



UOHSX0012ZGH

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0094/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-34894/2023/162

Brno 13. 9. 2023

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 24. 7. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavatelem –

- **Dopravník podnik hl. m. Prahy, akciová společnost**, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupeným na základě plné moci ze dne 9. 1. 2023 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 7. 7. 2023, č. j. ÚOHS-25779/2023/500 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ zahájeném dne 30. 12. 2022 na návrh z téhož dne, který podal navrhovatel –

- **Metrostav DIZ s.r.o.**, IČO 25021915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 21. 12. 2022 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, se sídlem Šafaříkova 201/17, Vinohrady, 120 00 Praha 2,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Provozní úsek I.D metra v Praze - úsek (Olbrachtova) - Nové Dvory - stavební část**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 5. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 6. 2022 pod ev. č. Z2022-000598, ve znění pozdějších změn, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2022 pod ev. č. 2022/S 107-302577, ve znění pozdějších změn,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise, jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výroky II, III, IV a V rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25779/2023/500 ze dne 7. 7. 2023

r u š í m

a věc

v r a c í m

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v rozhodném znění (dále jen „**zákon**“)¹ obdržel dne 30. 12. 2022 návrh navrhovatele – Metrostav DIZ s.r.o., IČO 25021915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 21. 12. 2022 JUDr. Jindřichem Vítkem, Ph.D., advokátem, ev. č. ČAK 09459, se sídlem Šafaříkova 201/17, Vinohrady, 120 00 Praha 2, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Dopravník podnik hl. m. Prahy, akciová společnost, IČO 00005886, se sídlem Sokolovská 42/217, Vysočany, 190 00 Praha 9, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 9. 1. 2023 JUDr. Vilémem Podešvou, LL.M., advokátem, ev. č. ČAK 11323, se sídlem Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Provozní úsek I.D metra v Praze - úsek (Olbrachtova) - Nové Dvory - stavební část“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 30. 5. 2022 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 2. 6. 2022 pod ev. č. Z2022-000598, ve znění pozdějších změn, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 3. 6. 2022 pod ev. č. 2022/S 107-302577, ve znění pozdějších změn, (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dnem obdržení předmětného návrhu navrhovatele na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 30. 12. 2022 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 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).

¹ Pro posouzení zákonnosti postupu zadavatele je rozhodné znění zákona k okamžiku zahájení zadávacího řízení. Postup Úřadu ve správním řízení se řídí právními předpisy účinnými ke dni zahájení správního řízení.

3. Navrhovatel se v návrhu nejdříve zabýval vlastní aktivní legitimací, a to s ohledem na tvrzení zadavatele z rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 12. 2022 (dále jen „**rozhodnutí o námitkách**“), kde zadavatel uváděl, že nebylo prokázáno, jaká újma navrhovateli hrozí. Navrhovatel odmítl, že námitky ze dne 5. 12. 2022 (dále jen „**námítky**“) byly obstrukčním jednáním. Ve stěžejní části návrhu navrhovatel brojil proti kritériu technické kvalifikace stanovenému v bodu 5.10 písm. f) zadávací dokumentace, ve kterém zadavatel požaduje předložit seznam alespoň 2 významných dodávek výtahů na dopravní stavbě o dopravní výšce nejméně 28 m, u každé dodávky ve finančním objemu ve výši minimálně 5 mil. Kč bez DPH za posledních 10 let (dále jen „**namítaná technická kvalifikace**“). Podle navrhovatele byl tento požadavek stanoven v rozporu s § 36 odst. 1 a § 73 odst. 6 zákona, když je jeho minimální úroveň stanovena nepřiměřeně vzhledem ke složitosti a předmětu veřejné zakázky, respektive se s ním v podstatné části věcně míjí a vytváří bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
4. Nepřiměřenost navrhovatel spatřoval v kombinaci jednotlivých parametrů, které musí být naplněny kumulativně. Zároveň namítal, že dodávka jednotlivého výtahu může stěží dosáhnout finančního objemu 5 mil. Kč bez DPH. Navrhovatel uváděl, že požadavek na dopravní výšku 28 m se stává nepřiměřeným a diskriminačním v kombinaci s požadavkem na minimální finanční objem a s požadavkem, aby se jednalo o dodávku výtahu na dopravní stavbě. Nejasnost výkladu pojmu dopravní stavba měla mít za následek dopad na okruh přípustných referencí a tím i na okruh dodavatelů. Navrhovatel reagoval i na rozhodnutí o námitkách, přičemž uvedl, že uváděná technická specifika dopravních staveb pro ně nejsou výlučná. Navrhovatel zároveň odůvodnil, proč zadavatelem předložené příklady referencí nesplňují požadavky namítané technické kvalifikace, respektive odpovídající reference je pouze jedna.
5. V další části návrhu navrhovatel namítal způsob vymezení ploch pro zařízení staveniště k provádění stavby, k čemuž uváděl, že vyhrazený prostor nebude možné reálně využít, neboť je využíván jinou stavbou, prostor je nevyhovující pro realizace veřejné zakázky a není možné odhadnout omezení, která s sebou sdílení staveniště přinese. Zadavatel se pak podle navrhovatele v rozhodnutí o námitkách řádně nevypořádal s námitkou, že vymezené plochy neumožňují umístění potřebných technologií, a dalšími námitkami k vymezení plochy pro zařízení staveniště k provádění stavby, tj. i tomu, že způsob využití plochy zakládá přirozenou výhodu zhotoviteli, který na tomto staveništi již pracuje.
6. Navrhovatel také namítal rozpor bodů 2.1 a 3.3 přílohy č. 1 zadávací dokumentace ve znění podle Vysvětlení zadávací dokumentace č. 69a – veřejné ze dne 25. 10. 2022 s textací Vysvětlení zadávací dokumentace č. 24b – neveřejné ze dne 16. 8. 2022 a Vysvětlení zadávací dokumentace č. 78b – neveřejné ze dne 4. 11. 2022.

II. **Napadené rozhodnutí**

7. Dne 7. 7. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25779/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
8. Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že se návrh v části, v níž navrhovatel napadá způsob vymezení ploch pro zařízení staveniště k provádění stavby v zadávací dokumentaci, a v části, v níž namítá rozpor bodů 2.1 a 3.3 přílohy č. 1 zadávací dokumentace ve znění podle Vysvětlení zadávací dokumentace č. 69a – veřejné ze dne 25. 10. 2022 s textací

Vysvětlení zadávací dokumentace č. 24b – neveřejné ze dne 16. 8. 2022 a Vysvětlení zadávací dokumentace č. 78b – neveřejné ze dne 4. 11. 2022, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

9. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil při zadávání veřejné zakázky zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zakazu diskriminace zakotvenou v § 6 odst. 2 zákona, když jako podmínku účasti v rámci podmínek technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona požadoval předložit seznam významných dodávek poskytnutých dodavatelem za posledních deset let před zahájením zadávacího řízení, z něhož bude vyplývat podle bodu 5.10 písm. f) zadávací dokumentace, že dodavatel v posledních deseti letech před zahájením zadávacího řízení poskytl (dokončil) „alespoň 2 významné dodávky výtahů na dopravní stavbě o dopravní výšce nejméně 28 m, u každé dodávky ve finančním objemu ve výši minimálně 5 mil. Kč bez DPH“, čímž vytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.
10. Výrokem III napadeného rozhodnutí Úřad jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušil zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil až do pravomocného skončení správního řízení zakáz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku. Výrokem V napadeného rozhodnutí Úřad zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.
11. Úřad nejdříve posoudil aktivní legitimaci navrhovatele, přičemž dospěl k tomu, že navrhovatel je teoreticky oprávněn poskytnout zadavateli předmět veřejné zakázky, když se jeho předmět podnikání s podstatou předmětu plnění nemíjí. Navrhovatel pak nemusí dokládat, zda je toho skutečně i schopen. Zadavatel ani nemůže polemizovat o schopnostech navrhovatele, když ten nepodal nabídku a nemůže tak vědět, jak by tato nabídka byla konstruována. Hrozící újma, kterou navrhovatel uvedl v návrhu, je pak ve smyslu rozhodovací praxe Úřadu a jeho předsedy újmu dostatečně specifikovanou. Úřad dále uvedl, že zadavatelem prezentované důvody, jež navrhovatele k podání námitek v poslední den lhůty vedly, nemají vliv na oprávněnost jejich podání ani na závěr o existenci aktivní legitimace navrhovatele. Úřad také konstatoval, že považuje vypořádání námítky navrhovatele týkající se způsobu vymezení zařízení staveniště OL1² za dostatečně odůvodněné a přezkoumatelné.
12. V odůvodnění výroku I napadeného rozhodnutí Úřad uvedl, že způsob vymezení ploch pro zařízení staveniště k provádění prací je stanoven shodně pro všechny účastníky zadávacího řízení, tedy i pro stávajícího zhotovitele stavby OL1. Pouze ze skutečnosti, že zhotovitel stavby OL1 užívá stávající plochu zařízení staveniště, nelze dovozovat diskriminační povahu zadávací podmínky. Podle Úřadu je pak zadávací podmínka týkající se způsobu vymezení ploch pro zařízení staveniště stanovena dostatečně podrobně v nezbytnostech pro zpracování nabídky a pro účast dodavatelů v zadávacím řízení. Úřad dále neshledal rozpor podaných vysvětlení zadávací dokumentace s návrhem smlouvy.
13. V odůvodnění výroku II napadeného rozhodnutí Úřad nejdříve vyložil obecné závěry ke stanovení požadavků na kvalifikaci. Dále uvedl výsledky provedeného průzkumu trhu za účelem zjištění, zda zadavatelovo odůvodnění požadavku na realizaci referenčních dodávek

² Pozn. předsedy Úřadu: Dle veřejných zdrojů dostupných z www.vestnikverejnychzakazek.cz se jedná o veřejnou zakázku „Provozní úsek I.D pražského metra - úsek Pankrác - Olbrachtova - stavební část“ uveřejněnou ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 1. 2020 pod ev. č. Z2020-000626.

výtahů na dopravní stavbě technickými specifiky těchto dodávek je důvodné, tj. zda jsou tato specifika skutečně objektivně příznačná pouze pro dodávky výtahů na dopravní stavby. Úřad konstatoval, že ze stanovisek nelze dovodit, že vlhkost působící na výtah v dopravní stavbě je obecně odlišná od vlhkosti působící na výtah v jiném typu stavby (body 197-200 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Dále Úřad zjistil, že norma ČSN EN 81-20 je platná pro všechny typy výtahů a není tak rozdílu mezi dopravní stavbou a jiným typem stavby ve vztahu ke vzdálenosti stanic (body 201-206 odůvodnění napadeného rozhodnutí). K vysoké frekvenci zatížení výtahů Úřad uvedl, že průzkum trhu nepotvrdil, že vysoká frekvence zatížení výtahů je specifická pouze pro dodávky výtahů na dopravní stavbu (body 207-210 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Stejně tak dle Úřadu průzkum trhu nepotvrdil, že dopravní rychlost 2 m/s u výtahů s dopravním zdvihem od 20 do 30 m je specifikem výtahů na dopravní stavbě, ale objevuje se též u výtahů s vyšším zdvihem v jiných typech staveb (body 211-213 odůvodnění napadeného rozhodnutí). K témuž Úřad dospěl i ve vztahu k argumentu specifickou konstrukcí dveří výtahu a vyšší odolností materiálu proti mechanickému poškození (body 214-216 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Podle Úřadu proto představuje předmětný požadavek překážku hospodářské soutěže, neboť znemožňuje účast dodavatelům, kteří mají zkušenost s dodávkou výtahů dle stanovených parametrů na jiném typu stavby.

14. Úřad se dále zabýval námitkou navrhovatele týkající se požadavku na finanční objem dodávky ve výši min. 5 mil. Kč bez DPH. Úřad zjišťoval, jak zadavatel vykládá požadavek na finanční objem dodávky a zjistil, že jej zadavatel vykládá tak, že se může jednat o dodávku nedosahující stanoveného finančního objemu, pokud cena za celé dílo, v němž byla dodávka výtahů realizována vedle jiných stavebních prací výtahů (či služeb nebo dodávek), které přímo nesouvisí s dodávkou, přesahuje 5 mil. Kč bez DPH. Podle Úřadu ale nemá takový výklad oporu v textu namítané technické kvalifikace a na finanční objem má být započtena hodnota dodávky výtahu a souvisejících prací, nikoliv cena většího díla, pokud práce nesouvisí s dodávkou výtahu. Takové práce totiž nic nevyovídají o tom, zda má daný dodavatel zkušenosti, které zadavatel požaduje.
15. Úřad poté přezkoumal, zda reference, které zadavatel označil jako způsobilé, skutečně mohou prokázat namítanou technickou kvalifikaci. K referenci dodávky výtahů do stanice metra Karlovo náměstí (dále jen „**reference Karlovo náměstí**“) Úřad uvedl, že splňuje finanční objem, byť zadavatel nevysvětlil a nedoložil, jaké práce, služby či dodávky do jím uváděné hodnoty zahrnuje, a splňuje tak i namítanou technickou kvalifikaci. Co se týká dodávky výtahů do stanice metra Petřiny (dále jen „**reference Petřiny**“), Úřad shledal, že i přes nedoložení konkrétních výpočtů objemu za část „elektro“ (jsou do ní zahrnuty práce jak za výtahy, které odpovídají požadavkům namítané technické kvalifikace, i těch, které neodpovídají), lze předpokládat, že finanční objem za předmětné výtahy a související práce je splněn. U reference rekonstrukce plošiny v ochranném systému metra (dále jen „**reference OSM**“) Úřad konstatoval, že splňuje požadavek na dopravní výšku, i když se jedná o tzv. šikmý výtah. Stejně tak byl splněn požadavek na realizaci na dopravní stavbě. Zadavatel ale neprokázal, že by tato reference splňovala požadavek na finanční objem, neboť neosvětlil, jak dospěl k jím uvedené částce, která ale zcela zřejmě zahrnovala i práce s dodávkou výtahu nesouvisící, přičemž zadavatel konkrétní práce neidentifikoval. U reference týkající se stanice metra Muzeum A (dále jen „**reference Muzeum A**“) zadavatel do finančního objemu zahrnul i další výtahy, které parametry namítané technické kvalifikace nespĺňují, byť se v ní i takové výtahy

nachází. V jednom z následných vyjádření pak zadavatel uvedl izolovanou částku za předmětné výtahy, která finanční objem nesplňuje. Reference týkající se stanice metra Kobylisy (dále jen „**reference Kobylisy**“) pak sice také splňuje další požadavky namítané technické kvalifikace, ale finanční objem zadavatel uvedl včetně prací, které do objemu nemohou být zahrnuty. Jako izolovanou částku za výtahy následně zadavatel uvedl takovou, která finanční objem nesplňuje. Úřad proto k referencím v rámci pražského metra uzavřel, že namítanou technickou kvalifikaci splňuje reference Karlovo náměstí a lze důvodně předpokládat, že ji splňuje také reference Petřiny. Úřad poté identifikoval, že dané reference svědčí společnostem BREMA, spol. s r.o., IČO 44264321, se sídlem 251 01 Modletice 127, (dále jen „**BREMA**“) a OTIS a.s., IČO 42324254, se sídlem J. Opletala 3506/45, 690 02 Břeclav, (dále jen „**OTIS**“).

16. Úřad dále přezkoumal možnost prokázat namítanou technickou kvalifikaci zadavatelem uváděnými zahraničními referencemi. Pokud jde o referenci týkající se realizace letiště v Mnichově (dále jen „**reference Mnichov**“), Úřad dospěl k tomu, že splňuje veškeré požadavky namítané technické kvalifikace. U reference na realizaci metra v Neapoli (dále jen „**reference Neapol**“) zadavatel neprokázal a Úřadu se ani jeho šetřením nepodařilo prokázat, že reference byla realizovaná v zadavatelem požadované době, byť ostatní požadavky namítané technické kvalifikace byly splněny. Stejně tak nebylo prokázáno, zda reference na realizaci železnice v Rakousku (dále jen „**reference Rakousko**“) splňuje požadavek na dopravní výšku, na finanční objem a na dobu realizace. U reference týkající se realizace metra v Kataru (dále jen „**reference Katar**“) Úřad shledal všechny požadavky namítané technické kvalifikace splněnými. U reference týkající se realizace metra v Helsinkách (dále jen „**reference Helsinky**“) nebylo prokázáno, že splňuje finanční objem, neboť tuto skutečnost nebylo možné zjistit z žádného podkladu předloženého zadavatelem či výrobcem výtahů a není tak postaveno najisto, že tato reference splňuje namítanou technickou kvalifikaci. U reference realizace metra v Londýně (dále jen „**reference Londýn**“) byly zjištěny pouze kusé informace, z nichž nelze seznat, zda reference splňuje namítanou technickou kvalifikaci. Referenci realizací metra v Budapešti (dále jen „**reference Budapešť**“) se Úřadu nepodařilo ověřit, neboť nedohledal českou pobočku společnosti „*WITTUR GmbH*“, která vystavila referenční list, a oslovovat maďarskou společnost nepovažoval za vhodné s ohledem na zásadu procesní ekonomie i na to, že ani zadavatel, který má být schopen svá tvrzení prokázat, relevantní údaje neposkytl. Není proto postaveno najisto, zda tato reference splňuje namítanou technickou kvalifikaci. Ze zjištění Úřadu tedy vyplynulo, že namítanou technickou kvalifikaci splňuje ze zahraničních referencí reference Mnichov a reference Katar, přičemž tyto reference svědčí společnostem „*Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH*“, Německo, jako součástí globální reference skupiny Schindler, a „*TK Elevator W.L.L. Doha – Qatar*“.
17. Úřad závěrem uvedl, že jestliže byl zadavatel schopen identifikovat jednotlivá technická specifika dodávek výtahů, pak mu nic nebránilo v tom, aby tato specifika promítl přímo do znění technické kvalifikace, neboť se jedná o měřitelné či jinak snadno ověřitelné parametry. Stanovení technické kvalifikace, jak to učinil zadavatel, může vést k tomu, že kvalifikaci prokáže dodavatel, který reálně daná technická specifika neřešil, neboť mohou existovat dopravní stavby, v nichž se daná specifika nevyskytují. K požadavku na finanční objem Úřad uvedl, že se nemusí jednat o důležitý faktor, pokud jsou stanoveny další kvalitativní či kvantitativní požadavky, a jak se i ukázalo, nemusí být jednoduché naplnění

finančního objemu posoudit. Podle Úřadu pak zadavatel neunesl důkazní břemeno ve vztahu ke svému tvrzení o velkém množství potenciálních referenčních dodávek výtahů, kterými lze namítanou technickou kvalifikaci prokázat. Každou z dodávek splňující požadavky zadavatele pak realizoval jiný dodavatel. Žádný z nich by tedy namítanou technickou kvalifikaci neprokázal samostatně, přičemž každou z dodávek realizoval i jiný generální dodavatel. Pokud tedy zadavatel stanovil kritérium technické kvalifikace, které není samostatně schopen splnit žádný dodavatel, jedná se o bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže. V rámci zadávacího řízení zadavatel obdržel tři nabídky a všichni účastníci zadávacího řízení předložili k prokázání namítané technické kvalifikace shodné referenční zakázky – referenci Karlovo náměstí, referenci Kobylisy a referenci Muzeum A. To podle Úřadu nesevčí o tom, že by v této části plnění probíhala efektivní hospodářská soutěž. Úřad proto uzavřel, že zadavatel stanovil zadávací podmínky v rozporu se zákonem, když stanovením namítané technické kvalifikace vytvořil bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže.

III. Rozklad zadavatele

18. Dne 24. 7. 2023 Úřad obdržel rozklad zadavatele z téhož dne proti výrokům II, III, IV a V napadeného rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 10. 7. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě. Dne 15. 8. 2023 Úřad obdržel doplnění rozkladu zadavatele z téhož dne.

Námítky rozkladu

19. Zadavatel úvodem rozkladu sděluje, že směřuje proti napadenému rozhodnutí vyjma jeho výroku I. Zadavatel člení svůj rozklad na vícero částí, které dále shrnuje. V té první se věnuje vadám přezkumu Úřadu obecně, když namítá nesprávný přístup Úřadu k zadavatelem předloženým referencím a k jejich prověřování. Dále upozorňuje na šikanózní povahu návrhu navrhovatele a to, že namítaná technická kvalifikace nevytvořila překážky hospodářské soutěže.
20. V další části rozkladu zadavatel namítá vady přezkumu aspektu „dopravní stavby“. Poukazuje na účel kvalifikačních požadavků a samotné namítané technické kvalifikace. Podle zadavatele kvalifikace pouze zvyšuje pravděpodobnost získání zkušeného dodavatele. Zadavatel vycházel z obvyklých požadavků na výtahy na dopravních stavbách a z oprávněného předpokladu, že se tyto vlastnosti (v různých kombinacích a míře) vyskytují na všech dopravních stavbách. Specifikace konkrétních dílčích vlastností by podle zadavatele vytvářela prostor pro samostatné zpochybnování, k čemuž měl dospět sám Úřad, když některé detaily neověřoval nebo nebyl schopen ověřit.
21. Zadavatel také namítá, že Úřad provedl nezákonné dokazování a nepřipustně používal sugestivní dotazování v rámci průzkumu trhu a v důsledku toho nezjistil řádně skutkový stav. Zadavatel uvádí, že považoval předchozí konzultaci otázek v rámci průzkumu trhu za své procesní právo účastníka správního řízení, neboť případná návodná či zavádějící formulace může ovlivnit odpověď respondentů. Úřad také nepřihlížel k různé kvalitě odpovědí. Obecně pak zadavatel namítá hodnocení průzkumu trhu. Tuto část zadavatel uzavírá argumentací, že použití pojmu „dopravní stavba“ nemělo dopad na hospodářskou soutěž, protože zkušeností s ní disponují všichni relevantní dodavatelé výtahů.

22. V další části rozkladu se zadavatel věnuje přezkumu referencí Úřadem. Tím, že zadavatel uvedl relevantní reference, předložil Úřadu návrh na provedení dokazování, jehož předmětem mělo být řádné ověření parametrů od spolehlivých zdrojů. Požadavky Úřadu na zadavatele překračovaly rozsah důkazního břemena v kontradiktorním řízení. Úřad prováděl průzkum trhu a dotazování do té doby, než identifikoval sebemenší pochybnost a následně odmítl použitelnost reference. Úřad nesprávně vyhodnocoval informace o referencích, když ignoroval fakta, která dávají vysokou míru pravděpodobnosti, že je příslušný parametr splněn, a referenci odmítl, pokud se nepodařilo písemně potvrdit všechny jednotlivé parametry. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by výrobci výtahů nemohli být držiteli reference, neboť z namítané technické kvalifikace nevyplývá, že by součástí dodávky musela být rovněž instalace/montáž.
23. Další část rozkladu směřuje proti konkrétním vadám přezkumu vlastností dopravních staveb. Zadavatel opakuje, že stanovením namítané technické kvalifikace zvyšoval pravděpodobnost jistoty, že dodavatel má schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Zadavatel rozporuje jednotlivé otázky a odpovědi v rámci průzkumu trhu. Zadavatel má navíc důvodné podezření, že společnost OTIS při formulaci odpovědí spolupracovala s navrhovatelem. Následně zadavatel namítá posouzení konkrétních specifik dodávky výtahů na dopravní stavbu Úřadem.
24. Například u otázky týkající se vlhkosti u dopravních staveb Úřad podle zadavatele nezjišťoval, zda je pro ně typická určitá úroveň vlhkosti a nezjišťoval tak skutečnosti rozhodné pro naplnění deklarovaného účelu šetření. Zadavatel upozorňuje na odlišnosti analýzy rizik u výtahu se vzdáleností stanic větší než 11 m u dopravních staveb s extrémním množstvím přepravovaných osob, přičemž toto specifikum by mohlo být vztaženo i pouze k metru, ale zadavatel požadavek rozšířil také na jiné dopravní stavby. Požadavek na fungování výtahu až 23 hodin sice nebyl dříve akcentován, to ale neznamená, že toto specifikum neexistuje. Úřad na něj byl navíc upozorněn v průběhu správního řízení, tj. nejde o opožděné tvrzení skutečností. Všechna specifika jsou podle zadavatele obsažena v zadávací dokumentaci. K hodnocení specifika frekvence zatížení výtahů zadavatel namítá nesprávné souhrnné hodnocení důkazů a neuvedení, jak Úřad daný závěr dovodil. I zde navíc respondenti potvrdili specifickou frekvenci zatížení u dopravních staveb.
25. Zadavatel s odkazem na bod 340 odůvodnění napadeného rozhodnutí namítá, že pokud by bylo přijatelné stanovit kvalifikaci ještě více zužujícím způsobem (dodávky výtahů v metru), nelze dodavateli vyčítat, že připustil prokázat kvalifikaci způsobem širším (dodávky výtahů na dopravní stavbě).
26. Ani Úřadu se nepovedlo získat při průzkumu trhu všechny detailní informace pro ověření referencí, přesto nabádá zadavatele k definování ještě větší podrobnosti, tj. konkrétních specifik. Je podle zadavatele důvodné se domnívat, že následná kontrola by byla téměř nemožná. Úřad podle zadavatele mohl provést analýzu výtahů v dopravních stavbách a zjistit, že převážnou většinu akcentovaných kritérií splňují pouze tyto výtahy.
27. Zadavatel se následně vyjadřuje k jednotlivým referencím přezkoumávaným Úřadem a namítá jejich nesprávné posouzení. U reference OSM Úřad nijak neodůvodňuje, proč nemohou být projekční práce součástí dodávky. Zadavatel uvedl hodnotu dané zakázky, a pokud to Úřad zpochybňuje, musí tuto skutečnost dokázat a odůvodnit, jinak nezjistil skutkový stav řádně.

U reference Petřiny Úřad v bodu 292 odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatuje, že zhotovitelem byla společnost OTIS, aniž by se vypořádal s tím, že záruční listy vystavila společnost TRAMONTÁŽ, spol. s r.o., IČO 15053881, se sídlem Škroupova 170, 537 01 Chrudim, kterou Úřad obecně nebere v potaz. K referenci Mnichov zadavatel opakuje námitku, že v rámci ní může existovat až pět dodávek výtahů, z nichž každá splňuje namítanou technickou kvalifikaci. U reference Neapol zadavatel namítá, že se Úřad mohl dotázat provozovatele metra na dobu realizace, nebo sám vyhodnotit, že v požadované době musel být dokončen alespoň jeden odpovídající výtah. Pro posouzení není rozhodující dokončení celého projektu. U reference Rakousko Úřad v bodě 315 odůvodnění napadeného rozhodnutí ignoruje, že pro splnění postačovalo, aby délku 28 m splňoval jeden výtah. U reference Helsinky se Úřad spokojil s neurčitým vyjádřením společnosti KONE, a.s., IČO 00176842, se sídlem Evropská 423/178, Vokovice, 160 00 Praha, ačkoliv ta odkázala na společnost *KONE Corporation*, kterou Úřad mohl oslovit, ale neudělal to. Stejný argument zadavatel uvádí u reference Londýn. U reference Budapešť zadavatel doložil referenční list. Pokud zároveň Úřad nekontoval objednatele této reference, nelze zadavateli přičítat k tíži, že k prokázání nedošlo.

28. Zadavatel namítá, že nelze po zadavateli v krátkých lhůtách požadovat shromáždění důkazů do nejmenších podrobností. Postačí, pokud zakázky jako důkazy označí, a je to Úřad, který je povinen zjistit, zda jsou skutečně relevantní, resp. že relevantní nejsou. Zadavatel není orgánem veřejné moci a dodavatelé ani zadavatelé nejsou povinni s ním spolupracovat. Ke zjišťování tak měl přistoupit Úřad a kontaktovat jednotlivé subjekty. Zadavatel tak fakticky Úřadu předložil návrh na provedení dokazování, jehož předmětem mělo být řádné ověření parametrů výtahů od spolehlivých zdrojů.

Doplnění rozkladu zadavatele

29. Doplnění svého rozkladu zadavatel předložil i jako žádost o sjednocení výkladu a přístupu k aplikaci principů hospodářské soutěže ve veřejných zakázkách prizmatem hospodářskosoutěžní doktríny. K tomu se dále vyjadřuje k přípustnosti namítané technické kvalifikace v kontextu Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „**zadávací směrnice**“) a rozsudku Tribunálu EU ze dne 10. 11. 2017 ve věci Jema Energy v Entrepriise, T-668/15, ECLI:EU:T:2017:796. (dále jen „**rozsudek Tribunálu**“).

Závěr rozkladu

30. Zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

31. Navrhovatel zaslal Úřadu své vyjádření k rozkladu zadavatele dne 1. 8. 2023. Navrhovatel nejdříve rekapituluje zjištění v rámci správního řízení. Poté uvádí, že rozklad je do značné míry založen jen na napadání různých procesních formalit. Navrhovatel odmítá údajně šikanózní charakter jeho návrhu, když s přiměřeností namítané technické kvalifikace polemizoval již v jedné ze žádostí o vysvětlení zadávací dokumentace.

32. K předmětu sporu navrhovatel uvádí, že zadavatel z možnosti prokázat kvalifikaci vyloučil reference na dodávky výtahů, které všechny posuzované parametry (specifika) splňují, ale nebyly dodány na dopravní stavbě, a umožňuje kvalifikaci prokázat referencí, která některý z těchto parametrů nespĺňuje, ale na dopravní stavbě realizovaná byla. K tomu navrhovatel odkazuje na referenci Mnichov, která dle něj daná specifika z části nespĺňuje.
33. Navrhovatel poté uvádí, že z jeho pohledu nevybočil postup Úřadu při provedení průzkumu trhu ze zavedené praxe a Úřad při formulaci otázek, nevyužití znaleckého posudku, nekonzultování dotazů s účastníky správního řízení ani nepoužití výsledku svědků místo písemných vyjádření nepochybil.
34. Navrhovatel dne 17. 8. 2023 doručil Úřadu doplnění svého vyjádření, ve kterém se vyjadřuje i k dalším částem rozkladu zadavatele. Navrhovatel uvádí, že namítanou technickou kvalifikaci je nutné vykládat tak, že výtah na dopravní stavbě má mít všechna zadavatelem uváděná specifika, neboť „*tato zadávací podmínka představuje parametr minimální úrovně technického kvalifikačního požadavku a tedy podmínku účasti. Logicky tedy musí mít také nějaký obsah*“.
35. Podle navrhovatele Úřad správně vypořádal výsledky průzkumu trhu a případné rozdíly v obsahu odpovědí. Pokud se poté nepodařilo prokázat existenci specifík na dopravní stavbě, je to stejné, jako kdyby tvrzení zadavatele bylo vyvráceno. Neoslovení dodavatelů výtahů, kteří figurují v zadávacím řízení, nepovažuje navrhovatel za nezákonné. Úřad nemusí v rámci průzkumu trhu oslovit všechny dodavatele. Důkaz stanoviskem některého z těchto dodavatelů ani nebyl navržen, proto se nemůže jednat o opomenutý důkaz. Navrhovatel se následně vyjadřuje k výsledkům průzkumu trhu, přičemž souhlasí se závěry Úřadu.
36. Navrhovatel také rozporuje závěry zadavatele k absenci dopadu na hospodářskou soutěž, když sám tvrdí, že mu namítaná technická kvalifikace brání podat nabídku a dále vyvrací seznam možných relevantních referencí předložený zadavatelem. Úřad také podle navrhovatele nepřekročil rozsah své přezkumné pravomoci. Stejně jako Úřad pak navrhovatel odmítá zdvojování či ztrojování referencí.
37. Navrhovatel se vyjadřuje k referencím, které zadavatel označil jako relevantní a které Úřad v napadeném rozhodnutí posuzoval. U reference OSM přitom také shledal, že z dokladů nevyplývá konkrétní částka na dodávku výtahů a zadavatel proto způsobilost této reference neprokázal. Důkazní břemeno ve vztahu k tvrzeným referencím podle navrhovatele nese zadavatel. Rozdělení jedné dodávky výtahů u reference Mnichov na více referencí považuje navrhovatel za absurdní. Zadavatel požadoval právě mnohost dodávek, tedy dvě různé dodávky. Obdobně navrhovatel souhlasí i s posouzením dalších referencí Úřadem.
38. K doplnění rozkladu zadavatele navrhovatel uvedl, že dodavatel buď kvalifikovaný je, nebo není. Nelze kvalifikovanost jednotlivých dodavatelů škálovat. Rozsudek Tribunálu dle něj nelze uplatnit, neboť se nevztahuje k aktuální zadávací směrnici. V právě řešeném případě navíc navrhovatel uvedl celou řadu argumentů, jež vedou k závěru o nezákonnosti kritéria. Podle rozsudku je cílem unijních pravidel otevření hospodářské soutěže a takto Úřad na namítanou technickou kvalifikaci také nahlížel.
39. Navrhovatel uvádí, že není možné zaměňovat pojem soutěžitele dle zákona č. 143/2001 Sb., o ochraně hospodářské soutěže a o změně některých zákonů (dále jen „**ZOHS**“) a dodavatele dle zákona. Zadávací směrnice užívá pojem hospodářský subjekt ve stejném významu jako

zákon pojem dodavatel, nejsou proto podmínky pro využití ZOHS. Navrhovatel je proto samostatným dodavatelem i hospodářským subjektem dle zadávací směrnice. Opačný přístup by popíral zákon, když ten umožňuje podání nabídek účastníky koncernu v rámci jednoho zadávacího řízení. To vyplývá např. z § 48 odst. 6 písm. b) zákona účinného od 16. 7. 2023, která vychází z rozhodovací praxe Soudního dvora Evropské unie.

40. Navrhovatel s ohledem na výše uvedené navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítl.

IV. Řízení o rozkladu

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

Další průběh řízení o rozkladu

42. Dne 24. 8. 2023 doručil Úřadu jeden z účastníků zadávacího řízení – společnost „PVM Metro DII JV“ (dále jen „**společnost „PVM Metro DII JV“**“) – přípis, v němž se vyjádřil k napadenému rozhodnutí. Podle něj byl postup Úřadu v rámci průzkumu trhu nesprávný. Jediným správným postupem bylo za dané situace zpracování znaleckého posudku k otázce míry podobnosti výtahů na dopravních stavbách s jinými výtahy. Úřad měl přecenit své schopnosti a odbornou erudici a výsledkem bylo nesprávné posouzení této skutečnosti. Společnost „PVM Metro DII JV“ proto apeluje na předsedu Úřadu, aby napadené rozhodnutí zrušil a uložil Úřadu znovu se zabývat mírou podobnosti výtahů, a to včetně opatření znaleckého posudku. Vyjádření dále obsahuje polemiku k aktivní legitimaci navrhovatele, a to s ohledem na to, že navrhovatel není účastníkem relevantního trhu stavebních prací v oblasti staveb obdobných předmětu veřejné zakázky. Společnost „PVM Metro DII JV“ poté nesouhlasí s tím, že namítaná technická kvalifikace vytvořila překážky hospodářské soutěži. Závěrem se společnost „PVM Metro DII JV“ vyjadřuje k povaze návrhu navrhovatele a nepřiměřenosti zrušení zadávacího řízení.
43. Dne 12. 9. 2023 Úřad obdržel repliku zadavatele k vyjádření navrhovatele k rozkladu a k doplnění tohoto vyjádření. Zadavatel rozšířil svoji argumentaci k oprávněnosti namítané technické kvalifikace, povaze návrhu navrhovatele a vlivu namítané technické kvalifikace na hospodářskou soutěž. Zadavatel závěrem uvedl, že společnost „PVM Metro DII JV“ na výzvu doplnila další referenční zakázku, která může splňovat namítanou technickou kvalifikaci.

Stanovisko předsedy Úřadu

44. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad výroků II, III, IV a V napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání těchto výroků napadeného rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jejich správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
45. Úřad tím, že výroky II, III, IV a V napadeného rozhodnutí rozhodl tak, jak je v nich uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení výroků II, III, IV a V napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání.

46. S ohledem na to, že výrok I napadeného rozhodnutí nebyl napaden rozkladem a není závislý na ostatních výrocích, nabyt tento výrok právní moci dne 26. 7. 2023.

V. K důvodům zrušení výroků II, III, IV a V napadeného rozhodnutí

K námitkám týkajícím se aktivní legitimace

47. S ohledem na znění rozkladových námitek považuji za vhodné zabývat se nejprve námitkami týkajícími se postavení navrhovatele jako dodavatele ve smyslu zákona a soutěžitele ve smyslu ZOHS, neboť zadavatel tyto námitky vztahuje k aktivní legitimaci navrhovatele obecně, tedy vůbec k věcné projednatelnosti návrhu navrhovatele.
48. Již na tomto místě proto uvádím, že nemohu souhlasit s tím, že navrhovatel tvoří v prostředí veřejných zakázek jednoho soutěžitele s jinými společnostmi z koncernu, do kterého spadá, a to ve smyslu ZOHS. V první řadě zákon stanovuje samostatnou definici dodavatele, která je odlišná od té dle § 2 odst. 1 ZOHS. Vymezení dodavatele pak vyplývá i ze zadávací směrnice, která k vymezení hospodářského subjektu přistupuje široce a kterou zákon obsahově přebírá. Pokud tedy zadavatel volá po tom, aby se využil širší soutěžní pohled ve smyslu ZOHS, konstatuji, že zákon široký pohled již aplikuje, a to právě s ohledem na možnost účasti v zadávacím řízení. Sám zákon i zadávací směrnice tedy disponují vlastní úpravou, a proto není důvod, proč by se měla aplikovat definice ze ZOHS dopadajícího na jiný úsek soutěžního práva.
49. Zákon navíc neomezuje možnost členů koncernu podávat nabídky, respektive činí tak pouze ve vztahu k zakázaným dohodám mezi účastníkem zadávacího řízení a jinými osobami, když v § 48 odst. 6 uvádí, že zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pro nezpůsobilost také, pokud na základě věrohodných informací získá důvodné podezření, že účastník zadávacího řízení uzavřel s jinými osobami zakázanou dohodu podle jiného právního předpisu.
50. Navrhovatel pak ve svém vyjádření k rozkladu zadavatele správně poukázal na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie C-144/17, Lloyd's of London proti Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Calabria ze dne 8. 2. 2018, ze kterého vyplývá, že „*sdrůžení podniků mohou mít různé formy a cíle a nevylučují nutně, aby ovládané podniky požívaly určité autonomie ve vedení své obchodní politiky a svých hospodářských činností, zejména v oblasti účasti na veřejných zadávacích řízeních.*“ S tímto rozhodnutím pracuje i důvodová zpráva k novele zákona účinná od 16. 7. 2023, která jeho závěry převzala v ustanovení § 48 odst. 6 písm. b), a dále uvádí, že „*[d]oplněné ustanovení tedy brání předkládání nabídek koordinovaných v neprospěch zadavatele, nebrání však tomu, aby nabídky předkládali i majetkově propojení dodavatelé, pokud své nabídky připravují nezávisle.*“ Obdobně odkazují na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-416/21, Landkreis Aichach-Friedberg proti J. Sch. Omnibusunternehmen, K. Reisen GmbH, ze dne 15. 9. 2022.
51. Jestliže zákon jako důvod vyloučení stanovuje zjištění o zakázané dohodě a nově výslovně vyloučení spojených osob, pokud se prokáže koordinace přípravy jejich nabídek, musí to a contrario znamenat, že v případě nenaplnění zákonných podmínek o důvod vyloučení nejde, tj. jde o přípustný postup. Jde tedy o postup v souladu se zákonem i v takovém případě, pokud podají nabídku dva členové koncernu, případně ji podá jeden z nich a druhý má za to, že zadávací podmínky takového zadávacího řízení jsou v rozporu se zákonem. Dodávám,

že tento závěr již dříve dovodila citovaná judikatura Soudního dvora Evropské unie a ten tak není navázaný na novelu zákona.

52. Co se týká odkazu zadavatele na § 105 odst. 2 zákona, uvádím, že toto ustanovení se na právě řešené zadávací řízení nepoužije, neboť jeho předmětná novelizace nabyla účinnosti až v jeho průběhu, přičemž podle přechodných ustanovení novely (§ 272 zákona) se zadávání dokončí podle zákona ve znění účinném přede dnem nabytí účinnosti novely. Ani tak bych ale zadavateli nemohl přisvědčit, neboť dané ustanovení výslovně hovoří o tom, že se za vybraného dodavatele považuje člen koncernu, jestliže nepodal nabídku v témže zadávacím řízení nebo společně s jinými dodavateli, ale pouze pro účely tohoto ustanovení, tj. využití poddodavatele a výhrady plnění významných činností přímo vybraným dodavatelem. Pokud ve vztahu k tomuto ustanovení zadavatel uvádí, že navrhovatel nabídku nepodal a mohl proto plnit veřejnou zakázku se sesterskou společností, pokud by byla úspěšná, uvádím, že to skutečně mohl, zároveň však mohl podat i nabídku samostatnou.
53. Souhlasím se zadavatelem, že navrhovatel mohl podat nabídku společně s jinými členy koncernu, ale není to jeho povinnost. Naopak jeho právem je podat nabídku samostatnou, respektive činit jiné úkony v zadávacím řízení nebo na svoji obranu před nesprávným postupem zadavatele. Skutečnost, že v rámci zadávacího řízení podal nabídku i jiný člen koncernu, jehož součástí je i navrhovatel, tak nemá vliv na možnost podání nabídky navrhovatelem samotným a v souvislosti s tím i na možnost obrany proti nezákonnému postupu zadavatele námitkami a návrhem. Pokud jde o výklad k aktivní legitimaci obecně, kterou již zadavatel v rozkladu nezpochybňoval, a vztažení obecných závěrů na aktivní legitimaci navrhovatele v tomto případě, odkazují na body 97-122 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde se Úřad touto problematikou společně s vypořádáním souvisejících námitek zadavatele skutečně extenzivně a vyčerpávajícím způsobem zabýval. Toto vypořádání je v souladu s dlouhodobým přístupem Úřadu k aktivní legitimaci, a to včetně rozhodnutí týkajícího se předchozího soutěženého úseku metra D sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. 12706/2021/162/HSc, HBa ze dne 28. 6. 2021.

K namítané technické kvalifikaci

54. Podle bodu 5.10 písm. f) zadávací dokumentace splní kritéria technické kvalifikace dodavatel předložením „seznamu významných dodávek poskytnutých dodavatelem za posledních deset (10) let před zahájením zadávacího řízení, včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení těchto dodávek, z něhož bude vyplývat, že dodavatel v posledních deseti (10) letech před zahájením zadávacího řízení poskytl (dokončil) minimálně níže uvedené dodávky: alespoň 2 významné dodávky výtahů na dopravní stavbě o dopravní výšce nejméně 28 m, u každé dodávky ve finančním objemu ve výši minimálně 5 mil. Kč bez DPH.“
55. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad shledal namítanou technickou kvalifikaci v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu diskriminace podle § 6 odst. 2 zákona. Podle prvně uvedeného ustanovení platí, že zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Úřad postavil výrok II napadeného rozhodnutí právě na vytvoření bezdůvodných překážek hospodářské soutěže zadavatelem.
56. Předmětem posouzení souladu namítané technické kvalifikace s § 36 odst. 1 zákona tedy musí být, zda namítaná technická kvalifikace 1) vytvářela překážku hospodářské soutěže, 2) zda byla

tato překážka bezdůvodná. Pokud jde o požadavek, aby se jednalo o překážku hospodářské soutěže, je třeba zkoumat nikoliv jakýkoliv dopad do hospodářské soutěže, ale dopad do soutěže v rámci konkrétní veřejné zakázky. Obecně pak platí, že se vliv na hospodářskou soutěž presumuje. To ale neznamená, že je bez dalšího přítomen vždy.

57. Kvalifikační kritéria představují z povahy věci vždy překážku hospodářské soutěže, neboť některé subjekty ze soutěže vylučují, a to pro absenci základního, ekonomického či technického předpokladu. K tomu odkazují např. na bod 39 rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 6 As 295/2020-143 ze dne 23. 2. 2022. I v tomto případě se proto jednalo o překážku v účasti určitým subjektům, které namítanou technickou kvalifikaci nesplňovaly.
58. Daná překážka je následně v souladu se zákonem, pokud není bezdůvodná. Je tedy vyžadováno smysluplné zdůvodnění ze strany zadavatele, proč je třeba ověřit schopnosti dodavatele právě takovou referencí. Zde je potřeba uvést, že nepovažuji za vhodné, aby byly požadavky na technickou kvalifikaci vymezovány určitým zobecňujícím okruhem, zde typem staveb, pokud pro to nejsou dány specifické důvody. Specifické vlastnosti těchto staveb pak zadavatel popisuje dílčími znaky, které ale samy o sobě součástí namítané technické kvalifikace nejsou (zde např. vlhkost prostředí, vzdálenost mezi stanicemi, dopravní rychlost atd.). V takovém případě bude spíše pravidlem, že se najde stavba, která do zadavatelem připuštěných staveb nebude spadat, ale zároveň veškerá jím požadovaná specifika bude mít, a naopak stavba, která v okruhu bude, bude znaky postrádat, a to i třeba všechny z nich. Zadavatel proto musí dostatečně vyhodnotit, zda jím zvolený obecný pojem skutečně naplňuje to, co od technické kvalifikace očekává, a zda pro ověření pro něj důležité zkušenosti není vhodnější vymezit kvalifikaci konkrétními specifiky (obdobně odkazují na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 17/2022-283 ze dne 28. 4. 2023 a rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-07653/2023/163 ze dne 1. 3. 2023).
59. Na tomto místě uvádím, že Krajský soud v Brně dospěl v rozsudku č. j. 31 Af 44/2020-88 ze dne 3. 11. 2021 v návaznosti na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-14603/2020/323/MBr ze dne 18. 5. 2020 k závěru, že „*[i] v případech, že specifické požadavky zadávací dokumentace splňuje pouze jeden dodavatel na relevantním trhu, se automaticky nemusí jednat o nepřímou diskriminaci ostatních dodavatelů. Specifičnost podmínek vedoucí k zásadnímu omezení hospodářské soutěže pouze klade vyšší nároky na jejich odůvodnění (resp. zejména na významnost důvodů pro zadavatele). Tomu odpovídá ‚striktnější‘ optika, kterou na věc použil předseda žalovaného. Také zdejší soud přitom shledal, že předmětné podmínky i touto optikou ob stojí, neboť jsou podpořeny legitimními a důležitými potřebami zadavatele.*“
60. V tomto kontextu Úřad nyní zjišťoval naplnění pojmu dopravní stavba zadavatelem vymezenými specifiky, tedy zda jsou tato specifika na dopravní stavbě přítomná vždy a zároveň nejsou přítomna na jiných typech staveb, neboť jedině tak zadavatel skutečně ověří tu zkušenost, o kterou mu dle jeho odůvodnění jde, a nebude nedůvodně diskriminovat jiné zkušené dodavatele.
61. Úřad zjistil, že vlhkost prostředí je nutné zohledňovat v každé stavbě bez ohledu na to, zda jde o stavbu dopravní, či jinou, byť některá stanoviska toto specifikum přiřazovala skutečně pouze dopravním stavbám. To obdobně platí i ve vztahu ke vzdálenosti stanic mezi sebou a jejich počtu. I vysoká frekvence zatížení se podle dodaných stanovisek vyskytuje nejen na dopravních stavbách, tedy nejde o výlučné specifikum tohoto typu staveb. Dopravní

rychlost 2 m/s se pak dle zjištění Úřadu vztahuje obecně k výtahům s vyšším dopravním zdvihem, a to bez ohledu na typ stavby. Pokud jde o specifickou konstrukci výtahu a vyšší odolnost materiálu, část stanovisek přiřadila toto specifikum dopravním stavbám, část nikoliv.

62. Lze shrnout, že ze zjišťování Úřadu vyplynulo, že dopravní stavba skutečně má specifika označená zadavatelem. Prakticky všechna tato specifika ale mohou být kromě dopravních staveb přítomna i na jiných stavbách, byť se skutečně dá předpokládat, že dopravní stavby budou z hlediska splnění všech specifík zastoupeny častěji. To ale nemění nic na obecném závěru, že technickou kvalifikaci není potřeba vázat na typ stavby, pokud je zadavatel zároveň schopen určit vlastnosti, které stavba má a potřebuje je v rámci reference ověřit. Je proto vhodnější, aby zadavatel vymezil požadavky na technickou kvalifikaci konkrétními specifiky, která považuje za skutečně důležitá pro ověření zkušenosti. V případě vymezení typem či účelem stavby totiž existuje riziko odpovídající míře zobecnění, že zadavatel získá dodavatele nezkušeného ve smyslu vymezené technické kvalifikace a že přesnějším vymezením by získal dodavatele zkušeného. K účelu technické kvalifikace lze odkázat i na rozsudek Soudního dvora Evropské unie ve věci C-295/20, „Sanresa“ UAB proti Aplinkos apsaugos departamentas prie Aplinkos ministerijos, ze dne 8. 7. 2021.
63. Je také podle mého názoru důvodné se ptát, zda zadavatel neztotožňuje důvody, pro které namítanou technickou kvalifikaci stanovil, s požadavky na samotný předmět plnění, tj. výtahy. To se týká např. požadavku na frekvenci zatížení výtahů, vzdálenosti stanic, dopravní rychlosti či konstrukci výtahu a vyšší odolnost materiálu proti mechanickému poškození. Není totiž účelem kvalifikace postavit rovnítko s předmětem plnění, ale ověřit obdobnou zkušenost. Z povahy věci se bude ke specifiku dodávky výtahu vztahovat např. vlhkost prostředí, kam se výtah umísťuje, ta je však jen jedním z několika důvodů, které zadavatel k namítané technické kvalifikaci uvádí. Souhlasím tak s Úřadem, že vázat referenci na dopravní stavby nebylo vhodné řešení.
64. Ke zjištění dopadu namítané technické kvalifikace na hospodářskou soutěž provedl Úřad průzkum trhu (body 179 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Považuji za vhodné nejprve posoudit námitky zadavatele proti tomuto postupu Úřadu.
65. Mám za relevantní námitku zadavatele, která se týká neoslovení těch subjektů v průzkumu trhu, které mají vztah k zadávacímu řízení. V první řadě ale nemám za to, že by se jednalo o opomenutý důkaz, jak jej prezentuje zadavatel, a to především proto, že Úřad neoslovil veškeré v úvahu přicházející společnosti, které by mohly mít k dodávkám výtahů na dopravní stavbě co říci, což po něm ani nelze požadovat. Tento okruh není uzavřen všemi ostatními žádostmi o odborné stanovisko, které Úřad rozeslal, a neplatí, že chybí jen ty, které mají vztah k zadávacímu řízení. V prostředí České republiky i na evropském trhu bude takových společností více. Na neoslovení určitých společností tedy nelze nahlížet jako na opomenutý důkaz, protože takto by zadavatel mohl označit i další opomenuté subjekty, ledaže by sám zadavatel navrhl oslovení konkrétních společností a Úřad by bez řádného odůvodnění k tomuto kroku nepřistoupil. V tomto případě se tak nestalo, a to i přesto, že zadavatel měl možnost v rámci nahlížení do spisu zjistit okruh Úřadem dotázaných subjektů. Úřad ale neměl (a ani nemohl mít) ambici oslovit všechny relevantní subjekty, ale oslovil pouze jejich vzorek. Uzavírám proto, že doktrína týkající se opomenutého důkazu z důvodu hodnocení jeho věrohodnosti ještě před jeho provedením, se v tomto případě neuplatní, protože se v případě

oslovených společností nejedná o uzavřený okruh, který by byl po oslovení v zadávacím řízení dotčených společností kompletní.

66. V kontextu řešeného případu bych měl ale za vhodnější takový postup, při kterém by si Úřad skutečně vyhodnotil věrohodnost získaných odpovědí až po oslovení jednotlivých společností a získání případného stanoviska těchto subjektů. Úřad totiž pomíjí, že ani v případě společností, které aktuálně nemají žádný vymezený vztah k zadávacímu řízení, nelze a priori bez jakýchkoliv pochybností říci, že jsou jejich stanoviska věrohodná. Právě proto je nutné hodnotit je až po jejich získání, zejména pokud bude jejich věrohodnost namítána, nikoliv tedy vždy a u každé odpovědi. Úřad tak vyloučil stanovisko, o kterém dopředu rozhodl, že nebude relevantní, ale připustil další z nich, o kterých tuto informaci nemá, ale dopředu vyhodnotil, že relevantní budou. Takový postup nepovažuji za správný. V celkovém kontextu provedeného dokazování však nemám za to, že by toto pochybení mělo vliv na zákonnost průzkumu trhu a jeho dostatečnost k učinění potřebných závěrů pro posouzení případu.
67. Pokud jde o další námitky k průzkumu trhu Úřadem, uvádím, že neexistuje procesní právo účastníků správního řízení na konzultaci pokládaných otázek před průzkumem trhu. Úřad dospěl k tomu, že pro účely zjištění skutkového stavu je nutné provést průzkum trhu, přičemž je jeho povinností i řádně formulovat otázky, na které žádá odpověď, a to, zda Úřad průzkum trhu provedl v souladu se zákonem, je otázkou přezkumu napadeného rozhodnutí. Dále konstatuji, že formulace otázek pro průzkum trhu není jednoduchou disciplínou a je vždy třeba k ní přistupovat obezřetně, a to právě s ohledem na nutný průnik snahy o zajištění relevantní odpovědi a snahy o nenavádění subjektů k žádné odpovědi.
68. V právě řešeném případě však nemám za to, že by Úřad formuloval otázky sugestivně. Námitky zadavatele směřují proti užívání slova „vždy“, tedy zda se konkrétní specifika vždy vyskytují u dodávky výtahu pro dopravní stavbu na rozdíl od dodávky na jiný typ staveb. To Úřad akcentoval i při opakovaném dotazování v případě, že shledal, že odpověď subjektu na otázku neodpovídá. Je ale nutné odlišit namítanou sugestivnost od cíle, který Úřad průzkumem trhu sledoval. To ostatně Úřad uvedl také v napadeném rozhodnutí, konkrétně v bodu 194, kde reagoval na námitky zadavatele k průzkumu trhu.
69. Na tomto místě proto opakovaně uvádím, že kvalifikace slouží k ověření schopnosti plnit veřejnou zakázku. Pokud zadavatel tvrdí, že daná specifika jsou u dopravních staveb obvyklá, není možné mluvit o tom, že je účel kvalifikace naplněn vždy, tedy že jen s takovými referencemi získá zkušeného dodavatele. Zadavatel totiž jako kvalifikovaného označí i dodavatele, který nemá zkušenost třeba ani s jedním ze specifik, ale dodávku výtahu realizoval na dopravní stavbě.
70. Cílem zjišťování Úřadu tedy skutečně bylo, zda se daná specifika vyskytují u dopravních staveb vždy. Úřad položenými dotazy nikoho netlačil ke konkrétní odpovědi, ale k odpovědi na otázku, která je zásadní pro posouzení zákonnosti namítané technické kvalifikace. Nesouhlasím proto s tím, že by byly otázky pokládané Úřadem sugestivní, neboť pouze sledují účel průzkumu trhu.
71. V návaznosti na to také konstatuji, že skutkový stav zjištěný Úřadem nepovažuji pro danou věc za nedostatečný. Úřad se snažil o provedení rozsáhlého průzkumu trhu, když oslovil celkem 23 subjektů, přičemž obdržel odborné stanovisko od pěti z nich. Je samozřejmě relevantní námitka týkající se malého počtu odpovědí. Úřad ale nemá možnost, jak na subjektech

odborné stanovisko vymoci. Oslovené subjekty nemají povinnost součinnosti vůči Úřadu, byť se to zadavatel snaží v jiné části rozkladu tvrdit. Je proto nutné pracovat s odpověďmi, které Úřad obdržel a jejichž počet a obsah považují za dostatečně relevantní. I z daného počtu odpovědí se totiž dá zjistit, jak na vztah specifik, která označil zadavatel, a okruhu dopravních staveb nahlíží trh.

72. V tomto smyslu nepřisvědčuji ani námitce týkající se hodnocení odpovědí, které Úřad z průzkumu trhu získal. Cílem průzkumu trhu totiž nebylo získat jasnou většinu odpovědí na určitou stranu, ale ověřit, zda důvody, které zadavatele vedly ke stanovení namítané technické kvalifikace, nejsou diskriminační, tj. zda se daná specifika objevují na dopravní stavbě vždy, respektive zda se mohou objevovat i jinde. K takovému závěru není nutná většina, ale pouze dostatečný počet odpovědí, které závěry zadavatele logickými důvody zpochybňují či potvrzují.
73. Pokud tedy platí závěr, že i jiné stavby mohou specifika zadavatele splňovat, je zřejmé, že určité reference zadavatel vyloučil i přesto, že takoví dodavatelé dle odůvodnění namítané technické kvalifikace zkušeně jsou. Překážka vytvořená namítanou technickou kvalifikací se tedy jeví jako bezdůvodná, byť tento závěr není pro níže uvedené stěžejní.
74. Nezákonost zadávací podmínky podle § 36 odst. 1 zákona je totiž možné konstatovat jen tehdy, pokud jde skutečně o bezdůvodnou **překážku hospodářské soutěže**. I pokud by tedy bylo shledáno, že kritérium technické kvalifikace vytváří bezdůvodné překážky, musí být zároveň zjištěn alespoň potenciální vliv na hospodářskou soutěž o takovou zakázku. Ten se pro účely uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 3 zákona (tedy i při porušení § 36 odst. 1) presumuje, mohou však nastat situace, kdy bude z kontextu věci zřejmé, že takový vliv chybí. Pokud vliv na hospodářskou soutěž chybí, není možné konstatovat porušení § 36 odst. 1 zákona.
75. Z bodu 348 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že zadavatel obdržel v rámci zadávacího řízení tři nabídky. Všichni účastníci zadávacího řízení předložili v nabídce k prokázání namítané technické kvalifikace tři stejné referenční zakázky realizované společností BREMA, což potvrzují doklady k prokázání namítané technické kvalifikace obsažené ve správním spisu.
76. Zatímco Úřad v bodu 348 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvádí, že tato skutečnost nesevřídčí o tom, že by v této části plnění probíhala efektivní hospodářská soutěž, mám za to, že v kontextu daného případu je na ni nutné nahlížet spíše tak, že společnost BREMA své reference bez obtíží poskytla, tj. neomezila se na jednoho účastníka, který s ní navázal kontakt např. jako první či pouze s tím, kdo nabídnul nejvyšší cenu, a neomezila tak okruh dodavatelů, kteří mohli její referencí namítanou technickou kvalifikaci prokazovat. Lze tedy důvodně předpokládat, že i navrhovatel, pokud by měl zájem o získání reference, mohl kontaktovat tuto společnost, aby zajistil splnění namítané technické kvalifikace. Jiná situace by byla právě například tehdy, pokud by společnost BREMA své reference odmítla poskytnout (obdobně lze odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 47/2011-70 ze dne 7. 3. 2013 ve věci obaloven asfaltových směsí), přičemž by bylo zjištěno, že jiné reference na trhu dostupné nejsou. Takovou námitku ale Úřad neobdržel a z kontextu případu ani jinak nevyplývá, že by k tomu došlo.

77. Sám Úřad naopak zjistil, že na trhu další dostupné reference existují (byť pravděpodobně ne v takovém rozsahu jaký uváděl zadavatel) a dodavatelé je mohli využít, což potvrzuje i přípis zadavatele ze dne 12. 9. 2023. Proč všichni účastníci zadávacího řízení využili v rámci podaných nabídek reference společnosti BREMA, není otázkou pro Úřad, neboť se jedná o projev dodavatelských a poddodatelských vztahů, které Úřadu při přezkumu zadávacích podmínek nepřísluší hodnotit. Tyto vztahy, respektive to, že všechny společnosti využily jednoho poddodavatele, ale v souhrnu s dalšími zjištěními Úřadu nenaznačují, že by v dané části plnění neprobíhala hospodářská soutěž z důvodu nezákonnosti namítané technické kvalifikace.
78. Do úvahy je pak nutné vzít právě i to, že všichni účastníci zadávacího řízení hodlají plnit předmětnou část veřejné zakázky pomocí poddodavatele, přičemž žádný souboj o tohoto poddodavatele zjevně neprobíhá (ve smyslu „jeden bere vše“ a na další dodavatele se nedostane, nikoliv pro nezákonnost namítané technické kvalifikace), a do kontextu je potřeba zařadit i to, jací dodavatelé podali nabídku v zadávacím řízení. Ze správního spisu vyplývá, že ve všech třech případech jde o sdružení vícero dodavatelů zahrnující velké stavební společnosti, a to vždy i včetně společností zahraničních, a i tak všichni tito dodavatelé prokazují namítanou technickou kvalifikaci prostřednictvím téhož poddodavatele. Lze proto i zde předpokládat, že ani navrhovatel by nebyl schopen referenci prokazovat sám, přičemž to ani netvrdil. V návaznosti na to navrhovatel ani netvrdil omezení možnosti zajistit si tohoto konkrétního poddodavatele a byť nelze vyloučit, že se o získání reference snažil, nebylo složité takovou snahu doložit. Dodávám, že i v případě zadávacího řízení na předchozí část metra D byly podány 3 nabídky ve sdružení, což jen opět odráží velikost trhu v případě soutěže o takovouto zakázku a reálnou možnost jejího omezení.
79. Taktéž by byla situace jiná, pokud by bylo zjištěno, že jediný dostupný nositel reference či jeden z mála takových, je členem sdružení účastníků se soutěže o veřejnou zakázku, případně by se jednalo o člena koncernu, jehož sesterská či mateřská společnost o zakázku soutěží. Bylo by jen logické, že takový poddodavatel by referenci jiným poddodavatelům neposkytl, a i z tohoto důvodu by dopad předmětného kritéria nemohl být hodnocen jako nepatrný. Ve správním řízení ale takový stav na trhu zjištěn nebyl a ani zde navrhovatel nic takového netvrdí.
80. Bylo by možné namítnout, že Úřad v napadeném rozhodnutí označil pouze jednu referenci společnosti BREMA jako splňující namítanou technickou kvalifikaci, přičemž všichni účastníci prokazují její splnění třemi referencemi této společnosti. K tomu je nutné dodat, že Úřad pouze ověřoval tvrzení zadavatele o tom, jaké reference na trhu existují, a to pro účely posouzení diskriminačnosti zadávací podmínky, a zjišťoval, zda vůbec bylo možné, aby je zadavatel jako relevantní označil. Nečinil tedy zevrubné ověření referencí a často se ani nedostal k tomu, aby skutečný finanční objem dané reference zjistil. I v případě, že by došlo ke zpochybnění referencí společnosti BREMA, to bude primárně zadavatel, respektive konkrétní dodavatelé referenci předkládající, kdo se bude zabývat splněním podmínek namítané technické kvalifikace konkrétní referencí.
81. Zároveň je relevantní i námitka týkající se toho, že některé dopravní stavby nemusí daná specifika naplňovat a bylo by možné referencí s takovou dopravní stavbou namítanou technickou kvalifikaci splnit. Taková skutečnost jde ale k tíži pouze zadavateli, nikoliv dodavatelům. Zadavatel totiž bude muset referenci připustit, ačkoliv například na této referenci nebyla dopravní rychlost výtahu 2 m/s, vysoká frekvence zatížení či jakékoliv jiné

zadavatelem označené specifikum dopravní stavby, ale o dopravní stavbu se bude jednat (při současném splnění finančního objemu a dopravní výšky). Dodavatelé by totiž požadavky stanovené v bodě 5.10 písm. f) zadávací dokumentace splnili a důvody, které zadavatele vedly ke stanovení namítané technické kvalifikace (tedy v podstatě to, co zadavatel chce ověřit), nejsou součástí tohoto kritéria. Zadavatel by tedy sám sklídl výsledek příliš obecné textace a samotní dodavatelé touto skutečností dotčení nejsou.

82. Že je dopad na hospodářskou soutěž a tím i výsledek zadávacího řízení minimální, lze dovodit i ze samotné hodnoty referenční zakázky, respektive z objemu, který na danou část plnění pokrytou namítanou technickou kvalifikací připadá (tedy výtahy). Zadavatel ve svém vyjádření ze dne 19. 4. 2023 hovoří o zlomku procent na celkovém předmětu. Přesná částka, která bude připadat na toto plnění, není podstatná, důležitý je fakt, že z řádu desítek miliard korun se nebude jednat ani o celé procento. Odlišná by byla situace tehdy, kdy by byl předmět plnění jako takový na dané referenci v zásadě postaven, tedy by šlo o referenci pokrývající samou podstatu předmětu plnění veřejné zakázky, či by šlo o hodnotově významnou část předmětu plnění. Tak by totiž mohl poddodavatel této části plnění ovlivnit cenou své nabídky vítězství některého z dodavatelů. Bylo by zřejmé, že dopad takového kritéria na dodavatele je široký.
83. Shrnuji tedy, že pro zadavatele je namítaná technická kvalifikace zjevně důležitá. Zadavatel si jí chtěl ověřit schopnost dodat výtahy do stavby s omezenými únikovými trasami, přičemž právě výtahy jsou v tomto směru nepopíratelně důležité a samotnou důvodnost požadavku na referenci na dodávku výtahů nikdo nezpochybnil. Ani finanční objem reference a požadovaná dopravní výška výtahu nebyla návrhem zpochybněna. Z průzkumu trhu vyplynulo, že specifikum dopravní stavby, jak je vymezil zadavatel, nelze zcela prokázat, i když některá z nich z povahy věci přítomna jsou. Pro dodavatele, kteří podali nabídku, nebylo zřejmě nijak obtížné potřebnou referenci získat. Jelikož všichni účastníci zadávacího řízení prokazovali namítanou technickou kvalifikaci pomocí stejného poddodavatele a stejných referencí, stala se ve vztahu k souvisejícímu plnění v rámci veřejné zakázky de facto obsoletní. Zadavatel si namítanou technickou kvalifikací zajistil v podstatě pouze to, že výtahy v rámci veřejné zakázky bude pravděpodobně dodávat společnost BREMA, a to ať už zadávací řízení na veřejnou zakázku vyhraje jakýkoliv dodavatel.
84. Uzavírám, že namítaná technická kvalifikace neporušila zákaz uvedený v § 36 odst. 1 zákona. Byť zadavatel dostatečně neodůvodnil svůj požadavek na dodávku výtahu přímo na dopravní stavbě, kvůli čemuž se jeví samotná překážka vytvořená touto technickou kvalifikací s ohledem na dosavadní závěry jako bezdůvodná, překážky hospodářské soutěže jsem shledal v tomto případě nanejvýš jako marginální. Vliv na hospodářskou soutěž se sice v případě zadávacích podmínek presumuje, v případě řešené veřejné zakázky a omezeného okruhu dodavatelů schopných ji plnit, ale nelze konstatovat, že by namítaná technická kvalifikace překážku hospodářské soutěže fakticky vytvořila.
85. I pokud by zde i přes výše uvedené dále existovaly pochybnosti o porušení § 36 odst. 1 zákona (tedy překážky hospodářské soutěže, neboť závěr o nedostatečné důvodnosti požadavku na referenci výtahu přímo na dopravní stavbě byl fakticky potvrzen), je nutné se na řešený případ dívat v celém kontextu a prizmatem judikatury správních soudů. V rozsudku č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020 Krajský soud v Brně uvedl: „Krajský soud sice obecně nerozporuje názor předsedy ÚOHS, že v případě naplnění podmínek pro použití § 263 odst. 3 ZZVZ, dle něhož, stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží

nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, je nezbytné přistoupit ke zrušení zadávacího řízení. Z uvedeného ovšem nelze dle krajského soudu dovodit tak kategorický závěr, že jakýkoliv rozpor zadávací dokumentace se ZZVZ bude vždy stricto sensu nutně představovat ,rozpor zadávacích podmínek se zákonem', neboť by to znamenalo, že jakékoliv (i sebemenší) pochybení zadavatele při stanovení zadávacích podmínek by nutně vždy mělo za následek uplatnění nápravného opatření ultima ratio v podobě zrušení zadávacího řízení, bez ohledu na vzájemnou souvislost a intenzitu takového pochybení na samotný výsledek zadávacího řízení (výběr zadavatele či návrhu).“

86. V rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. 12706/2021/162/HSc, HBa ze dne 28. 6. 2021 jsem poté v návaznosti na citovaný rozsudek dospěl k tomu, že „i pokud by určitý rozpor se zákonem shledán byl, není v daném konkrétním případě na místě uložení nápravného opatření v podobě zrušení zadávacího řízení. Nejedná se tak o ignoraci ustanovení § 263 odst. 3 zákona, ale toliko o jeho výklad v souladu s účelem zákona a rovněž v souladu s citovaným rozsudkem Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020. Neplatí tak v plném rozsahu právní názor komentářové literatury obsažený v rozkladu, dle kterého se nezohledňuje závažnost pochybení zadavatele. Pokud je totiž tato závažnost téměř nulová s minimálním možným dopadem do zadávacího řízení, jeví se značně nepřiměřené, aby takové pochybení bylo stíháno zrušením zadávacího řízení, tím spíše zadávacího řízení takto enormních rozměrů.“
87. Nelze bez dalšího tvrdit, že by veřejná zakázka takového rozměru, jako je ta nyní přezkoumávaná, měla požívat vyšší míry ochrany, respektive přehlížení jejích neduhů v konfrontaci se zákonem. Zprv je ale dospěl k tomu, že namítaná technická kvalifikace překážky hospodářské soutěži ve smyslu § 36 odst. 1 zákona fakticky nekladla, zadruhé pak platí, že i kdyby tomu tak bylo, je nutné se zabývat právě tím, o jaké se jedná pochybení v kontextu celé veřejné zakázky. V kombinaci těchto zjištění a pochybností nelze mít zrušení zadávacího řízení za adekvátní následek postupu zadavatele a následek odpovídající vlivu intenzity pochybení na výsledek zadávacího řízení ve smyslu citovaného rozsudku Krajského soudu v Brně. Upozorňuji, že tyto závěry nejsou automaticky přenositelné na jakékoliv jiné zadávací řízení a přezkumné řízení před Úřadem. V tomto konkrétním případě je ale z posouzení věci zřejmá absence zásadní pochybnosti o existenci faktických překážek hospodářské soutěži, že by nebylo odpovídající a přiměřené zadávací řízení na veřejnou zakázku zrušit.
88. Nad rámec výše uvedeného je třeba poukázat i širší kontext celého případu. Jsem dalek toho, abych označil námítky navrhovatele jako obstrukční, navrhovatel pouze využil svého práva podat námítky do konce lhůty pro podání nabídek. Je možné poukázat na to, že novela zákona účinná od 16. 7. 2023 sice v § 242 odst. 5 umožnila zadavatelům stanovit konec lhůty pro podání námitek s předstihem před koncem lhůty pro podání nabídek, na právě řešené zadávací řízení se ale nepoužije. I pro toto zadávací řízení tedy platí, že navrhovatel byl oprávněn podat námítky i poslední den lhůty pro podání nabídek a jeho postup byl v souladu se zákonem. Tak se ostatně vyjádřil i Úřad v bodu 119 odůvodnění napadeného rozhodnutí.
89. Nelze ale přehlédnout, že již z „Vysvětlení zadávací dokumentace č. 39a – veřejné“ ze dne 9. 9. 2022 je zřejmé, že jeden z účastníků na možnou diskriminačnost namítané technické kvalifikace zadavatele upozorňoval. K tomu je nutné dodat, že z bodu 23 vyjádření navrhovatele k rozkladu vyplývá, že to byl právě navrhovatel, kdo žádost o vysvětlení namítané

technické kvalifikace vznesl. Námitky ale podal až 5. 12. 2022, tedy téměř tři měsíce po tom, co se o stanovisku zadavatele k předmětnému kritériu technické kvalifikace dozvěděl. Je pak otázkou, jak reálná byla pro navrhovatele polemika o diskriminačnosti namítané technické kvalifikace a snaha o její nápravu tak, aby se mohl soutěže účastnit, pokud zadavateli svými námitkami podanými bezprostředně před koncem lhůty pro podání nabídek nedal žádný prostor k tomu, aby na tyto námitky reagoval jinak než případným zrušením zadávacího řízení nebo odmítnutím jeho námitek.

90. Obdobné závěry jsem ostatně uvedl v již citovaném rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0060/2021/VZ, č. j. 12706/2021/162/HSc, HBa ze dne 28. 6. 2021: *„V žádném případě nenaznačuji, že na obsáhlé námitky podané proti zadávací dokumentaci v poslední den lhůty pro podání nabídek bude ze strany Úřadu nahlíženo odlišně než na jiné (naopak Úřad napadeným rozhodnutím prokázal, že se návrhem zabýval velmi podrobně a ve všech směrech). Chci však povzbudit dodavatele, aby případné problémy zadávací dokumentace řešili primárně v době, kdy lze ještě ze strany zadavatele provést nápravu, neboť řešením ze strany Úřadu může být toliko zrušení zadávacího řízení. Je nutno si uvědomit, že účelem dohledu nad zadáváním veřejných zakázek je zejména hospodárné nakládání s veřejnými prostředky a zachování hospodářské soutěže, Úřad naopak nesmí sloužit jako nástroj konkurenčního boje mezi dodavateli.“* A dále: *„V daném případě rezonují zejména závěry týkající se nutnosti ‚odstranění přepjatého formalismu v rozhodovací praxi Úřadu‘ a potřeba ‚rozumného rozhodování‘, a to hlavně za účelem nutnosti zamezit obstrukčním návrhům, kdy by pro sebemenší pochybení zadavatele bez reálného dopadu na dodavatele či relevantní soutěžní prostředí o danou veřejnou zakázku byla rušena zadávací řízení. Lze bez dalšího souhlasit s tezí, že na případy je potřeba pohlížet vždy komplexně a posuzovat i reálný dopad eventuálního pochybení zadavatele. Uvedené teze korespondují i se závěry obsaženými v úvodu věcného odůvodnění tohoto rozhodnutí, dle kterých se má činnost Úřadu upnout zejména směrem k ochraně hospodářské soutěže a efektivnímu využití veřejných prostředků, než se stát nástrojem konkurenčního boje mezi dodavateli. Vedle všech shora uvedených specifik posuzované veřejné zakázky i namítané zadávací podmínky tak lze vzít v potaz i skutečnost, že tvrzené pochybení bylo vytčeno zadavateli až v námitkách podaných proti zadávacím podmínkám poslední den lhůty pro podání nabídek, aniž by se navrhovatel jakkoliv snažil o odstranění jím tvrzené diskriminace či nezákonnosti ještě v době, kdy zadavatel mohl případnou nesrovnalost odstranit.“* Poznámku o povaze námitek a návrhu navrhovatele předkládám pouze jako apel dodavatelům, aby námitky proti zadávacím podmínkám podávali pokud možno ještě v době, kdy je možné případnou nezákonnost zadávacích podmínek zadavateli v rámci zadávacího řízení napravit. Na právo navrhovatele námitky a návrh podat nemají uvedené závěry vliv.

K některým námitkám zadavatele

91. Zadavatel nesouhlasí s tím, že by výrobci výtahů nemohli být držiteli reference, neboť z namítané technické kvalifikace nevyplývá, že by součástí dodávky musela být rovněž instalace/montáž.
92. K tomu uvádím, že pokud zadavatel rozporuje, že obsahem namítané technické kvalifikace je rovněž montáž/instalace, není to z jejího znění zcela patrné. To souvisí totiž i s další argumentací zadavatele. Pokud by instalace a montáž nebyly součástí dodávky, může dojít k dalšímu snížení finančního objemu jednotlivých zadavatelem předkládaných referencí, neboť ani tyto práce by s nimi poté nesouvisely. Zadavatel ale argumentuje, že do finančního objemu by měly být započítány veškeré práce na dodávce, tedy kromě instalace a montáže i práce zcela nesouvisící. Argumentace zadavatele je proto v těchto místech nesourodá – není jednoznačně zřejmé, co je skutečně předmětem reference, a tedy jaká plnění lze do finančního objemu ještě počítat. V této části proto souhlasím s výkladem Úřadu v napadeném rozhodnutí, který je naopak logický a odpovídá tvrzením zadavatele o tom, co má být referencí ověřeno.
93. Je poté lhostejné, koho zadavatel obecně označí jako možného držitele reference, neboť referencí disponuje ten subjekt, který danou referenci realizoval – se zohledněním obecně platné přičitatelnosti všech referencí dodavateli ze zakázky, kterou prováděl jako generální dodavatel. Navíc lze s ohledem na provedené předběžné posouzení zadavatelem označených možných referenčních zakázek oprávněně pochybovat o tom, že pokud by mohli výrobci výtahů danou referenci prokázat, dojde k rozšíření počtu relevantních referencí, a to i s ohledem na zadavatelem určený minimální finanční objem reference.
94. Závěrem je nutné reagovat na námitku zadavatele týkající se toho, že byl Úřad připraven v namítané technické kvalifikaci akceptovat užší pojem metro oproti širšímu pojmu dopravní stavba. Tak tomu totiž není. Úřad v bodu 340 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že *„[p]rávě v tom, že zadavatel umožnil prokázat technickou kvalifikaci i dodávkou do jiných dopravních staveb, než je metro, spočívá totiž problém, na nějž navrhovatel v návrhu poukazuje – tj. že výtahy umístěné v některých typech dopravních staveb než je metro (např. letištní hala, řídicí věž letiště) odpovídají svou technickou specifikací výtahům umístěným v jiných stavbách než dopravních (zejm. pozemních), ale přesto jimi kvalifikaci prokázat nelze“*. Nelze ale tuto myšlenku chápat tak, že vymezení typu staveb jako „metro“ by v přezkumu obstálo. Úřad tím jen jinými slovy opětovně uvádí, že i jiné stavby, které nejsou pouze metrem, mohou specifikata zadavatele naplnit, ale nemohou být s ohledem na znění namítané technické kvalifikace připuštěny, nikoliv že požadavek pouze na metro je oprávněný.
95. Je ostatně nutné zařadit citovanou větu do ucelené argumentace v bodu 340 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Konkrétně cituji věty jí předcházející i následující: *„K tomu Úřad uvádí, že zadavatel v namítané technické kvalifikaci nestanovil požadavek na doložení zkušeností s dodávkou výtahů do metra, ale požadavek na doložení zkušeností s dodávkou výtahů na dopravní stavbě. Předmětem přezkumu Úřadu je přitom zákonnost namítané technické kvalifikace tak, jak ji zadavatel skutečně stanovil, nikoliv jak by mohla být stanovena.“* A dále: *„Současně platí, že pokud by zadavatel stanovil požadavek jinak, tj. úžeji jen ve vztahu k referenční zakázce ve vztahu k metru, opět by si důvodnost a legitimitu takového požadavku musel obhájit před dodavateli, kteří jsou v dané oblasti odborníky,*

eventuálně před Úřadem, tj. rozhodně nelze nyní jakkoliv a priori předjímat, zda by taková podmínka kvalifikace byla automaticky v souladu se zákonem.“ Není tedy pravdou, že byl Úřad připraven v namítané technické kvalifikaci akceptovat užší pojem metro.

96. Uzavírám proto, že nebylo v tomto případě prokázáno porušení § 36 odst. 1 zákona. Nemohu proto potvrdit závěr Úřadu, který ústí ve zrušení zadávacího řízení, tedy závěr uvedený ve výroku II napadeného rozhodnutí.
97. Dodávám, že výroky III (o opatření k nápravě), IV (o uložení zákazu uzavřít smlouvu v návaznosti na uložení nápravného opatření) a V (uložení povinnosti zadavateli uhradit náklady řízení) napadeného rozhodnutí jsou na výroku II napadeného rozhodnutí závislé, proto je nutné je zrušit spolu s ním.

VI. Závěr

98. Shrnuji, že překážka vytvořená namítanou technickou kvalifikací se sice může jevit jako bezdůvodná, když byla požadována zkušenost s dodávkou výtahů výlučně na dopravní stavbě, ale zároveň nebyla s ohledem na konkrétní veřejnou zakázku a její specifika prokázána reálná překážka hospodářské soutěže o tuto konkrétní zakázku, a to ani u navrhovatele. Ustanovení § 36 odst. 1 zákona tak nebylo porušeno z důvodu absence faktického dopadu na hospodářskou soutěž. Požadované reference jsou na trhu dostupné (a to minimálně v případě společnosti BREMA) a nevyplývalo, že by byl přístup k nim reálně omezen. Pokud by některý z dodavatelů označil referenci, která všechna specifika, jimiž zadavatel odůvodňoval svůj požadavek na dodávku výtahu na dopravní stavbě, nemá, ale bude naplňovat požadavky namítané technické kvalifikace, zadavatel ji bude muset přijmout. Na případ jsem dále nahlížel optikou vlivu namítané technické kvalifikace na celý předmět veřejné zakázky a v případě pochybností o jejím souladu se zákonem také prizmatem nepřiměřenosti rušení zadávacího řízení v řešeném případě.
99. Nebylo ale možné dát zadavateli za pravdu v případě náhledu na možnost podávání nabídek členy jednoho koncernu a v návaznosti na to i jejich samostatnou obranu proti jeho postupu, neboť to zákon umožňuje. Přestože by bylo vhodnější, aby Úřad v rámci průzkumu trhu oslovil i subjekty, které jsou se zadávacím řízením spojeny, neshledal jsem v průzkumu trhu vady, které by měly vliv na jeho správnost, zákonnost či relevantnost. Pokud jde o to, kdo může uplatňovat referenci, je to obecně ten, kdo ji realizoval v rozsahu požadovaném zadavatelem.
100. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení výroků II, III, IV a V napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. JUDr. Vilém Podešva, LL.M., Na Pankráci 1683/127, 140 00 Praha 4
2. JUDr. Jindřich Vítek, Ph.D., Šafaříkova 201/17, 120 00 Praha 2

Vypraveno dne

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