úřad obdržel dne 19. 5. 2022, přičemž konstatuje následující.
25. K nedostatku aktivní legitimace navrhovatele zadavatel uvedl, že navrhovatel nedisponuje ani jediným z nezbytných oprávnění k podnikání, když poukazuje na skutečnost, že navrhovatel nedisponuje živnostenským oprávněním k provádění geologických prací. Zadavatel uvádí, že oprávnění k podnikání v oborech „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ a „*Projektová činnost ve výstavbě*“ nejsou ve vztahu k žádné ze stěžejních částí poptávaných prací dostačující, když je nutné disponovat i dalšími oprávněními k podnikání v oborech spadajících pod činnosti realizované odpovědným řešitelem úkolu v rozsahu stanoveném v TP 76 ve smyslu čl. 18.6. zadávací dokumentace. Zadavatel rovněž poukázal na čl. 18.6. zadávací dokumentace, kterým omezil možnost plnění rámcové dohody (a s tím související prokázání příslušné části profesní způsobilosti a technické kvalifikace) poddodavatelem. Dle zadavatele je tak nutné považovat navrhovatele za subjekt, který by se na plnění předmětu rámcové dohody nemohl podílet ani v rozsahu jakékoli její relevantní části. Nadto zadavatel uvádí, že možnost oddělení realizace přípravných či stavebních prací od nezbytné odbornosti (kterou navrhovatel nedisponuje), je obtížně představitelná a navrhovatel ani nijak nespecifikuje práce, které by mohl realizovat. Argumentaci navrhovatele o jeho možnosti ucházet se o účast v zadávacím řízení buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavatelem (kteří disponují příslušnými nezbytnými oprávněními k podnikání) nebo v pozici poddodavatele takového subjektu považuje zadavatel za spekulativní. Zadavatel rovněž uvádí, že ani v případě jakékoli formy zapojení navrhovatele by nebyl sám aktivně legitimován k podání námitek či návrhu k Úřadu, neboť by stále platilo, že mu nemůže stanovením zadávacích podmínek hrozit jakákoliv újma. Veškerá rozhodující kritéria by totiž musel naplnit právě tento jiný dodavatel, protože jedině ten by byl schopen naplnit podstatu plnění předmětu rámcové dohody. Zadavatel uzavírá, že jelikož navrhovatel nemůže plnit stěžejní části rámcové dohody v jakémkoli postavení (dodavatele či poddodavatele), nelze jej považovat za relevantního dodavatele ve smyslu § 241 odst. 1 zákona, a nemůže tak naplňovat kumulativní podmínky aktivní legitimace k podání návrhu.
26. K tvrzením navrhovatele o neexistenci hospodářské soutěže zadavatel uvedl, že užívání institutu rámcové dohody k realizaci GTP je zcela v souladu se zákonem a jelikož se v rámci předmětu plnění rámcové dohody jedná o vysoce specializované činnosti, jejichž kvantitativní

rozsah z podstaty věci není dopředu znám, rozhodl se zcela legitimně právě pro využití tohoto institutu, který byl zákonodárcem včleněn do zákona právě pro takové případy.

27. K námitkám navrhovatele ohledně stanovení hodnot referenčních zakázek k prokázání technické kvalifikace dle bodů 4.3 a 4.4 zadávací dokumentace zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že argumentaci navrhovatele považuje za nepřiléhavou, neboť odporuje logice rámcových dohod jako takových, když zákonná úprava upravující rámcové dohody míří právě na situace, kdy objektivně nelze s jistotou dopředu určit zcela přesný kvantitativní rozsah prací požadovaných v rámci jednotlivých veřejných zakázek, ani stanovit jejich konkrétní počet. Co se týče požadovaných hodnot referenčních zakázek, tak ty zadavatel stanovil na základě posouzení očekávatelného rozsahu dílčích veřejných zakázek. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, že na základě rámcové dohody mohou být zadány i zakázky s násobně nižší hodnotou, když z obsahu zadávací dokumentace jednoznačně vyplývá, že zadavatel má v úmyslu na základě rámcové dohody uzavírat dílčí smlouvy pro GTP na stavby pozemních komunikací středního a velkého rozsahu. Svě požadavky zadavatel považuje za zcela minimální a jejich další snižování by již ohrožovalo výběr dodavatelů skutečně způsobilých k poskytnutí takto rozsáhlých GTP řádně realizovat. Ohledně námitky navrhovatele, že zadavatel nedává šanci prokázat, že i součet dílčích staveb realizovaných v rámci jedné komunikace materiálně splňuje požadavek zadavatele, zadavatel uvedl, že primárním hlediskem zakazu sčítání hodnot např. stavebních prací u postupných úseků je absence důkazu o schopnosti dodavatele realizovat takto obsáhlé plnění v rámci jediné zakázky, přičemž podstatou je právě schopnost potenciálního dodavatele poskytnout jedno relativně náročnější plnění, a nikoliv schopnost poskytnout dvě méně náročná plnění na samostatných a povahou plnění oddělitelných stavebních objektech.
28. K námitkám navrhovatele ohledně požadavku na oprávnění MD zadavatel uvedl, že by bylo značně zužující vykládat ustanovení o profesní způsobilosti tak, jak to učinil navrhovatel, když vedle toho je možné požadavky na technickou kvalifikaci ve smyslu § 79 odst. 2 písm. d) zákona stanovit jako požadavky na osvědčení o vzdělání a odborné kvalifikaci vztahující se k požadovaným dodávkám, službám nebo stavebním pracím, a to jak ve vztahu k fyzickým osobám, které mohou dodávky, služby nebo stavební práce poskytovat, tak ve vztahu k jejich vedoucím pracovníkům. Zadavatel poukazuje na skutečnost, že příslušná oprávnění požaduje právě u příslušných členů realizačního týmu, kde o oprávněnosti daného požadavku nemůže být pochyb. Zadavatele dále uvedl, že příslušná oprávnění (tedy nejen Oprávnění MD, ale i řada jiných obdobných oprávnění) jsou vydávána fyzickým osobám, jejichž zajištění pro účely plnění veřejných zakázek jsou dodavatelé povinni prokázat a zadavatel má za to, že v tomto směru se tedy kritéria kvalifikace podle § 77 zákona a § 79 zákona fakticky překrývají. Zadavatele dále uvedl, že nevylučuje a nemůže vyloučit obecnou platnost § 81 zákona a možnost prokázání kvalifikace ekvivalentními doklady vydanými v zahraničí a plně akceptuje také možnost uznání odborné kvalifikace na základě postupů dle zákona č. 18/2004 Sb.
29. Zadavatel odmítá argumentaci navrhovatele, že by požadavky na technickou kvalifikaci u klíčových osob dle čl. 4.3 písm. a) zadávací dokumentace mělo docházet k omezení hospodářské soutěže. Naopak je zadavatel přesvědčen, že stanovené požadavky hospodářskou soutěž rozšiřují, neboť zadávací podmínky umožňují, v případě, že osoba odpovědného řešitele úkolu nedisponuje autorizací ve stupni autorizovaný inženýr nebo technik v oboru geotechnika dle autorizačního zákona, u této osoby tento požadavek prokázat

prostřednictvím další osoby. Zadavatel však považuje za adekvátní, aby tato další osoba disponovala také relevantními zkušenostmi, které jí umožní reálně posoudit správnost postupů, resp. jejich výsledků a nelze připustit, aby tato osoba pouze formálně stvrzovala správnost vyhotovovaných prací.

30. Ve vztahu k namítanému požadavku na prokazatelnou praxi ve výkonu funkce zodpovědného projektanta v oboru geotechnika u osoby autorizovaného geotechnika zadavatel ve svém vyjádření uvedl, že zhotovitel musí o provedených GTP vyhotovit příslušnou dokumentaci, která může být využita v rámci různých stupňů projektové dokumentace, a tudíž nepovažuje svůj požadavek na relevantní zkušenost odpovědného řešitele v tomto směru za rozporný se zákonem.
31. Co se týče argumentace navrhovatele ohledně možné změny zadávacích podmínek na základě informací poskytnutých zadavatelem v rámci bodu č. 23 vysvětlení ZD 2, zadavatel uvedl, že se v tomto případě nejednalo o změnu zadávacích podmínek, ale toliko o upřesnění, že i u osoby na pozici geotechnik je možné alternativní prokázání požadavku na dispozici s oprávněním MD, když zadavatel v obecné rovině potvrdil možnost oprávnění MD nahradit rovnocenným dokladem podle právního řádu státu, v němž zahraniční subjekt (osoba) předmětnou činnost vykonává.
32. K tvrzení navrhovatele ohledně položek soupisu prací 1.1.25 a 1.1.26, má zadavatel za to, že jsou u nich uvedeny měrné jednotky i jejich předpokládaný počet, což je dle jeho názoru v souladu se zákonem a úvahy navrhovatele ohledně vhodnosti vymezení měrných jednotek modelového příkladu odmítá jako nepodložené.
33. Ve vztahu k položkám 1.2.15 a 1.2.6 soupisu prací zadavatel uvedl, že navrhovatel pouze spekuluje o tom, jak by položky měly být uspořádány a zadavateli není zcela jasné, z jakých důvodů považuje navrhovatel za účelné podřadit zpracování projektové dokumentace pod pronájem dopravního značení, protože se jedná o různé činnosti, a nikoliv o činnosti totožné, jak uvádí navrhovatel ve svém návrhu.
34. K námitkám navrhovatele ohledně položky 10 soupisu prací zadavatel uvedl, že variabilita dílčích vedlejších nákladů je zcela minimální a dále, že tato položka nemůže mít vliv na hodnocení obdržených nabídek, neboť byla stanovena pro všechny potenciální dodavatele stejným způsobem a jako taková není způsobitelná způsobit rozdíl mezi nabídkovými cenami. Zadavatel rovněž doplnil, že tato položka obsahuje činnosti, které jsou z povahy modelového příkladu pro ocenění rámcové dohody nevyčíslitelné.
35. K námitce navrhovatele ohledně nejasného vymezení okamžiku uznatelnosti referenčních zakázek zadavatel uvedl, že mu není zřejmé, z čeho navrhovatel dovozuje rozpor mezi odlišným rozhodným časovým okamžikem dokončení prací na GTP a dokončení stavebních prací na pozemní komunikaci. Podle zadavatele je nezbytné, aby každá z významných referenčních zakázek představovala záruku schopnosti poskytnout plnění vedoucí ke zdárnému výsledku a v tomto směru je tedy podstatný okamžik dokončení souvisejících stavebních prací. Skutečnost, že mezi těmito rozhodnými okamžiky může být časový rozdíl, v daném případě není relevantní, neboť se jedná o odlišné požadavky vztahující se buď ke zkušenostem dodavatele, nebo ke členům jeho realizačního týmu.

36. Ohledně způsobu vyřízení námitek zadavatel uvedl, že v rozhodnutí o námitkách adekvátně reagoval na úplnou námitkovou argumentaci, a vyjádřil se jednoznačně a jmenovitě ke všem bodům námitek.
37. Závěrem svého vyjádření zadavatel konstatuje, že svůj postup považuje za zcela zákonný a navrhuje, aby Úřad podaný návrh zamítnul.

Další průběh správního řízení

38. Usnesením č. j. ÚOHS-17413/2022/512 ze dne 24. 5. 2022 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.
39. Usnesením č. j. ÚOHS-19240/2022/512 ze dne 7. 6. 2022 stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – sdělení, které konkrétní činnosti realizované odpovědným řešitelem úkolu v rozsahu stanoveném v TP 76 je povinen, s odkazem na čl. 18.6. zadávací dokumentace, v rámci prokazování profesní a technické kvalifikace prokazovat dodavatel sám, tedy nikoliv prostřednictvím poddodavatelů.
40. Dne 13. 6. 2022 obdržel Úřad sdělení zadavatele k usnesení č. j. ÚOHS-19240/2022/512 ze dne 7. 6. 2022 (dále jen „odpověď na výzvu“), kterým zadavatel odpověděl na výzvu Úřadu ke sdělení informací.
41. Zadavatel v odpovědi na výzvu k dotazu Úřadu, *„které konkrétní činnosti zadavatel vymezil jako ty, u nichž požaduje, aby byly realizovány vlastními kapacitami dodavatele (tj. nikoli prostřednictvím poddodavatelů)“* odkázal na výkaz výměr (soutěžní podmínky), který tvoří přílohu rámcové dohody, přičemž uvedl, že činnosti, na kterých se poddodavatelé nesmí žádným způsobem podílet, jsou řazeny zejména v části 9. – Výkony geologické služby. Zadavatel rovněž poznamenal, že na žádnou z činností dle soupisu prací nelze nahlížet izolovaně, neboť vždy se jedná o součást GTP, který musí být realizován v součinnosti a za účasti s odpovědným řešitelem geologických prací, přičemž jakákoliv účast poddodavatele na jejich realizaci tak může představovat pouze okrajový podíl na celkovém rozsahu prací a poddodavatel, není-li, nebo nedisponuje-li zejména osobou odpovědného řešitele geologických prací, nikdy nemůže naplnit odbornou podstatu prací realizovaných při provádění GTP ani v rozsahu činností vymezených negativním výčtem dle čl. 18.6. zadávací dokumentace.
42. Zadavatel v odpovědi na výzvu dále uvedl, že z hlediska zadávacích podmínek lze připustit prokázání dílčí části kvalifikace poddodavatelem, avšak nelze odhlédnout od skutečnosti, že požadavky na kvalifikaci pracujících s odlišnou úrovní požadavků než dílčí konkrétní činnosti odpovědného řešitele úkolu, jak je definován TP 76. Podle sdělení zadavatele *»[v]rámci profesní způsobilosti je nezbytné přímo od dodavatele požadovat dispozici s oprávněním k podnikání v oboru „geologické práce“ (...).«* a dále, že *»[v]rámci technické kvalifikace tak je nutno přímo od dodavatele požadovat doložení dispozice s osobou v oboru „inženýrská geologie - geotechnika - odpovědný řešitel úkolu“. S ohledem na komplexní povahu zkušeností dokládaných v rámci technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, je nutno tuto část technické kvalifikace prokazovat výhradně dodavatelem.«*

43. Usnesením č. j. ÚOHS-20982/2022/512 ze dne 22. 6. 2022 stanovil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, přičemž tuto lhůtu Úřad na žádost navrhovatele prodloužil usnesením č. j. ÚOHS-22847/2022/512 ze dne 11. 7. 2022.

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

44. Navrhovatel se k podkladům rozhodnutí vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 15. 7. 2022, v němž plně odkázal na svou argumentaci uvedenou v návrhu a rovněž se vyjádřil k jednotlivým tvrzením zadavatele obsaženým v jeho vyjádření k návrhu.
45. K argumentaci ohledně své aktivní legitimace navrhovatel uvedl, že je nadále přesvědčen, že nejen potenciálně, ale i reálně je schopen činnosti tvořící předmět plnění rámcové dohody přinejmenším částečně plnit, k čemuž je navíc oprávněn na základě oprávnění k podnikání, kterým disponuje. K tomuto navrhovatel doplňuje, že předmětem plnění rámcové dohody je vedle samotných geologických prací i celá řada výkopových, vrtných, odkryvných či jiných přípravných stavebních prací, k jejichž provádění je (ať už v pozici poddodavatele či jako člen sdružení) plně odborně způsobilý.
46. V návaznosti na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-19240/2022/512 ze dne 7. 6. 2022 (viz bod 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí) navrhovatel uvedl, že zadavatel nebyl schopen dát jednoznačnou odpověď na dotaz vznesený ze strany Úřadu, tj. že nebyl schopen identifikovat činnosti, které pro plnění veřejné zakázky určil jako významné, což dle jeho názoru „*pouze dokresluje způsob, jakým Zadavatel v obecné rovině přistoupil ke stanovení zadávacích podmínek veřejné zakázky*“.
47. Za nelogickou považuje navrhovatel tu část argumentace zadavatele, v rámci které zadavatel dovodil, že účasti navrhovatele na plnění rámcové dohody v pozici poddodavatele jiného dodavatele formálně vzato nic nebránilo, když dle navrhovatele jsou to právě nepřiměřeně, diskriminačně a omezujícím způsobem stanovené zadávací podmínky, proti kterým navrhovatel ve svém návrhu i předcházejících námitkách brojí, a „*které zamezují účasti kvalitních a zkušených dodavatelů (potencionálních partnerů ve sdružení či generálních dodavatelů Navrhovatele) (...)*“. Dle navrhovatele výše uvedené závěry nemůže vyvrátit ani jeho v námitkách nepřesně uvedené tvrzení, že měl v úmyslu se o veřejnou zakázku ucházet se svým poddodavatelem. Navrhovatel má za to, že tuto nesrovnalost v podaném návrhu uvedl na pravou míru, když zcela jednoznačně konstatoval, že „*se na plnění veřejné zakázky hodlal podílet jako člen sdružení či jako poddodavatel obchodního partnera, který disponuje příslušnými oprávněními k plnění veřejné zakázky a vyvrátil tak veškeré pochybnosti ohledně způsobu, jakým byl připraven na plnění veřejné zakázky participovat.*“.
48. Nad rámec argumentace uvedené v návrhu ohledně požadavku na oprávnění MD (viz bod 11. odůvodnění tohoto rozhodnutí) navrhovatel doplnil, že k jeho závěrům učiněných v rámci návrhu se přiklání také nejnovější komentářová literatura k zákonu, kde se uvádí, že zadavatel je oprávněn tuto odbornou způsobilost požadovat pouze tehdy, pokud ji s výkonem této činnosti výslovně svazuje zákonná norma. Navrhovatel má tedy za to, že v případě veřejné zakázky se kritéria kvalifikace podle § 77 zákona a § 79 zákona nepřekrývají a jsou stanoveny zcela odděleně.
49. K otázce okamžiku uznatelnosti referenčních zakázek navrhovatel uvedl, že současným nastavením zadávacích podmínek dochází ke zkracování rozhodného období pro referenční

činnosti dodavatelů, a tím i k dalšímu nedůvodnému a nepřiměřenému uzavírání soutěže o veřejnou zakázku.

50. Navrhovatel na svém návrhu trvá a žádá, aby Úřad zrušil zadávací řízení.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

51. 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 účastníků řízení a na základě vlastního zjištění rozhodl o tom, že se návrh podle ustanovení § 265 písm. b) zákona zamítá, neboť nebyl podán oprávněnou osobou. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení zákona

52. Podle § 5 zákona se dodavatelem rozumí osoba, která nabízí poskytnutí dodávek, služeb nebo stavebních prací, nebo více těchto osob společně. Za dodavatele se považuje i pobočka závodu; v takovém případě se za sídlo dodavatele považuje sídlo pobočky závodu.
53. Podle § 241 odst. 1 zákona může námitky podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté zákona hrozí nebo vznikla újma.
54. Podle § 250 odst. 1 zákona lze podat návrh proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu se zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele.
55. Podle § 251 odst. 1 zákona návrh musí vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovatel 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.
56. Podle § 265 písm. b) zákona Úřad návrh zamítne, pokud návrh nebyl podán oprávněnou osobou.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

57. Dle čl. 1.5. zadávací dokumentace je pro všechny činnosti „základním dokumentem, kterým se řídí plnění veřejné zakázky, *Technický předpis TP 76, část A – Zásady geotechnického průzkumu a část B - Provádění geotechnického průzkumu ze dne 17. 6. 2009, schválená MD-OSI č.j. 485/09-910-IPK/1, s účinností od 1. 7. 2009 a část C - Geotechnický průzkum pro navrhování a provádění tunelů pozemních komunikací ze dne 5. 12. 2007, schválená MD-OI č.j. 1084/07-*

910-IPK/1, s účinností od 1. 1. 2008, v platném znění.“¹ (Technický předpis TP 76, část A, B, C společně dále jen jako „TP 76“).

58. Podle čl. 1.5 zadávací dokumentace se pojmem „*stavební práce*“ rozumí „*zakázka s parametry stanovenými v tabulce uvedené v čl. 4.4.3. (...) zadávací dokumentace, jejímž předmětem je vyhotovení geotechnických průzkumů staveb (...)*“.
59. Podle čl. 1.5 písm. j) zadávací dokumentace se „*odpovědným řešitelem úkolu*“ rozumí „*Řešitel GTP definovaný v TP 76, část B*“.
60. Dle čl. 3.1 zadávací dokumentace je „*[p]ředmětem plnění veřejné zakázky na uzavření rámcové dohody (...) realizace stavebních prací dle této zadávací dokumentace a jejích příloh*“, přičemž „*Na základě Rámcové dohody bude zadavatel zadávat účastníkům Rámcové dohody jednotlivé dílčí zakázky na stavební práce spočívající ve vyhotovení předběžných, podrobných nebo doplňkových geotechnických průzkumů staveb pozemních komunikací dle aktuálních potřeb zadavatele.*“.
61. V čl. 3.1 zadávací dokumentace zadavatel vymezil klasifikaci předmětu veřejné zakázky CPV kódem „CPV:45111250-5 Geologický průzkum staveniště“.
62. V Oznámení o zahájení zadávacího řízení je jako hlavní CPV kód [pod bodem II.1.2)] i dodatečný CPV kód [pod bodem II.2.2)] uvedeno číslo „45111250“.
63. V čl. 4.2 písm. b) zadávací dokumentace zadavatel stanovil požadavek na „*předložení dokladu, že je dodavatel oprávněn podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, pokud jiné právní předpisy takové oprávnění vyžadují*“, přičemž jako způsob prokázání zadavatel stanovil „*Platné oprávnění k podnikání. Dodavatel předloží (...) oprávnění k podnikání v oborech:*
- (i) výkon zeměměřických činností;*
 - (ii) geologické práce*
 - (iii) oprávnění k hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem (...) oprávnění k projektování a navrhování objektů a zařízení, které jsou součástí hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem (...)*“.
64. V čl. 18.6. zadávací dokumentace zadavatel mj. stanovil, že „*[d]odavatel je oprávněn zajišťovat plnění předmětu veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele/ů, avšak zadavatel v souladu s § 105 odst. 2 ZZVZ požaduje, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) realizoval minimálně následující významné činnosti při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů: Činnosti realizované odpovědným řešitelem úkolu v rozsahu stanoveném v TP 76. Za tyto činnosti se nepovažuje provádění (realizace) následujících činností: vrtání a odkryvné práce, polní zkoušky, geofyzikální práce, laboratorní práce, geodetické práce, hydrogeologické práce, pedologický průzkum, korozní průzkum.*

Zadavatel požaduje realizaci shora uvedeného plnění vlastními kapacitami z toho důvodu, že toto plnění má zásadní vliv na kvalitu a rozsah zadavatelem požadovaných prací, tj. zadavatel je považuje za zásadní z pohledu realizace veřejné zakázky. Tomuto požadavku jsou dodavatelé

¹ Dle čl. 8.7. Rámcové dohody tvoří přílohu č. 6 „*[t]echnické podmínky, jmenovitě Technický předpis TP 76, část A, B, C, v platném znění, uveřejněném na www.pjpk.cz*“, přičemž smluvní strany si tyto zajišťují samostatně. Technický předpis TP 76 je v platném znění dostupný online na <http://www.pjpk.cz/technicke-podminky-tp/>.

povinni přizpůsobit i prokazování kvalifikace, tj. dodavatel je povinen prokazovat profesní a technickou kvalifikaci v rozsahu shora uvedených činností sám, nikoliv prostřednictvím poddodavatelů. Dodavatelé jsou povinni tuto skutečnost zohlednit v rámci doložení příslušného vyplněného formuláře dle přílohy č. 2 zadávací dokumentace.“

65. Součástí zadávací dokumentace (ve formě přílohy č. 3) je „Závazný vzor Rámcové dohody“, jehož přílohu tvoří mj. výkaz výměr – soupis prací (dále jen „soupis prací“). Soupis prací je přitom členěn do deseti okruhů výkonů/dodávek prací (tj. Vrtání a odkryvné práce, Polní zkoušky, Geofyzikální práce, Laboratorní práce, Geodetické práce, Hydrogeologické práce, Pedologický průzkum, Korozní průzkum, Výkony geologické služby, Ostatní). Okruh výkonů/dodávek prací pod č. 9 (Výkony geologické služby) obsahuje položkový výčet následujících položek:

„9.1 Přípravné práce a rešerše podkladů pro geologické práce

9.2 Vypracování realizační dokumentace průzkumu

9.3 Rekognoscace terénu, inženýrskogeologické, hydrogeologické mapování vč. zhodnocení zájmového území

9.4 Koordinace sondážních prací a geotechnický dozor

9.5 Geologická dokumentace průzkumných sond

9.6 Geologická dokumentace přirozených odkryvů a skalních výchozů

9.7 Vyhodnocení geotechnických vlastností zemin a hornin

*9.8 Geotechnické výpočty - násypy, zářezy, přechodové oblasti (stabilita, sedání) *)*

9.9 Vyhodnocení hydrogeologického a geotechnického monitoringu

9.10 Digitalizace dat včetně zpracování závěrečné zprávy dle předpisu C4

9.11 Zpracování konceptu závěrečné zprávy

9.12 Zpracování závěrečné zprávy (včetně grafických a digitálních výstupů, fotodokumentace)

*9.13 Doprava - pol. 9. *)“.*

66. V bodě 2.1 Technického předpisu TP 76, část B - Provádění geotechnického průzkumu ze dne 17. 6. 2009² (dále jen „TP 76-B“) je GTP definován jako „činnost směřující k získání potřebných poznatků o inženýrskogeologických, hydrogeologických a hydrologických poměrech a o geotechnických podmínkách horninového prostředí včetně fyzikálně-mechanických vlastností horninového masivu pro účely územního plánování, projektování a realizace staveb a pro účely sanace důsledků činnosti člověka i přírodních vlivů na zemský povrch. GTP také zajišťuje hydrogeologická data potřebná k řešení otázek spojených se stavební činností. GTP musí být navržen a proveden tak, aby zajistil všechny nezbytné poznatky a podklady pro příslušnou etapu přípravy i výstavby pozemní komunikace včetně poznatků o historické báňské činnosti. GTP musí poskytnout i údaje nezbytné k hodnocení geotechnických rizik a jiných rizik spojených se stavbou pozemní komunikace.“

² Technický předpis TP 76, část B - Provádění geotechnického průzkumu ze dne 17. 6. 2009 je v platném znění dostupný online na <http://www.pjpk.cz/technicke-podminky-tp/>.

67. Podle bodu 2.4 TP 76-B je řešitel GTP „fyzická osoba odpovědná za zpracování realizační dokumentace GTP, sled a řízení prací GTP, koordinaci prací případných podzhotovitelů a specialistů, formulaci výstupů z GTP a zpracování závěrečné zprávy GTP“.
68. V bodě 4.1.2. TP 76-B je mj. uvedeno následující: „Uchazeči o GTP musejí doložit, že hlavní odborné práce provedou vlastními silami a že mají dostatečné reference z provedených obdobných GTP. Rozsah jiných subdodávek než odkryvných prací musí být omezen na minimum.“.
69. V bodě 6.1 TP 76-B je mj. uvedeno následující: „Řešitel GTP za účelem plynulého průběhu průzkumných prací a jejich operativního usměrňování zajišťuje vytyčování průzkumných děl, řízení a koordinaci průzkumných prací, kontrolu realizovaných prací, pořizování prvotní geologické dokumentace a odběry vzorků všech kategorií a tříd.“.
70. Podle bodu 8.3 TP 76-B „Zprávu o výsledcích průzkumu vypracovává zásadně řešitel GTP. Pokud byli řešením dílčích problémů pověřeni jiní pracovníci (specialisté), vypracovávají příslušné části zprávy. Řešitel GTP pak zajišťuje celkovou koncepci zprávy a její souborný závěr a spolupracující specialisté se v tomto ohledu řídí jeho pokyny. (...) [z]a odbornou a formální správnost podkladů předávaných k reprodukci a za úplnost náležitostí textové a přílohové části zprávy je odpovědný řešitel GTP.“.
71. V příloze Obchodních podmínek pro zeměměřické a průzkumné práce a dokumentaci staveb pozemních komunikací (které tvoří přílohu „Závazného vzoru Rámcové dohody“, jenž představuje přílohu č. 3 zadávací dokumentace), konkrétně v příloze A – Rozsah stavebních prací – těchto podmínek je mj. stanoveno, že „[v]šechny činnosti geotechnického průzkumu musí být prováděny v souladu s platnými legislativními předpisy. Pokud není objednatel stanoven jinak, budou práce prováděny v souladu s Technickým předpisem TP 76, v platném znění.“.

Právní posouzení

72. Předně Úřad konstatuje, že zadavatel ve svém vyjádření k návrhu (viz bod 25. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zpochybnil aktivní legitimaci navrhovatele k podání návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Vzhledem k tomu, že aktivní legitimace navrhovatele k podání návrhu je nezbytnou podmínkou pro věcný přezkum namítaných skutečností, přistoupil tedy Úřad k posouzení, zda je navrhovatel v šetřeném případě aktivně legitimován k podání námitek a potažmo návrhu.
73. Jak vyplývá z § 250 odst. 1 zákona, návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele může navrhovatel podat v případě, kdy považuje některý z úkonů zadavatele (či jeho opomenutí) učiněný v rámci zadávacího řízení za rozporný se zákonem, pokud má zároveň za to, že mu v důsledku postupu zadavatele vznikla nebo hrozí újma na jeho právech. Pokud tedy existuje úkon (či opomenutí) zadavatele, který je v rozporu se zákonem, navrhovateli vznikla nebo hrozí újma a mezi úkonem zadavatele a vzniklou či hrozící újmu existuje příčinná souvislost, je navrhovatel aktivně legitimován k podání návrhu.
74. Aktivní legitimace k podání návrhu na přezkum zadávacích podmínek se odvíjí od legitimace k podání námitek. Námitky proti zadávacím podmínkám může dle § 241 odst. 1 zákona podat dodavatel, kterému postupem zadavatele hrozí nebo vznikla újma. Pro podání námitek a následně i návrhu je nutné, aby újma navrhovatele spočívala alespoň ve ztrátě teoretické

možnosti získat veřejnou zakázku (resp. uzavřít rámcovou dohodu). Navrhovatel tedy musí být dodavatelem působícím na trhu odpovídajícím zadavatelem poptávanému předmětu plnění, jemuž v důsledku tvrzeného porušení zákona ze strany zadavatele hrozí nebo vznikla újma v podobě ohrožení alespoň jeho potenciální možnosti veřejnou zakázku (resp. rámcovou dohodu) realizovat. Podmínky aktivní legitimace k podání návrhu tedy vyplývají ze shora citovaných ustanoveních zákona. V daném případě se musí jednat o dodavatele dle § 5 zákona a tento musí zároveň specifikovat újmu, která mu postupem zadavatele hrozí či vznikla.

75. Obecně platí, že dodavatelské postavení navrhovatele (resp. stěžovatele), coby první podmínku jeho aktivní legitimace lze prakticky vykládat tím způsobem, že se jedná o dodavatele, který působí na relevantním trhu, přičemž jeho podnikání souvisí s alespoň částí zadavatelem poptávaného plnění, tj. plnění, které je v rámci veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) poptáváno tento dodavatel poskytuje (je schopen poskytovat), a to alespoň částečně. Obecně tak lze konstatovat, že za dodavatele lze považovat každý subjekt na trhu, který působí v oblasti, která odpovídá konkrétnímu zadavatelem poptávanému předmětu veřejné zakázky (resp. rámcové dohody), respektive jeho části. Úřad předepisuje, že podmínku „dodavatele“ podle § 241 odst. 1 zákona je nutno obecně považovat za splněnou tehdy, jestliže příslušný subjekt by alespoň potenciálně mohl poptávané plnění, respektive jeho dílčí část, pro zadavatele zajišťovat. V této souvislosti je však s ohledem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013 nutno doplnit, že zájem o získání určité veřejné zakázky (resp. uzavření rámcové dohody) v obecné rovině nemůže mít takový dodavatel, který by vůbec nebyl takovou konkrétní veřejnou zakázku oprávněn plnit, tedy takový subjekt, který nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním oprávněním k plnění veřejné zakázky.
76. Aktivní legitimace konkrétní osoby k podání námitek a posléze k podání návrhu je tedy dána za kumulativního splnění dvou předpokladů (podmínek):
- jedná se o dodavatele;
 - tomuto dodavateli postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním veřejné zakázky (resp. s postupem směřujícím k uzavření rámcové dohody) hrozí nebo vznikla újma.
77. Úřad se tak ve světle výše uvedeného zabýval otázkou, zda se v případě navrhovatele jedná o dodavatele (ve smyslu výše uvedeného) a zda navrhovateli v šetřeném případě namítaným postupem zadavatele vznikla újma nebo vznik újmy hrozil. K tomu Úřad uvádí následující.
78. K otázce dodavatelské pozice navrhovatele Úřad předepisuje, že navrhovatel ve svých námitkách mj. uvedl, že s ohledem na nezákonné zadávací podmínky, které odporují základním zásadám zadávání veřejných zakázek, zakotveným v § 6 zákona, dochází k neodůvodněnému omezení hospodářské soutěže, přičemž *„(...) takto nastavené zadávací podmínky omezují i účast stěžovatele a jeho poddodavatele v této veřejné zakázce, a tím mu hrozí újma spočívající v nemožnosti této zakázky se účastnit, a tím ji získat (...)“*. Dle Úřadu z uvedeného plyne, že navrhovatel podával své námitky z pozice tzv. hlavního dodavatele, přičemž z uvedeného lze dovodit rovněž vůli navrhovatele účastnit se zadávacího řízení rovněž v pozici hlavního dodavatele. Jelikož relevantní tvrzení týkající se újmy musí být uvedena již v námitkách proti úkonům zadavatele, nelze souhlasit s námitkou navrhovatele uvedenou v návrhu, podle níž byl zadavatel *„při posuzování splnění podmínky dle § 241 odst. 1 ZZVZ povinen vzít v potaz, zda objektivně existuje potenciální možnost Navrhovatele ucházet se o účast v zadávacím řízení,*

a to buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavateli (kteří disponují příslušnými oprávněními k podnikání nezbytnými k realizaci Veřejné zakázky) nebo v pozici poddodavatele takového subjektu.“, a to „[b]ez ohledu na to, co Navrhovatel v Námitkách uvedl stran jeho konkrétní pozice v rámci uskupení dodavatelů, se kterými měl Navrhovatel v úmyslu zúčastnit se zadávacího řízení, a v jakém kontextu tak učinil.“. Jak plyne z ust. § 244 odst. 3 zákona stěžovatel je povinen v případě námitek proti zadávacím podmínkám uvést, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí. Navrhovatel pak svou újmu v rámci podaných námitek zcela pregnantně specifikoval tak, že je mu znemožněno ucházet se o veřejnou zakázku z pozice hlavního dodavatele (tzn. jakožto účastníka zadávacího řízení), avšak v návaznosti na rozhodnutí zadavatele o námitkách, navrhovatel změnil svou argumentaci, přičemž tento postup, dle názoru Úřadu, vzbuzuje pochybnosti o věrohodnosti skutečností tvrzených navrhovatelem, a to i v kontextu skutečností zjištěných Úřadem o osobě navrhovatele (viz bod 94. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Úřad tak při posuzování věci z hlediska postavení navrhovatele vychází z údajů obsažených v námitkách navrhovatele. Dle přesvědčení Úřadu, informace týkající se újmy nemohou být v návrhu ve smyslu § 251 zákona měněny zásadním způsobem, a mají korespondovat s obsahem podaných námitek.

79. Co se týče otázky dispozice potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním oprávněním ve smyslu výše zmiňovaného rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013, je nutno nejprve vycházet ze seznamu oprávnění k podnikání, jež zadavatel v konkrétních zadávacích podmínkách požadoval. V šetřeném případě zadavatel v rámci prokázání splnění profesní způsobilosti dle § 77 zákona stanovil v čl. 4.2 písm. b) zadávací dokumentace (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí) požadavek k prokázání se platným oprávněním k podnikání v oborech **výkon zeměměřických činností, geologické práce a dále oprávněním k hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem, oprávněním k projektování a navrhování objektů a zařízení, které jsou součástí hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem**. Lze tedy vyvodit, že zadavatel považuje právě dodavatele, který disponuje výše uvedenými oprávněními, za způsobilého a oprávněného k plnění předmětu rámcové dohody.
80. Z výpisu ze živnostenského rejstříku³ Úřad zjistil, že navrhovatel disponuje následujícími živnostenskými oprávněními:
- „Činnost účetních poradců, vedení účetnictví, vedení daňové evidence“,
- „Výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona“,
- „Projektová činnost ve výstavbě“,
- „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ a
- „Masérské, rekondiční a regenerační služby“.
81. S ohledem na uvedený seznam živnostenských oprávnění navrhovatele je zcela evidentní, že **navrhovatel sám nedisponuje žádným z oprávnění požadovaných zadavatelem** v čl. 4.2 písm. b) zadávací dokumentace (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž navrhovatel ani v žádném ze svých podání v rámci správního nebo zadávacího řízení netvrdil, že některým z těchto oprávnění disponoval. V této souvislosti je přitom nutno akcentovat, že navrhovatel

³Dostupné online z <https://www.rzp.cz>.

oprávněnost požadavků na předložení platných oprávnění k podnikání dle čl. 4.2 písm. b) zadávací dokumentace v podaných námitkách (ani v podaném návrhu) nerozporoval. Nelze tak konstatovat, že by navrhovatel nemohl předložit požadovaná oprávnění k podnikání z toho důvodu, že samotné požadavky na tato oprávnění k podnikání považoval za nezákonné.

82. Ve vztahu k argumentaci navrhovatele, podle níž je držitelem oprávnění k podnikání v oborech **„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“** a **„Projektová činnost ve výstavbě“**, z čehož usuzuje, že je oprávněn plnit předmět rámcové dohody alespoň z části (viz bod 8. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad uvádí následující.
83. Obsahová náplň živností, jimiž navrhovatel disponuje a na které odkazuje je specifikována v příloze č. 2 k nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení vlády č. 278/2008 Sb.“), v rámci níž je obsahová náplň živnosti **„Projektová činnost ve výstavbě“** definována jako *„[z]pracování územně plánovací dokumentace, územní studie, dokumentace pro vydání územního rozhodnutí nebo dokumentace pro uzavření veřejnoprávní smlouvy nahrazující územní rozhodnutí, projektové dokumentace podle stavebního zákona.“*, a obsahová náplň živnosti **„Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“** definována následovně: *„[p]rovádění 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.“*
84. V souvislosti s otázkou, zda by se navrhovatel mohl teoreticky podílet na plnění rámcové dohody v pozici hlavního dodavatele (jak deklaroval v podaných námitkách (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí) s tím, že by realizoval pouze část plnění rámcové dohody, pro něž by mu výše citovaná oprávnění k podnikání, jimiž disponuje, postačovala, Úřad upozorňuje na obsah čl. 18.6. zadávací dokumentace (viz bod 64. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Jak vyplývá z textu tohoto článku, zadavatel vymezil významné činnosti, které musí dodavatel při plnění předmětu veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) realizovat **vlastními kapacitami**, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů, a této skutečnosti **přizpůsobit i prokazování kvalifikace**. K tomu Úřad v obecné rovině dodává, že ačkoliv zákon obecně připouští, aby dodavatel zajišťoval plnění předmětu veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) prostřednictvím poddodavatelů, zadavatelé mohou v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění předmětu veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) byly plněny přímo vybraným dodavatelem. V případě, že tedy navrhovatel nedisponuje oprávněním k podnikání, které je nezbytné pro výkon významných činností definovaných v čl. 18.6 zadávací dokumentace vlastními kapacitami, pak by navrhovatel nemohl (úspěšně) podat nabídku v zadávacím řízení v pozici hlavního dodavatele, jak deklaroval v podaných námitkách (viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V takové situaci by navrhovatel evidentně nemohl realizovat zadavatelem vymezené činnosti vlastními kapacitami, jak zadavatel požadoval a nemohl by se tak stát vybraným dodavatelem.
85. Jako předmětné významné činnosti (které je nutné realizovat vlastními kapacitami, a nikoli prostřednictvím poddodavatelů) zadavatel v čl. 18.6. zadávací dokumentace vymezil činnosti realizované odpovědným řešitelem úkolu v rozsahu stanoveném v TP 76, přičemž *„za tyto činnosti se nepovažuje provádění (realizace) následujících činností: vrtání a odkryvné práce, polní zkoušky, geofyzikální práce, laboratorní práce, geodetické práce, hydrogeologické práce,*

pedologický průzkum, korozní průzkum.“. Z této formulace tedy vyplývá, že zadavatel označil za dané významné činnosti takové činnosti, které budou realizovány odpovědným řešitelem úkolu, s tím, že tyto činnosti dále omezil jen na ty, které se netýkají vrtání a odkryvných prací, polních zkoušek, geofyzikálních, laboratorních, geodetických a hydrogeologických prací, a pedologického a korozního průzkumu. Úřad doplňuje, že toto negativní vymezení tedy představuje osm okruhů výkonů/dodávek prací z celkových desíti, na něž je členěn soupis prací. Zbývajících okruhy činností jsou tak pod č. 9 „Výkony geologické služby“ a č. 10 „Ostatní“ (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Těchto okruhů by se tak mohly týkat činnosti odpovědného řešitele úkolu, jež zadavatel vymezil jako předmětné významné činnosti, které je nutno realizovat vlastními kapacitami.

86. Odpovědným řešitelem úkolu se dle čl. 1.5. písm. j) zadávací dokumentace rozumí řešitel GTP definovaný v TP 76-B (viz bod 59. odůvodnění tohoto rozhodnutí), tedy jedná se o fyzickou osobu, která je odpovědná za **zpracování realizační dokumentace GTP, sled a řízení prací GTP**, koordinaci prací případných podzhotovitelů a specialistů, formulaci výstupů z GTP a **zpracování závěrečné zprávy GTP** (viz bod 67. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Již ze samotné definice odpovědného řešitele úkolu (resp. řešitele GTP) je tedy patrné, že mezi činnosti tohoto člena odborného personálu dodavatele, v rozsahu stanoveném v TP 76, lze zahrnout položky „*Vypracování realizační dokumentace průzkumu*“, „*Koordinace sondážních prací a geotechnický dozor*“, „*Digitalizace dat včetně zpracování závěrečné zprávy dle předpisu C4*“, „*Zpracování konceptu závěrečné zprávy*“ a „*Zpracování závěrečné zprávy (včetně grafických a digitálních výstupů, fotodokumentace)*“, uvedené v soupisu prací pod č. 9.2, 9.4, 9.10, 9.11 a 9.12. Mezi další činnosti odpovědného řešitele úkolu dle TP 76-B patří mj. také zajišťování plynulého průběhu průzkumných prací, operativního usměrňování průzkumných prací, vytyčování průzkumných děl, řízení a koordinace průzkumných prací, kontrola realizovaných prací, pořizování prvotní geologické dokumentace a odběry vzorků všech kategorií a tříd (viz bod 69. odůvodnění tohoto rozhodnutí), což svědčí o klíčové pozici odpovědného řešitele úkolu v rámci odborného personálu dodavatele při realizaci GTP, coby komplexní činnosti. Klíčovou roli odpovědného řešitele úkolu potvrzuje také fakt, že zprávu o výsledcích průzkumu vypracovává zásadně tato osoba (viz bod 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
87. Z důvodu právní jistoty (zejm. s přihlédnutím k negativnímu způsobu vymezení činností v čl. 18.6 zadávací dokumentace) Úřad vyzval zadavatele ke sdělení, které konkrétní činnosti zadavatel vymezil jako ty, u nichž požaduje, aby byly realizovány vlastními kapacitami dodavatele (viz bod 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V odpovědi na výzvu (viz bod 41. odůvodnění tohoto rozhodnutí) zadavatel odkázal na položky obsažené v části 9. soupisu prací (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí) a doplnil, že v rámci profesní způsobilosti je nezbytné přímo od dodavatele požadovat dispozici s oprávněním k podnikání v oboru „geologické práce“ (viz bod 42. odůvodnění tohoto rozhodnutí). Zadavatel tak Úřadu potvrdil, že významné činnosti, které bude povinen realizovat dodavatel vlastními kapacitami, jsou obsaženy v okruhu činností v soupisu prací pod č. 9 „Výkony geologické služby“, jak vyplývá ze spojení obsahu čl. 18.6 a obsahu soupisu prací a TP 76-B. Úřad podotýká, že se neztotožňuje s tvrzením navrhovatele uvedeným ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 15. 7. 2022, podle něhož zadavatel nebyl schopen v podané odpovědi identifikovat činnosti, které pro plnění veřejné zakázky (resp. rámcové dohody) určil jako významné, jelikož zadavatel v písemné odpovědi zcela jednoznačně uvedl, že „*Činnosti, na kterých se (...) poddodavatelé*

nesmí žádným způsobem podílet, jsou řazeny zejména v kategorii 9.⁴ – Výkony geologické služby.“

88. Z bodu 86. odůvodnění tohoto rozhodnutí tak jednoznačně vyplývá, že vybraný dodavatel bude muset v souladu s čl. 18.6. zadávací dokumentace realizovat vlastními kapacitami (nikoli poddodavatelsky) činnosti odpovědného řešitele úkolu, které se týkají okruhu činností definovaných v soupisu prací pod č. 9 (podrobněji viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí), přičemž nepochybně se bude jednat (minimálně) o položky „*Vypracování realizační dokumentace průzkumu*“, „*Koordinace sondážních prací a geotechnický dozor*“, „*Digitalizace dat včetně zpracování závěrečné zprávy dle předpisu C4*“, „*Zpracování konceptu závěrečné zprávy*“ a „*Zpracování závěrečné zprávy (včetně grafických a digitálních výstupů, fotodokumentace)*“ (uvedené pod č. položky 9.2, 9.4, 9.10, 9.11 a 9.12 soupisu prací).
89. Ve vztahu k uvedenému výčtu činností (tj. v souvislosti s otázkou, pod kterou živnost by bylo možno uvedené položky zařadit) se Úřad zabýval obsahovou náplní živnosti „**Geologické práce**“, která je v příloze č. 2 k nařízení vlády č. 278/2008 Sb. definována jako „*[č]innosti spojené se zkoumáním, hodnocením, dokumentováním a zobrazováním vývoje a složení geologické stavby území a jejich zákonitostí, vyhledáváním a průzkumem ložisek nevyhrazených nerostů, pokud nesouvisí s dobýváním těchto nerostů, ověřováním jejich zásob a zpracováním geologických podkladů pro jejich využívání a ochranu, vyhledáváním a průzkumem zdrojů podzemních vod včetně přírodních vod léčivých, stolních, minerálních a termálních, ověřováním jejich využitelných zásob, zkoumáním negativních vlivů na jejich jakost a množství, jakož i zpracováním geologických podkladů pro jejich využívání a ochranu, zjišťováním a ověřováním inženýrskogeologických a hydrogeologických poměrů území, zejména pro účely územního plánování, dokumentace prováděných staveb včetně stabilizace sesuvných území, zjišťováním a ověřováním geologických podmínek pro zřízení, provoz a likvidaci zařízení k uskladňování plynů, kapalin a odpadů v horninovém prostředí a podzemních prostorech, pro průmyslové využívání tepelné energie zemské kůry a pro zajišťování a likvidaci starých důlních děl, zjišťováním a hodnocením geologických činitelů ovlivňujících životní prostředí, zjišťováním a odstraňováním antropogenního znečištění v horninovém prostředí.“. Z uvedeného popisu živnosti tak Úřad (rovněž v komparaci s obsahovou náplní živnosti „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“) vyvozuje, že obsahovou náplní této vázané živnosti nejsou běžné výkopové nebo stavební práce, ale odborné technické činnosti spojené s geologickým výzkumem a geologickým průzkumem, které zahrnují projektování, provádění a vyhodnocování účelově zaměřených prací, jimiž se zkoumá, hodnotí a dokumentuje geologická stavba území.*
90. Na základě uvedeného tak Úřad dospěl k závěru, že např. činnosti uvedené v položkách č. 9.2, 9.4, 9.10, 9.11 a 9.12 soupisu prací (viz bod 88. odůvodnění tohoto rozhodnutí) lze označit za činnosti, které se vztahují k živnosti „*Geologické práce*“ (s tím, že Úřad nevyklučuje, že by bylo možno pod tuto živnost podřadit i další položky uvedené v okruhu činností č. 9 soupisu prací), neboť se jedná o činnosti spojené se zkoumáním a dokumentováním vývoje a složení geologické stavby území. Úřad tak má s ohledem na obsahové vymezení živnosti „*Geologické práce*“ (viz bod 89. odůvodnění tohoto rozhodnutí) za to, že k realizaci (minimálně některých)

⁴ soupisu prací – pozn. Úřadu

činností dle položkového výčtu v rámci části 9. soupisu prací (viz bod 65. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je potřebná vázaná živnost „*Geologické práce*“.

91. I s přihlédnutím k výše uvedenému Úřad sice připouští, že předmětem rámcové dohody mohou být běžné provádění staveb nebo provádění běžných výkopových prací, pro něž by mohlo postačovat oprávnění k podnikání v oboru „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ (případně „*Projektová činnost ve výstavbě*“), nicméně tato oprávnění nepostačují pro výkon činností, které zadavatel vymezil jako ty, které je nutno realizovat vlastními silami dodavatele (nikoli poddodavatelsky). Tyto činnosti představují odborné geologické práce, jejichž realizace je vázaná na příslušné oprávnění v oboru „*Geologické práce*“, kterým navrhovatel nedisponuje. V tomto kontextu je třeba připomenout, že podstatou předmětu plnění posuzované rámcové dohody je vyhotovení geotechnických průzkumů velkých a středních staveb pozemních komunikací. Součástí soupisu prací sice mohou být některé přípravné či stavební práce, k jejichž provádění by mohl být navrhovatel plně odborně způsobilý, nicméně podstata plnění předmětu rámcové dohody (nespočívá v těchto běžných stavební pracích. Stěžejní předmět rámcové dohody ostatně vyplývá i z označení CPV kódu zadavatelem v zadávací dokumentaci i v oznámení o zahájení zadávacího řízení (viz body 61. a 62. odůvodnění tohoto rozhodnutí). V obou těchto dokumentech je předmět rámcové dohody vymezen shodně (pouze) CPV kódem č. 45111250, který je v seznamu CPV kódů definován jako „*Geologický průzkum staveniště*“. I z tohoto označení je tak zřejmé, že stěžejním předmětem plnění rámcové dohody je především výkon geologických prací.
92. Jelikož navrhovatel sám nedisponuje oprávněním k podnikání v oboru „*Geologické práce*“, není jednak oprávněn k plnění předmětu rámcové dohody jako celku, ani není oprávněn k plnění části předmětu rámcové dohody v pozici hlavního dodavatele, neboť tento je povinen s odkazem na čl. 18.6 zadávací dokumentace zajistit vlastními silami (a nikoli prostřednictvím poddodavatele) činnosti, k nimž je nezbytné živnostenské oprávnění „*Geologické práce*“. Na základě výše uvedeného tak Úřad uzavírá, že skutečnost, že navrhovatel disponuje oprávněním k podnikání v oborech „*Provádění staveb, jejich změn a odstraňování*“ a „*Projektová činnost ve výstavbě*“, nepostačuje pro to, aby se mohl účastnit předmětného zadávacího řízení v pozici hlavního dodavatele (jak deklaroval v podaných námitkách – viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
93. Pro úplnost Úřad opakuje, že navrhovatel nedisponuje ani platným oprávněním v oborech výkon zeměměřických činností, geologické práce a oprávnění k hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem a oprávnění k projektování a navrhování objektů a zařízení, které jsou součástí hornické činnosti a činnosti prováděné hornickým způsobem (viz bod 63. odůvodnění tohoto rozhodnutí), které zadavatel požadoval v bodě 4.2 písm. b) zadávací dokumentace k prokázání profesní způsobilosti. Oprávněnost požadavku na předložení těchto oprávnění přitom navrhovatel podanými námitkami nenapadl.
94. Pro dokreslení celkového charakteru navrhovatele, coby právnické osoby – podnikatele, Úřad v souvislosti s navrhovatelem tvrzenou újmou na jeho právech a rovněž v souvislosti s otázkou, zda se v případě navrhovatele jedná o subjekt, který působí na relevantním trhu, a jehož podnikání souvisí s alespoň částí zadavatelem poptávaného plnění, doplňuje následující zjištěné skutečnosti.

95. Podle webových stránek navrhovatele⁵ jeho činnost spočívá v poskytování kancelářského, technologického, prostorového zázemí a poradenských služeb začínajícím podnikům s tím, že nabízí pronájem kanceláře, virtuální sídla, business centra a virtuální kanceláře. Mezi jeho další činnosti pak podle jeho webových stránek patří poskytování grafických a reklamních služeb, připojení na internet a správa dat, trvalé umístění reklamy, vedení účetnictví, administrativní služby, organizování seminářů a konferencí včetně parkování, ubytování, občerstvení a doplňkového programu pro účastníky.
96. Ve výpisu z Registru ekonomických subjektů ČSÚ v ARES navrhovatele jsou uvedeny následující ekonomické činnosti:
- poradenství v oblasti řízení;
 - výroba, obchod a služby neuvedené v přílohách 1 až 3 živnostenského zákona;
 - maloobchod s použitým zbožím v prodejnách;
 - pronájem a správa vlastních nebo pronajatých nemovitostí; účetnické a auditorské činnosti;
 - daňové poradenství;
 - univerzální administrativní činnosti;
 - ostatní vzdělávání.
97. Z obsahu webových stránek navrhovatele a výpisu ekonomických činností navrhovatele dle výpisu Registru ekonomických subjektů ČSÚ v ARES je tak zřejmé, že se jedná o dodavatele, jehož předmět podnikání spočívá hlavně v poradenské, vzdělávací a administrativní činnosti a v pronájmu nemovitostí, přičemž z uvedených zdrojů nevyplývá, že by navrhovatel vykonával stavební činnosti (či by se na nich jakkoli podílel), a to ani ve formě běžných výkopových prací, k nimž je dle svého opakovaného tvrzení v rámci správného řízení oprávněn.
98. Z příloh k účetním závěrkám⁶ za roky 2016 až 2020 Úřad dále zjistil, že v roce 2016 a 2017 měl navrhovatel průměrně 7 zaměstnanců, v roce 2018 průměrně 8 zaměstnanců, v roce 2019 průměrně 5 zaměstnanců a v roce 2020 průměrně 3 zaměstnance. Průměrný počet zaměstnanců navrhovatele tak za posledních 5 let nepřekročil 8 zaměstnanců, přičemž v posledních letech je v patrná klesající tendence tohoto ukazatele. Tato skutečnost tak nenapovídá, že by navrhovatel významným způsobem směřoval k rozšíření okruhu činností, jimiž se zabývá.
99. S ohledem na výše uvedené skutečnosti, které dokumentují zaměření a postavení navrhovatele na relevantním trhu, je evidentní, že se navrhovatel zabývá činnostmi, jež stojí mimo předmět příslušné rámcové dohody, když neprovádí geologické ani běžné stavební práce. Přestože Úřad nevylučuje, že by se teoreticky mohlo jednat o podnikatele začínajícího podnikat v novém oboru (stavebnictví), avšak této eventualitě kromě obsahu podaných námitek a návrhu nic nenasvědčuje.

⁵ <http://www.pink-km.cz/>

⁶ Dostupné online z <https://or.justice.cz/ias/ui/vypis-sl-firma?subjektId=693344>

100. Úřad upozorňuje, že pokud jde o prokázání zájmu na získání veřejné zakázky (resp. uzavření rámcové dohody) nebo vzniku újmy na svých právech, nese důkazní břemeno navrhovatel. Toto důkazní břemeno ohledně aktivní věcné legitimace navrhovatele vychází z tzv. břemena tvrzení, jehož rozsah je určen okruhem skutečností, které v konkrétním případě musí být tvrzeny. Důkazním břemenem se rozumí procesní odpovědnost účastníka řízení (rozuměno procesní odpovědnost navrhovatele) za to, zda v řízení byla či nebyla prokázána jeho tvrzení a že z tohoto důvodu muselo být v posuzovaném případě rozhodnuto o jeho účastenství v řízení v jeho prospěch či neprospěch. Navrhovatel tedy měl povinnost tvrdit, z jakých zákonem relevantních důvodů je na něj nutné nahlížet jako na potenciálního účastníka zadávacího řízení, resp. dodavatele, kterému údajným nezákonným postupem zadavatele vznikla nebo hrozí újma (břemeno tvrzení), ale též povinnost toto své tvrzení doložit, tj. břemeno důkazní. Je to tedy právě navrhovatel, kdo má osvědčit skutečnosti svědčící jeho aktivní legitimaci k podání námitek, resp. návrhu, a to nejen prostřednictvím tvrzení určitých skutečností, nýbrž i prokázáním správnosti těchto svých tvrzení.
101. K otázce újmy, která dodavateli hrozí nebo vznikla, coby druhé podmínce jeho aktivní legitimace (viz bod 76. odůvodnění tohoto rozhodnutí), Úřad obecně uvádí, že jako obvyklá újma je rozhodovací praxí aprobována zejména újma spočívající ve ztrátě možnosti ucházet se o veřejnou zakázku (resp. uzavřít rámcovou dohodu), a tedy ztráta možnosti následně z realizace předmětu plnění profitovat. Tato podmínka je zcela spjata s podmínkou první (tj. s postavením dodavatele), neboť jen tomu, kdo je teoreticky schopen se o veřejnou zakázku ucházet, může vzniknout v důsledku pochybení zadavatele újma. Je tedy zřejmé, že s vedením správního řízení před Úřadem na návrh navrhovatele (v jehož rámci je sledován subjektivní zájem navrhovatele, aby se mohl účastnit zadávacího řízení probíhajícího v souladu se zákonem a potenciálně se svou nabídkou uspět) se pojí povinnost naplnění podmínky vzniku či hrozby újmy příslušného navrhovatele nastalé v důsledku postupu zadavatele v souvislosti se zadáváním veřejné zakázky. Jakkoliv z národního i unijního práva vyplývá akcent na extenzivní výklad aktivní legitimace k podání námitek a potažmo návrhu, stále je nutno mít na paměti, že i veřejné subjektivní právo na přezkum dle zákona má své meze. Právo dodavatele na ochranu před nezákonným postupem zadavatele je procesním právem, které nutně vychází z práva hmotného. Hmotné právo dodavateli přiznává možnost brát si za svá práva, je-li dána alespoň hrozba újmy, přičemž ta by mohla navrhovateli vzniknout, pokud by byla alespoň teoretická možnost veřejnou zakázku získat.
102. V návaznosti na skutečnosti zjištěné Úřadem výše má však Úřad za to, že se v případě navrhovatele nejedná o dodavatele, který by se mohl alespoň teoreticky podílet na plnění rámcové dohody v pozici hlavního dodavatele (tj. v pozici, kterou sám deklaroval v podaných námítkách – viz výše), a to ve spojení se zjištěním, že navrhovatel nedisponuje oprávněním k podnikání v oboru („Geologické práce“), který se vztahuje k činnostem vymezeným pro realizaci vlastními silami dodavatele. Úřad na tomto místě opakovaně zdůrazňuje skutečnost, že navrhovatel proti požadavku zadavatele na toto oprávnění nikterak nebrojil. Z těchto důvodů tak dospěl Úřad k závěru, že navrhovatel nemůže být považován za potenciálního dodavatele, tj. dodavatele ve smyslu § 5 zákona, přičemž nebyla prokázána ani hrozba újmy, jelikož z důvodu nedisponování potřebným živnostenským oprávněním v oboru „Geologické práce“ nebyl navrhovatel v době podání námitek ani teoreticky schopen realizovat předmět rámcové dohody v postavení, jaké v podaných námítkách deklaroval, tudíž navrhovatel neunesl důkazní břemeno ohledně aktivní legitimace k podání námitek a posléze návrhu.

V kontextu obecných závěrů rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 31 Af 54/2012-443 ze dne 9. 4. 2013 (viz bod 75. odůvodnění tohoto rozhodnutí), podle nichž zájem o získání určité veřejné zakázky nemůže mít takový dodavatel, který nedisponuje potřebným živnostenským či jiným veřejnoprávním oprávněním k plnění veřejné zakázky, tak Úřad konstatuje, že z výše uvedených skutečností je nepochybné, že navrhovatel není oprávněn plnit předmět rámcové dohody, když sám nedisponuje oprávněním k podnikání v oboru „*Geologické práce*“. Úřad podotýká, že za zanedbatelné nepovažuje ani reálné postavení navrhovatele na relevantním trhu, když ze skutečností uvedených v tomto rozhodnutí výše (viz body 93. až 99. odůvodnění tohoto rozhodnutí) je patrné, že navrhovatel se svým podnikatelským zaměřením zcela míjí stěžejnímu předmětu rámcové dohody.

103. Úřad dodává, že nepřehlédl, že navrhovatel se v průběhu zadávacího řízení prezentuje v různém postavení, když se v případě podání námitek tituloval de facto do pozice hlavního dodavatele (jelikož namítal omezení své účasti a účasti svého poddodavatele v zadávacím řízení – podrobněji viz bod 78. odůvodnění tohoto rozhodnutí), načež v návrhu již od této argumentace upustil a připouštěl možnost ucházet se o účast v zadávacím řízení „*(...) buďto ve sdružení s dalším dodavatelem či dodavatelem (kteří disponují příslušnými oprávněními k podnikání nezbytnými k realizaci Veřejné zakázky) nebo v pozici poddodavatele takového subjektu.*“. Nutno zdůraznit, že ani v jednom případě však navrhovatel blíže nespécifikoval subjekt, se kterým by v rámci veřejné zakázky spolupracoval a tuto spekulativní argumentaci navrhovatele tedy Úřad považuje spíše za účelovou. Úřad tak současně při zohlednění postavení navrhovatele reflektoval mj. závěry obsažené v rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-07479/2022/161 ze dne 12. 4. 2022, v němž je dokonce vyjádřen názor, že předseda Úřadu nepovažuje »*za korektní „krycí“ povahu návrhů přehlížet a tím tuto praktiku podporovat.*«, přičemž zejm. s ohledem na skutková zjištění ohledně osoby navrhovatele viz body 94. a násl. odůvodnění tohoto rozhodnutí se dle Úřadu nabízí otázka, zda podaným návrhem navrhovatel hájí své zájmy, nebo zda jsou eventuálně hájeny zájmy jiného dodavatele.
104. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že v posuzovaném případě navrhovatel **neunesl důkazní břemeno** ohledně svého postavení coby **dodavatele, kterému v důsledku vadného postupu zadavatele mohla objektivně vzniknout újma**. Navrhovatel tedy není ve věci aktivně legitimován. Z tohoto důvodu se tedy Úřad návrhem dále věcně nezabýval.
105. S ohledem na skutečnost, že tedy návrh nebyl podán oprávněnou osobou, rozhodl Úřad podle § 265 odst. b) zákona o zamítnutí návrhu, jak je uvedeno ve výroku 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. Včas podaný rozklad 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

Mgr. Markéta Dlouhá
Místopředsedkyně

Obdrží

1. Ing. Mgr. Vlastimil Calaba, advokát, Havlíčkova 2788/135, 76701 Kroměříž
2. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – Nusle

Vypraveno dne

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