



UOHSX00IMFLG

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0150/2023/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-01263/2024/163

Brno 10. 1. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 14. 11. 2023 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Metrostav DIZ s.r.o.**, IČO 25021915, se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupeným 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,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 27. 10. 2023, č. j. ÚOHS-42373/2023/500 vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ ve věci 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,

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. b) ve spojení s § 90 odst. 5 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:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ, č. j. ÚOHS-42373/2023/500 ze dne 27. 10. 2023

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

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**“).
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,

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.

že námitky ze dne 5. 12. 2022 (dále jen „námitky“) 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 stěžít 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 specifikata 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. Dosavadní průběh správního řízení

Rozhodnutí Úřadu sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25779/2023/500 ze dne 7. 7. 2023

7. Dne 7. 7. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ, č. j. ÚOHS-25779/2023/500 (dále jen „**původní prvostupňového rozhodnutí**“).
8. Výrokem I původního prvostupňového 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 původního prvostupňového rozhodnutí Úřad rozhodl tak, že zadavatel stanovil při zadávání veřejné zakázky zadávací podmínky v rozporu s § 36 odst. 1 zákona ve spojení se zásadou zákazu 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 původního prvostupňového rozhodnutí bylo jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele zrušeno zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem IV původního prvostupňového rozhodnutí byl zadavateli uložen zákaz uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku až do pravomocného skončení správního řízení. Výrokem V původního prvostupňového rozhodnutí byla zadavateli uložena 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 újmou dostatečně specifikovaná. 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 námitek navrhovatele týkající se způsobu vymezení zařízení staveniště OL1² za dostatečně odůvodněné a přezkoumatelné.
12. Úřad v odůvodnění výroku I původního prvostupňového rozhodnutí 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 původního prvostupňového rozhodnutí Úřad nejdříve vyložil obecné závěry ke stanovení požadavků na kvalifikaci. Dále uvedl výsledky provedení průzkumu trhu za účelem zjištění, zda zadavatelovo odůvodnění požadavku na realizaci referenčních dodávek výtahů na dopravní stavbě technickými specifiky těchto dodávek je důvodné, tj. zda jsou tato

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.

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 původního prvostupňového rozhodnutí). Dále Úřad zjistil, že norma ČSN EN 81-20 je platná pro všechny typy výtahů a není tak rozdíl mezi dopravní stavbou a jiným typem stavby ve vztahu ke vzdálenosti stanic (body 201-206 odůvodnění původního prvostupňového 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 původního prvostupňového 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 původního prvostupňového 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 původního prvostupňového 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 nesplňují, 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 společně s 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 prozkoumal 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 společně s „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 nesvědčí 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.

Rozhodnutí předsedy Úřadu sp. zn. ÚOHS-R0094/2023/VZ, č. j. ÚOHS-34894/2023/162 ze dne 13. 9. 2023

18. Dne 13. 9. 2023 jsem vydal rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-R0094/2023/VZ, č. j. ÚOHS-34894/2023/500 (dále jen „**původní rozhodnutí o rozkladu**“) o rozkladu zadavatele, kterým jsem zrušil výroky II, III, IV a V původního prvostupňového rozhodnutí. Výrok I původního prvostupňového rozhodnutí nebyl napaden rozkladem a nabyl samostatně právní moci dne 26. 7. 2023.
19. V odůvodnění původního rozhodnutí o rozkladu jsem nejdříve odmítl námitky zadavatele proti aktivní legitimaci navrhovatele. V souhlasu s původním prvostupňovým rozhodnutím jsem pak uvedl, že namítanou technickou kvalifikací zadavatel vyloučil určité reference i přesto, že takoví dodavatelé mohou mít dle odůvodnění namítané technické kvalifikace zadavatelem požadované zkušenosti. Překážka vytvořená sporovanou technickou kvalifikací se tedy jevila jako bezdůvodná.
20. Dále jsem však uvedl, že pro konstatování nezákonnosti zadávací podmínky je nutné, aby šlo o skutečně bezdůvodnou překážku hospodářské soutěže, tedy musí být zjištěn alespoň potenciální vliv na hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku. K tomu jsem uvedl, že společnost BREMA své reference poskytovala a neomezila tak okruh dodavatelů, kteří mohli jejími referencemi prokazovat namítanou technickou kvalifikaci. Úřad pak zjistil, že na trhu existují i další dostupné reference. Bylo také nutné zasadit do kontextu, jaké společnosti se soutěže účastní a že společnost BREMA není členem ani jednoho ze sdružení, která podala nabídku. K ověření referencí Úřadem jsem uvedl, že je to primárně zadavatel, kdo se má zabývat splněním podmínek namítané technické kvalifikace konkrétní referencí. Zohlednil jsem i to, jaký objem veřejné zakázky je namítanou technickou kvalifikací zasažen. Byť tedy zadavatel dostatečně neodůvodnil svůj požadavek na dodávku výtahu přímo na dopravní stavbě, překážky hospodářské soutěže jsem shledal v tomto případě nanejvýš jako marginální.
21. Pokud by zde přesto byly pochybnosti o porušení § 36 odst. 1 zákona, odkázal jsem dále na relevantní judikaturu a rozhodovací praxi a uvedl, že v tomto případě nelze mít zrušení zadávacího řízení za adekvátní následek postupu zadavatele a následek odpovídající vlivu intenzity pochybení na výsledek zadávacího řízení.

III. Napadené rozhodnutí

22. Dne 27. 10. 2023 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0638/2022/VZ, č. j. ÚOHS-42373/2023/500 (dále jen „**napadené rozhodnutí**“). Napadeným rozhodnutím Úřad zamítl návrh navrhovatele v části, v níž napadá namítanou technickou kvalifikaci, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
23. V odůvodnění napadeného rozhodnutí se Úřad podržel svých závěrů dle původního prvostupňového rozhodnutí, pokud jde o aktivní legitimaci navrhovatele, průzkum trhu, odůvodněnost namítané technické kvalifikace a zkoumání referencí označených zadavatelem s ohledem na naplnění podmínek namítané technické kvalifikace. Úřad dále převzal závazný právní názor předsedy Úřadu, pokud jde o vliv namítané technické kvalifikace na hospodářskou soutěž. Úřad také zareagoval na vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí ze dne 6. 10. 2023.

IV. Rozklad navrhovatele

24. Dne 14. 11. 2023 Úřad obdržel rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 30. 10. 2023. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě. Doplnění rozkladu navrhovatele ze dne 23. 11. 2023 Úřad obdržel téhož dne.

Námítky rozkladu

25. Navrhovatel namítá, že svým návrhem napadal neurčitost namítané technické kvalifikace, neboť pojem „dopravní stavba“ nemá jasně definovaný obsah a ani zadavatel jej není schopen jasně definovat. Úřad však u této námítky nedospěl k žádnému závěru, k čemuž navrhovatel odkazuje na bod 169 a násl. odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad tak nerozhodl o části návrhu. Úřad se také dostatečně nevypořádal s argumentací navrhovatele obsaženou ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 6. 10. 2023 po původním rozhodnutí předsedy Úřadu.
26. Předseda Úřadu měl při formulování svého názoru přehlédnout, že se navrhovatel v bodu 83 návrhu vyjadřoval k tomu, že údajně netvrdil nemožnost získat reference prostřednictvím společnosti BREMA, že toto nebylo ve správním řízení prokázáno, že byl tento poddodavatel ochoten poskytnout kvalifikaci každému a že tehdy nemá namítaná technická kvalifikace vliv na hospodářskou soutěž, ani pokud vyžaduje zapojení konkrétního poddodavatele.
27. Rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020 není podle navrhovatele přílehlavý, respektive se týká zcela opačné situace. V odkazovaném případě sloužilo tvrzení žalobce k vyvrácení toho, že je využitelných poddodavatelů na trhu dostatek, neboť s ním vlastníci obaloven odmítají uzavřít smlouvu, protože jsou sami účastníky zadávacího řízení. V nyní posuzované věci je ale postaveno najisto, že existuje pouze jediný poddodavatel, a to z důvodu nastavení namítané technické kvalifikace a souvisejícího omezení hospodářské soutěže. Nelze tvrdit, že na hospodářskou soutěž nemá vliv to, pokud zadavatel bezdůvodně učiní dodavatele závislými na jediném poddodavateli, bez něhož nemohou nabídku podat. S touto argumentací se Úřad nevypořádal a pouze zopakoval obsah závazného názoru předsedy Úřadu bez jakékoliv snahy o polemiku s názorem navrhovatele.
28. Navrhovatel souhlasí, že zrušení zadávacího řízení může být v některých případech neadekvátní. Uvádí ale, že v případech citovaných předsedou Úřadu šlo o nezákonnost

výhrady dle § 100 odst. 2 zákona a v požadavku na předložení živnostenského oprávnění, které si každý mohl snadno a rychle opatřit a reálně nemohlo nikomu bránit v přístupu k veřejné zakázce. V aktuální věci jde ale o technický kvalifikační požadavek, který má přímý dopad na možnost podat nabídku, což je s uvedenými případy nesrovnatelné.

29. Navrhovatel namítá, že Úřad uvádí, že posouzení referencí je v kompetenci zadavatele, ale závěr o tom, zda reference daného poddodavatele ob stojí, je stěžejní pro konstatování, že existuje alespoň jeden poddodavatel, s jehož využitím lze kvalifikaci prokázat. Úřad tedy musí nejprve postavit najisto kvalifikaci poddodavatele. Závěr o tom, že se Úřad nebude referencemi společnosti BREMA zabývat, je v rozporu se zásadou materiální pravdy. Úřad je navíc oprávněn (povinen) ve správním řízení posuzovat a zkoumat vše, co je podstatné pro rozhodnutí ve věci. Fakt, že má zadavatel určitou otázku posoudit, neznamená, že by ji nebyl oprávněn posuzovat Úřad. Že jiní dodavatelé podali nabídky a předložili reference, pak nemá pro toto správní řízení žádný přímý význam a nezakládá výlukou z pravomoci Úřadu. I případný závěr zadavatele o kvalifikaci dodavatele následně podléhá přezkumu Úřadu. Je proto absurdní tvrdit, že v případě návrhu proti zadávacím podmínkám není Úřad tyto otázky oprávněn zkoumat. Úřad také nezohledňuje vlastní skutkové závěry, ke kterým ve správním řízení při rozsáhlém dokazování dospěl.
30. Pokud Úřad chtěl založit napadené rozhodnutí na kvalifikaci společnosti BREMA, měl vést k jejím referencím odpovídající dokazování. Pokud se tedy předseda Úřadu domnívá, že reference byly toliko „ověřeny“ a nebylo vedeno důsledné dokazování k jejich ověření (s čímž navrhovatel nesouhlasí), bylo povinností Úřadu dokazování v tomto směru doplnit a postavit své závěry najisto. Pokud je dopad na hospodářskou soutěž vyvratitelnou domněnkou, měl ji Úřad provedeným dokazováním aktivně vyvrátit. Úřad na jedné straně tvrdí, že navrhovatel neprokázal tvrzení o absenci kvalifikace společnosti BREMA, neboť neproběhlo ověření jejích referencí, a na druhé straně tvrdí, že těmito referencemi byla vyvrácena domněnka dopadu nezákonných zadávacích podmínek na hospodářskou soutěž. Obojí podle navrhovatele nemůže platit současně.
31. Nepodložený je závěr o tom, že společnost BREMA své reference poskytovala všem. Úřad k tomu neprovedl žádné dokazování a ani si nevyžádal stanovisko této společnosti. Byť také Úřad uvádí, že z provedeného šetření na trhu vyplývá, že existují i další dodavatelé, kteří disponují či mohou disponovat relevantní referenční zakázkou, sám dovozuje opak, když najisto postavil existenci pouze 4 relevantních referencí.

Závěr rozkladu

32. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

33. Zadavatel ve svém vyjádření uvádí, že se Úřad určitostí pojmu „dopravní stavba“ zabýval. Dále souhlasí se závěry původního rozhodnutí o rozkladu a napadeného rozhodnutí, když uvádí, že namítaná technická kvalifikace nevytvářela překážky hospodářské soutěže. Navrhovatel pak měl podle zadavatele možnost podat nabídku ve spolupráci minimálně se společností BREMA. Zadavatel souhlasí s tím, že reálné dopady namítané technické kvalifikace byly mizivé a ta tak nemůže být legitimním důvodem pro zrušení zadávacího řízení. Stejně tak

má zadavatel za správný závěr, že není v kompetenci Úřadu posuzovat, zda reference společnosti BREMA splňují namítanou technickou kvalifikaci. Zadavatel uvádí, že navrhovatel mohl prokázat, že společnost BREMA s ním odmítla spolupráci, to se ale nestalo.

34. Zadavatel proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

V. Řízení o rozkladu

35. 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.

Stanovisko předsedy Úřadu

36. 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 napadeného rozhodnutí a řízení, které vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
37. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno v jeho výroku, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení, případně změně napadeného rozhodnutí.

VI. K námítkám rozkladu

38. Úvodem vypořádání námitek navrhovatele považuji za vhodné představit dvě východiska, která je nutné mít na paměti a která se do odůvodnění tohoto rozhodnutí promítla. Prvním z nich je to, že argumentace navrhovatele je do velké míry vypořádána již samotným původním rozhodnutím o rozkladu (a v návaznosti na to i napadeným rozhodnutím), respektive že závěry tam uvedené odpovídají na značnou část aktuální rozkladové argumentace. Základem vypořádání rozkladových námitek jsou proto právě tyto závěry, které neopakují doslovně, ale pouze ve stěžejních bodech a doplňují je o reakci na další dílčí námítky navrhovatele.
39. Zadruhé je potřeba zdůraznit, že návrh směřuje proti zadávacím podmínkám, nikoliv proti výběru dodavatele případně proti vyloučení dodavatele, tedy nesměřuje proti samotnému splnění či nesplnění namítané technické kvalifikace účastníky zadávacího řízení. S tímto ohledem je nutné nahlížet na dokazování Úřadu k zadavatelem označeným referencím a na závaznost závěrů Úřadu o nich pro další průběh zadávacího řízení či jiná správní řízení, což blíže popisují v dalších bodech.
40. K samotnému vypořádání a námítce navrhovatele nejprve konstatuji, že jsem v původním rozhodnutí o rozkladu popsal, proč skutkové okolnosti hovoří o tom, že překážky hospodářské soutěže nebyly namítanou technickou kvalifikací vytvořeny a čím byla vyvrácena existence překážek hospodářské soutěže. Tyto závěry byly převzaty do napadeného rozhodnutí. Rekapituluji, že Úřad zjistil existenci referencí, kterými bylo možné namítanou technickou

kvalifikaci prokazovat, a to minimálně v počtu čtyř. Zároveň bylo zjištěno, že všichni účastníci zadávacího řízení prokazovali splnění namítané technické kvalifikace stejnými třemi referencemi. Všichni účastníci zadávacího řízení tedy měli za to, že tyto reference namítanou technickou kvalifikaci splňují. Konstatoval jsem, že nebylo v dané chvíli na Úřadu, aby o tom činil kladný či záporný závěr. Dané reference navíc byly na trhu dostupné i pro další dodavatele, o čemž svědčí právě skutečnost, že je využili všichni účastníci zadávacího řízení a navrhovatel netvrdil, že by mu společnost BREMA neumožnila využít její reference. Dále byla zohledněna hodnota plnění, ke kterému je kvalifikace prokazována, a povaha samotných účastníků zadávacího řízení ve vztahu k veřejné zakázce.

41. Za stěžejní okruh rozkladových námitek považuji právě ten směřující proti použitelným referencím, referencím společnosti BREMA a související argumentaci Úřadu v napadeném rozhodnutí. Dále proto přistoupím k jejich vypořádání a poté k vypořádání námitek ostatních.
42. Navrhovatel uvádí, že není podloženo, že společnost BREMA svoje reference poskytovala bez omezení. Na to je nutné odpovědět, že tento závěr je podložen podanými nabídkami. Nabídky přitom podala tři sdružení. V tomto kontextu navíc nelze zohlednit pouze samotná sdružení, ale i každou ze společností, které tato sdružení tvoří. Pokud by společnost BREMA nechtěla jednotlivým společnostem (členům sdružení) z jakýchkoliv důvodů reference poskytnout, dá se předpokládat, že je neposkytne ani celému sdružení. Ani to se ale zde nestalo, byť členů sdružení, které podaly nabídku, je násobně více než pouze tři. Nebylo v tomto ohledu nutné provádět další dokazování, a to například stanoviskem společnosti BREMA, jak uvádí navrhovatel. Pokud chtěl navrhovatel prokázat, že společnost BREMA kontaktoval a reference mu nebyly poskytnuty (a to ani jedna, kterou má navrhovatel za splňující namítanou technickou kvalifikaci), bylo na něm, aby takové důkazy předložil.
43. Navrhovatel ve vztahu k tomu opakovaně odkazuje na bod 83 návrhu a tvrdí, že se vyjadřoval k možnosti získat reference prostřednictvím společnosti BREMA a k dalším skutečnostem. Podstatou bodu 83 návrhu je ale to, že dle navrhovatele disponuje odpovídající referencí pouze společnost BREMA, navíc pouze jednou a žádný z dalších dodavatelů takovou referencí nebyl schopen navrhovateli poskytnout. Navrhovatel ale netvrdí ani neprokazuje, že by společnost BREMA kontaktoval za účelem zajištění byť jen jedné reference. Nemám navíc za pravděpodobné, že by společnost BREMA poskytla referenci třem sdružením a navrhovatele odmítla, případně že by navrhovatele sama informovala pouze o jedné uznatelné referenci, jestliže ostatním dodavatelům jako uznatelné poskytla reference tři. Tento odůvodněný předpoklad je nutné zasadit i do kontextu případu a veřejné zakázky, neboť členem jednoho z těchto dodavatelů (sdružení), kteří podali nabídku, je společnost náležící do stejného koncernu jako navrhovatel.
44. Nelze poté nespátřit rozpor v argumentaci navrhovatele ohledně dostupných referencí. Navrhovatel na jednu stranu v bodu 83 návrhu uvádí, že žádný z dodavatelů kromě společnosti BREMA nemá odpovídající reference, na druhou stranu opakovaně odkazuje na zjišťování Úřadu, ze kterého ale vyplynulo, že uznatelnou referencí mohou být i reference společností „Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH“, Německo, jako součásti globální reference skupiny Schindler, „TK Elevator W.L.L. Doha – Quatar“ a OTIS. Nelze se však nacházet v obou argumentačních polohách, tj. v části týkající se ověřování referencí Úřadem předkládat toto ověřování jako definitivní závěr, že reference nemohou být použity, ale na základě téhož

ověřování nereflektovat, že jiné reference Úřad hodnotil spíše jako splňující namítanou technickou kvalifikaci.

45. I pokud by ale platilo, že společnost BREMA disponuje pouze jedinou referencí splňující požadavky namítané technické kvalifikace, stále to nemění nic na tom, že navrhovatel mohl využít jejích služeb alespoň k jedné referenci, přičemž navrhovatel ani nyní není schopen doložit, že by společnost BREMA odmítla účastnit se jeho nabídky jako poddodavatel. Je lhostejné, zda by navrhovatel následně jako druhou potřebnou referenci využil dalších referencí společnosti BREMA či referenci jiných dodavatelů. Stále totiž platí, že reference na trhu dostupné jsou a minimálně společnost BREMA je pro účely zadávacího řízení na veřejnou zakázku poskytuje.
46. Bod 83 návrhu, na který navrhovatel odkazuje, proto není v rozporu s argumentací předloženou v původním rozhodnutí o rozkladu a v napadeném rozhodnutí.
47. Důležité je podle navrhovatele také právě samotné ověřování referencí Úřadem. Podle výsledků zjišťování Úřadu totiž nedisponuje žádný z držitelů referencí dvěma referencemi, na což navrhovatel poukazuje. Zde je nutné vrátit se ke dříve předloženému východisku a uvést, že Úřad nečinil závazný závěr o splnění namítané technické kvalifikace referencemi a nadto nezkoumal veškeré v úvahu připadající reference, ale pouze ty, které označil zadavatel. Opakuji proto závěry z bodu 77 odůvodnění původního rozhodnutí o rozkladu, a sice: *„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.“* Není ale důvod, proč by dodavatelé nemohli předložit reference jiné, případně i ty, u kterých Úřad se znalostmi, které v době ověřování měl, nedospěl k závěru o splnění zadávacích podmínek. K tomu odkazuji na bod 80 odůvodnění původního rozhodnutí o rozkladu, kde jsem uvedl: *„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. (...) 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.“*
48. Je tedy nutné zdůraznit, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepředložil konstatování o splnění či nesplnění namítané technické kvalifikace referencemi označenými zadavatelem. Úřad ověřoval, zda vůbec mohou takové reference existovat, a to z okruhu referencí určeného zadavatelem. Úřad neměl a v řízení o tomto typu návrhu ani nemohl mít ambici, aby pro účely posuzování kvalifikace závazně konstatoval naplnění podmínek namítané technické kvalifikace. Účelem bylo zjištění, jestli alespoň zadavatelem označená část trhu referencemi disponuje, a to s ohledem na posouzení možné nepřiměřenosti namítané technické kvalifikace. Úřad zjistil, že dané reference zcela jistě existují. Společnosti, které podaly nabídku, pak na reference společnosti BREMA nahlížejí jako na splňující namítanou technickou kvalifikaci a není v případě rozhodování o tomto návrhu navrhovatele úkolem Úřadu, aby fakticky posuzoval kvalifikaci v době, kdy je předmětem posouzení zadávací podmínka.

Řešeným problémem je to, zda měla namítaná technická kvalifikace vliv na hospodářskou soutěž, nikoliv prokázání kvalifikace jednotlivými referencemi.

49. Dodávám, že reference označené zadavatelem nejsou všemi prvky množiny v úvahu připadajících referencí. Zcela jistě mohou účastníci zadávacího řízení přijít s jinou referencí a úspěšně jí prokazovat splnění namítané technické kvalifikace. Především u zahraničních referencí pak Úřad často nedospěl k přesvědčivému závěru o uznatelnosti reference, a to ani pro účely tohoto správního řízení. To ale neznamená, že by dodavatelé nemohli předložit takové doklady o referencích, ze kterých bude splnění namítané technické kvalifikace zřejmé. Že takové doklady nepředložil zadavatel, neznamená, že jimi dodavatelé nedisponují. Stejný závěr platí i o referencích, u kterých Úřad dospěl k čistě negativnímu závěru.
50. Pokud navrhovatel uvádí, že je v tuto chvíli stěžejní identifikace alespoň jednoho poddodavatele, kterým lze kvalifikaci prokázat, odpovídám, že taková nutnost zde není. Aby bylo možné říci, že překážky hospodářské soutěže vytvořeny nebyly, musí být ze zjišťování zřejmé, že by některé z referencí namítanou technickou kvalifikaci mohly splnit, což se stalo. Důležité je ale i to, jak na reference nahlíží samotný trh, tedy společnosti mající zájem o plnění veřejné zakázky. V tomto případě mají všechny společnosti za to, že reference společnosti BREMA splňují namítanou technickou kvalifikaci, tedy zjevně nebyly omezeny v možnosti podat nabídku. Navrhovatel buď mohl využít také společnosti BREMA, případně si zajistit reference jiné, neboť podle Úřadu mohou být i jiné reference dostupné. Opakovaně ale konstatuji, že při posuzování zákonnosti zadávacích podmínek nelze kontrolovat splnění konkrétní zadávací podmínky nabídkami účastníků zadávacího řízení, neboť to není předmětem řízení.
51. Dále uvádím, že Úřad se nezabývá odpovědností za zjištění skutkového stavu v souladu se správním řádem. Pro řešenou věc ale není podstatné finální konstatování splnění podmínek namítané technické kvalifikace konkrétními referencemi. Jak již bylo uvedeno, zkoumána je zákonnost zadávací podmínky, nikoliv uznatelnost reference. V tomto ohledu pak dostačuje, že Úřad zjistil, že takové reference na trhu mohou existovat a zároveň společnosti, které nabídku podaly, vidí splnění namítané technické kvalifikace i referencemi dalšími. Proto ostatně ani nemůže platit další výhrada navrhovatele, že měl Úřad vést k referencím společnosti BREMA dokazování, aby postavil najisto, zda namítanou technickou kvalifikaci splňují.
52. Jak jsem také již uvedl, referencemi společnosti BREMA není vyvrácena domněnka dopadu na hospodářskou soutěž v tom smyslu, že by bylo konstatováno, že namítanou technickou kvalifikaci splňují. S ohledem na dosavadní závěry ani není nutné konečný závěr o nich předkládat. Úřad pak nesupluje roli zadavatele v posuzování splnění podmínek účasti účastníka zadávacího řízení. I s ohledem na reference společnosti BREMA, pomocí kterých všichni účastníci zadávacího řízení prokazují danou část kvalifikace, je však možné konstatovat, že nebyli v tomto ohledu omezeni v možnosti podat nabídku, tj. i v případě, že se namítaná technická kvalifikace jeví jako nezákonná zadávací podmínka, byli schopni nabídku sestavit a podat. Účastníci na daném trhu tak považují reference společnosti BREMA za relevantní, což je nutné vzít v potaz.
53. Jestliže navrhovatel tvrdí, že Úřad nezohledňuje vlastní skutkové závěry, dle kterých ne všechny reference společnosti BREMA obstojí, opakuji, že Úřad nečinil a ani nemohl činit

závěry o uznatelnosti referencí, protože v tomto směru reference nebyly šetřeny. Prověření referencí může dát vhodný náhled na samotnou zadávací podmínku a její možnou diskriminačnost, nemůže však být v tomto řízení definitivním a pro zadavatele následně závazným závěrem. I po napadeném rozhodnutí mohou především účastníci zadávacího řízení přijít např. s dokumenty, které podrobněji a jasněji dokládají finanční objem související s dodávkou výtahů v případě jednotlivých referencí. Je proto pouze na zadavateli, aby se v příslušné fázi zadávacího řízení s referencemi účastníků zadávacího řízení vypořádal, a teprve pokud budou proti takovému vypořádání podány námitky a návrh, bude toto břemeno ležet následně na Úřadu. Nikoliv však v tuto chvíli v řízení o tomto návrhu.

54. Nerozumím pak tomu, jak ověření zadavatelem označených referencí Úřadem a uvedení, že čtyři z nich splňují namítanou technickou kvalifikaci, vyvrací, že existují i další dodavatelé mimo společnost BREMA, kteří disponují relevantní referencí. Zaprvé je nutné v souladu s výše uvedeným zopakovat, že Úřad nepodroboval zadavatelem označené reference takovému přezkumu, jako v případě přezkumu rozhodnutí o výběru dodavatele či rozhodnutí o vyloučení, protože takové zkoumání nebylo pro účely tohoto správního řízení nutné. Zadruhé Úřad dospěl k závěru o relevantnosti referencí od čtyř různých dodavatelů (a k nemožnosti učinit závěr u několika dalších, především zahraničních referencí), což podle mého dostatečně potvrzuje, že existují různí dodavatelé, které mohl navrhovatel oslovit.
55. Uzavírám proto, že ověřování referencí Úřadem prokázalo, že na trhu existují dostupné reference, přičemž není důvodné se domnívat, že by na ně nemohl dosáhnout i navrhovatel a ten sám takovou skutečnost netvrdí. Samotná soutěž o veřejnou zakázku pak ukázala, že hospodářská soutěž nebyla omezena, a to ani pokud Úřad nezařadil v nabídkách označené reference do kategorie splňujících namítanou technickou kvalifikaci. Všichni účastníci totiž disponovali referencemi, které mohli pro účely prokazování namítané technické kvalifikace využít, a zároveň existují i reference další.
56. Jde-li o další námitky, navrhovatel odkazuje na bod 169 odůvodnění napadeného rozhodnutí, kde Úřad shrnul jeho námitku týkající se údajné neurčitosti pojmu „dopravní stavba“ použitého v namítané technické kvalifikaci, a namítá, že se Úřad touto námitkou dále nezabýval, nedospěl k žádnému závěru a nerozhodl tak o části návrhu. S tím však nelze souhlasit, a to především s ohledem na bod 174 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Tam Úřad uvedl, že *„dle jeho názoru lze důvodně předpokládat, že pojem ‚dopravní stavba‘ je v oboru stavebnictví obecně užívaný a známý, k jeho výkladu není třeba specifických odborných znalostí a jeho užití dle přesvědčení Úřadu nečiní valné většině dodavatelů žádné výrazné výkladové potíže (např. v rámci vysvětlení zadávací dokumentace nebylo požadováno o objasnění pojmu ‚dopravní stavba‘)“*. Úřad poukázal na podané nabídky a na vyjádření zadavatele, který uvedl, že v případě pochybností, zda o dopravní stavbu jde, nebude aplikovat restriktivní výklad. Úřad dále uvedl, že *„jde k tíži zadavatele, nikoliv dodavatelů, že pojem ‚dopravní stavba‘ nebyl v zadávací dokumentaci blíže specifikován, neboť důkazní břemeno v případě sporu, zda se jedná, či nejedná o dodávku výtahů na dopravní stavbu, leží na straně zadavatele, který by musel obhájit důvod případného ‚neuznání‘ předložené referenční zakázky, u níž by bylo dodavatelem tvrzeno, že byla realizována na dopravní stavbě“*.
57. Jestliže navrhovatel uvádí, že na toto Úřad nereagoval ani po jeho upozornění ve vyjádření k podkladům ze dne 6. 10. 2023, dává mu reakci právě úvodní věta bodu 174 odůvodnění

napadeného rozhodnutí, kde je řešená námitka z tohoto přípisu navrhovatele shrnuta a následně vypořádána.

58. Navrhovatel v bodu 21 rozkladu poukazuje na nepřiléhavost rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 29 Af 46/2019-56 ze dne 29. 5. 2020, přičemž dále své tvrzení rozvíjí. V následujícím bodu však míří spíše na rozsudek 62 Af 47/2011-70 ze dne 7. 3. 2013, proto danou argumentaci považují za směřující právě proti druhému uvedenému rozsudku a dále se k němu vyjadřují.
59. Odkazovaný rozsudek byl v původním rozhodnutí o rozkladu uváděn jako příklad opačné situace, kdy i pokud prokazatelně existují reference, fakticky není možné je využít, neboť existuje vazba vlastníků obaloven jako držitelů referencí na účastníky zadávacího řízení. V právě řešeném případě by se jednalo o situaci, kdy by společnost BREMA odmítla poskytnout své reference z důvodu majetkového či jiného propojení s účastníkem zadávacího řízení, pokud by jiné reference na trhu dostupné nebyly. Bylo ale zjištěno, že jiné reference na trhu dostupné jsou, a naopak správní spis neobsahuje žádný podklad k tomu, že by společnost BREMA reference odmítla poskytnout. Předložené nabídky dokládají opak.
60. V tomto směru také poukazují na to, že uváděné námitky navrhovatele jsou oslabeny tím, že jiná společnost z téhož koncernu také využila služeb společnosti BREMA. Dodávám, že navrhovateli není upíráno samostatně podat nabídku a samostatně se bránit proti úkonům zadavatele. To ale neznamená, že by mohlo být zcela přehlíženo, že ze dvou sesterských společností jedna referencí využívá a druhá tvrdí, že ne všechny reference splňují namítanou technickou kvalifikaci. Tento závěr není stěžejním, ale vhodně dokresluje, jak sesterské společnosti nedůvodně odlišně přistupují k vyhodnocení referencí společnosti BREMA.
61. Pokud navrhovatel dále namítá, že v případech předložených v původním rozhodnutí o rozkladu šlo o případy nesrovnatelné s technickým kvalifikačním požadavkem s přímým dopadem na možnost podat nabídku, a tedy není možné říci, že by bylo zrušení zadávacího řízení v tomto případě neadekvátní, vztahuje se tato námitka k samotnému náhledu na vliv namítané technické kvalifikace na hospodářskou soutěž. Navrhovatel tvrdí, že tento vliv přítomen je. V původním rozhodnutí o rozkladu, i zde, jsem ale dospěl k tomu, že tomu tak není. Pokud tomu tak podle mého názoru není, je poté již lhostejné, jakou zadávací podmínkou je řešená zadávací podmínka, tj. jestli jde o výhradu, jestli o požadavek na živnostenské oprávnění či o požadavek na technickou kvalifikaci. Konstatování adekvátnosti zrušení zadávacího řízení při nezákonnosti zadávací podmínky totiž následuje až po vyslovení její nezákonnosti. Pokud tedy bylo shledáno, že překážka hospodářské soutěže přítomna není a namítaná technická kvalifikace tedy nemá dopad na možnost podat nabídku, nemá její povaha kvalifikačního požadavku vliv na to, jestli je možné neadekvátnost zrušení zadávacího řízení vyslovit, neboť k tomu by bylo možné přistoupit až při konstatování nezákonnosti zadávací podmínky. Nezákonná je taková zadávací podmínka, která není zadavatelem dostatečně zdůvodněna (zdejší případ) a současně má vliv na hospodářskou soutěž o veřejnou zakázku (nebylo prokázáno). Nejde tudíž o nezákonnou zadávací podmínku. Zjednodušeně řečeno, neadekvátnost zrušení zadávacího řízení byla vyslovena nad rámec, protože vůbec nedošlo ke konstatování nezákonnosti zadávací podmínky.
62. K oběma rozsudkům, jejichž užití v původním rozhodnutí o rozkladu a napadeném rozhodnutí navrhovatel zpochybňuje, lze souhrnně dodat, že na nich není žádné z těchto rozhodnutí postaveno. Rozsudek týkající se obaloven asfaltových směsí je využit jako příklad situace,

kdy by se o překážku hospodářské soutěže mohlo jednat. Rozsudek týkající se adekvátnosti zrušení zadávacího řízení jako podpora toho, že ani v případě, kdy by byly překážky hospodářské soutěže shledány, není automaticky možné a vhodné vždy přistoupit ke zrušení zadávacího řízení.

63. Uzavírám, že žádná z rozkladových námitek navrhovatele nemá kvalitu změnit posouzení, které jsem předložil v původním rozhodnutí o rozkladu a Úřad je převzal v napadeném rozhodnutí. V takovém případě není důvod se odchylovat od dříve vyřčeného. Námitky navrhovatele proto odmítám.

VII. Závěr

64. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí.

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