UOHSX00JXP9Q

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE

ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0101/2024/VZ
Číslo jednací: ÚOHS-26198/2024/161 Brno 3. 7. 2024

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 5. 6. 2024 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne vybraným dodavatelem –

- **AQUASYS spol. s r.o.**, IČO 25344447, sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou, právně zastoupen na základě plné moci ze dne 4. 4. 2024 JUDr. Michalem Šilhánkem, advokátem, ev. č. ČAK 17953, společníkem LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., IČO 07013531, sídlem Tučapy 240, 683 01 Tučapy,

a o rozkladu ze dne 6. 6. 2024, který byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže doručen téhož dne zadavateli –

- **město Žďár nad Sázavou**, IČO 00295841, sídlem Žižkova 227/1, 591 01 Žďár nad Sázavou, **Krajská správa a údržba silnic Vysočiny, příspěvková organizace**, IČO 00090450, sídlem Kosovská 1122/16, 586 01 Jihlava a **Svaz vodovodů a kanalizací Žďársko**, IČO 43383513, sídlem Vodárenská 244/2, 591 01 Žďár nad Sázavou, právně zastoupeni na základě plné moci ze dne 2. 4. 2024 Urban legal, advokátní kancelář s.r.o., IČO 17983835, sídlem Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0257/2024/VZ č. j. ÚOHS-20788/2024/500 ze dne 21. 5. 2024 vydanému ve správním řízení zahájeném dne 20. 3. 2024 na návrh ze dne 19. 3. 2024 podaný navrhovatelem –

- **EUROVIA CZ a.s.**, IČO 45274924, se sídlem u Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4,

vedeném ve věci přezkoumání úkonů zadavatelů učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce Vysocké ulice, Žďár nad Sázavou**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 12. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 12. 2023 pod ev. č. Z2023-055318, ve znění pozdějších oprav,

jsem na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0257/2024/VZ č. j. ÚOHS-20788/2024/500 ze dne 21. 5. 2024 podle § 152 odst. 6 písm. a) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) téhož zákona

ruším

a věc

vracím

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

ODŮVODNĚNÍ

I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen **„Úřad“**), jako orgán příslušný podle ustanovení § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen **„zákon“**) k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem a zadávacími podmínkami pro zadání podlimitní a nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle ustanovení § 178 zákona, a pro zvláštní postupy podle části šesté, obdržel dne 20. 3. 2023 návrh navrhovatele – EUROVIA CZ a.s., IČO 45274924, sídlem u Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4 (dále jen **„navrhovatel“**) ze dne 19. 3. 2024 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatelů – město Žďár nad Sázavou, IČO 00295841, sídlem Žižkova 227/1, 591 01 Žďár nad Sázavou, Krajská správa a údržba silnic Vysočiny, příspěvková organizace, IČO 00090450, sídlem Kosovská 1122/16, 586 01 Jihlava a Svaz vodovodů a kanalizací Žďársko, IČO 43383513, sídlem Vodárenská 244/2, 591 01 Žďár nad Sázavou, právně zastoupeni na základě plné moci ze dne 2. 4. 2024 Urban legal, advokátní kancelář s.r.o., IČO 17983835, sídlem Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno (dále jen **„zadavatel“**) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „Rekonstrukce Vysocké ulice, Žďár nad Sázavou“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 1. 12. 2023 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 1. 12. 2023 pod ev. č. Z2023-055318, ve znění pozdějších oprav (dále jen **„veřejná zakázka“**).

2. V podaném návrhu především navrhovatel namítal nesplnění podmínek technické kvalifikace vybraným dodavatelem – společností **AQUASYS spol. s r.o.**, IČO 25344447, sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou, právně zastoupen na základě plné moci ze dne 4. 4. 2024 JUDr. Michalem Šilhánkem, advokátem, ev. č. ČAK 17953, společníkem LAWYA, advokátní kancelář s.r.o., IČO 07013531, sídlem Tučapy 240, 683 01 Tučapy (dále také jen „**vybraný dodavatel**“). V rámci kritéria technické kvalifikace uvedeného v bodě 5.2 a 5.3 písm. a)

zadávacích podmínek měl vybraný dodavatel předložit seznam 5 významných stavebních prací, kdy alespoň dvě významné stavební práce spočívají ve výstavbě a/nebo rekonstrukci silnice I.-III. třídy nebo ve výstavbě a/nebo rekonstrukci chodníků, a to v hodnotě minimálně 15 000 000 Kč bez DPH za každou tuto významnou stavební práci. Vybraný dodavatel předložil mj. významnou stavební práci s názvem „II/353 Nové Veselí – obchvat“ (dále také jen „**referenční zakázka**“), jejímž předmětem bylo provedení zemních prací (odkopávek a násypů), krajnic, odvodnění a vegetačních úprav. Navrhovatel je přesvědčen, že uvedená referenční zakázka předložená vybraným dodavatelem nesplňuje požadavek na významnou stavební práci spočívající ve výstavbě silnice. Důvodem je dle navrhovatele skutečnost, že výstavba silnice zahrnuje podstatně širší okruh stavebních prací, nežli jsou stavební práce tvořící předmět referenční zakázky. Referenční zakázka tvoří dle navrhovatele pouze část celé výstavby silnice, tudíž touto prací nelze splnit požadavek zadavatele na zkušenost s výstavbou silnice.

3. Navrhovatel se dále vymezuje proti tomu, jak byla zadavatelem hodnocena nabídka vybraného dodavatele. V rámci kritéria hodnocení „Zkušenosti stavbyvedoucího 1“ byl hodnocen počet referenčních stavebních prací osoby stavbyvedoucího 1, uvedených v seznamu členů realizačního týmu, spočívajících ve výstavbě a/nebo rekonstrukci silnice I.-III. třídy nebo ve výstavbě a/nebo rekonstrukci chodníků, a to v hodnotě minimálně 15 000 000 Kč bez DPH za každou tuto referenční stavební práci, přičemž dodavatel mohl obdržet 1 bod za každou referenční práci osoby stavbyvedoucího 1, splňující stanovené požadavky, nanejvýše pak 5 bodů. Navrhovatel namítá, že zadavatel neměl v hodnocení vybraného dodavatele udělit body za stavby „II/353 Nové Veselí – obchvat“ a „I/19 Žďár nad Sázavou – Mělkovice přeložka“, když se (v souladu s argumentací, kterou navrhovatel vznesl ohledně prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem) nejednalo o výstavbu silnice, nýbrž toliko o dílčí stavební práce na takové stavbě. Vůči hodnocení nabídky vybraného dodavatele se navrhovatel dále vymezuje v souvislosti s kritériem hodnocení „Ekologická šetrnost“. V rámci tohoto kritéria byl hodnocen počet dodavatelem v nabídce předložených certifikátů ekologické šetrnosti materiálů, které použije k plnění veřejné zakázky, přičemž dodavatel mohl obdržet 1 bod za každý předložený certifikát ekologické šetrnosti splňující stanovené požadavky, nanejvýše pak 5 bodů. Vybraný dodavatel předložil 6 certifikátů ekologické šetrnosti materiálů, které použije k plnění veřejné zakázky, a to mj.: Enviromentální prohlášení o produktu, číslo ověření: 3013EPD-22-0129 a Enviromentální prohlášení o produktu, číslo ověření: 3013EPD-22-0127. Dle navrhovatele však tyto certifikáty nesplňují požadavek, aby se vztahovaly k materiálům, které dodavatel použije k plnění veřejné zakázky. Při neudělení navrhovatelem zpochybněných bodů v rámci hodnocení nabídky vybraného dodavatele by pak nabídka vybraného dodavatele nebyla hodnocena jako nejvýhodnější.

4. Dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jako „**správní řád**“), došlo dne 20. 3. 2024, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele, k zahájení správního řízení ve věci přezkumu úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky.

II. Napadené rozhodnutí

5. Dne 21. 5. 2024 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0257/2024/VZ č. j. ÚOHS-20788/2024/500 (dále jako „**napadené rozhodnutí**“). Výrokem I napadeného rozhodnutí Úřad

konstatoval, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nepostupoval v souladu s § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona, když nevyloučil z účasti v zadávacím řízení vybraného dodavatele, ačkoliv jím předložená nabídka nesplnila podmínku technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona, vymezenou v zadávací dokumentaci. Výrokem II napadeného rozhodnutí Úřad uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonu zadavatele – oznámení o výběru dodavatele ze dne 20. 2. 2024. Výrokem III napadeného rozhodnutí uložil Úřad zadavateli zákaz uzavřít do pravomocného skončení správního řízení smlouvu na veřejnou zakázku. Výrokem IV napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč.

6. Napadené rozhodnutí pak Úřad odůvodnil následovně. Ohledně výroku I napadeného rozhodnutí Úřad především přistoupil k výkladu podmínky technické kvalifikace uvedené v bodě 5.3 písm. a) zadávacích podmínek, dle které má dodavatel prokázat splnění technické kvalifikace předložením alespoň dvou významných stavebních prací spočívajících ve výstavbě a/nebo rekonstrukci silnice I.-III. třídy nebo ve výstavbě a/nebo rekonstrukci chodníků, a to v hodnotě minimálně 15 000 000 Kč bez DPH za každou tuto významnou stavební práci. Tuto podmínky Úřad vyložil tak, že pokud se týká výstavby silnice, pak se má jednat o stavební práci spočívající „v komplexní“ realizaci její výstavby. V případě referenční zakázky pak došlo k výstavbě silnice II. třídy, která ovšem nebyla vybraným dodavatelem realizována jako komplexní výstavba silnice, ale ze strany vybraného dodavatele byly realizovány pouze její dílčí části v podobě zemních prací. Referenční zakázka tak nebyla způsobilá k prokázání podmínky technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona a byl dán důvod pro vyloučení vybraného dodavatele ze zadávacího řízení dle § 48 odst. 2 písm. a) zákona ve spojení s § 48 odst. 8 zákona, což zadavatel neučinil. Zadavatel tak postupoval v rozporu se zákonem, přičemž jeho postup byl způsobilý ovlivnit výběr dodavatele, když v případě postupu v souladu se zákonem (tj. vyloučení vybraného dodavatele z účasti v zadávacím řízení) mohl být za účelem plnění veřejné zakázky vybrán jiný dodavatel. Byl tak dán důvod pro uložení nápravného opatření podle § 263 odst. 2 zákona v podobě zrušení úkonu zadavatele – oznámení o výběru dodavatele, což Úřad učinil výrokem II. napadeného rozhodnutí. Posouzení dalších navrhovatelem vznesených námitek pak Úřad vyhodnotil jako neúčelné a nadbytečné. I kdyby na základě těchto námitek Úřad dospěl k závěru, že je důvodné uložení nápravného opatření, nic by to nezměnilo na tom, že takový důvod je již dán.

7. Výroky III. a IV. napadeného rozhodnutí pak Úřad reflektoval ustanovení § 263 odst. 8 a § 266 odst. 1 zákona, když vzhledem k uložení nápravného opatření je uložení zákazu uzavření smlouvy na veřejnou zakázku do pravomocného skončení správního řízení a uložení povinnosti uhradit náklady řízení obligatorním postupem.

III. Rozklad vybraného dodavatele

8. Dne 5. 6. 2024 obdržel Úřad rozklad vybraného dodavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému dodavateli doručeno dne 22. 5. 2024. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

9. Vybraný dodavatel považuje napadené rozhodnutí za věcně nesprávné. Konkrétně navrhovatel namítá nemístně restriktivní výklad podmínky technické kvalifikace Úřadem.

Podle vybraného dodavatele Úřad nepřihlédnul k obecnému znění podmínky technické kvalifikace, když pod termín „stavební práce spočívající ve výstavbě“ nemá být možné podřadit pouze kompletní výstavbu silnice, ale i dílčí práce v rámci této výstavby. Úřad je přitom ohledně výkladu podmínky technické kvalifikace v rozporu se samotným zadavatelem, který ji stanovil. Pokud jsou ve formulaci podmínky technické kvalifikace nějaké nejasnosti, pak tyto nemají být v souladu § 36 odst. 3 zákona vykládány v neprospěch dodavatele. Úřadem zastávaný výklad je dle vybraného dodavatele zároveň výkladem v neprospěch hospodářské soutěže, když zužuje okruh možných dodavatelů. Podle vybraného dodavatele bylo ovšem namístě volit takový výklad, který bude ve prospěch hospodářské soutěže, tedy výklad širší.

10. Úřad podle vybraného dodavatele při výkladu podmínky technické kvalifikace rovněž opominul, že zadavatel umožnil její alternativní splnění buďto stavebními pracemi spočívajícími ve výstavbě a/nebo rekonstrukci silnice, nebo ve výstavbě a/nebo rekonstrukci chodníku. V logice výkladu Úřadu tak bude kvalifikovaným dodavatel, které realizoval technicky relativně nenáročnou rekonstrukci chodníku, ale nekvalifikovaným bude dodavatel, který realizoval podstatně technicky náročnější práce při výstavbě silnice.

11. Úřad podle vybraného dodavatele rovněž opomenul při hodnocení toho, zda je referenční zakázka způsobilá k prokázání kompetence vybraného dodavatele realizovat předmět veřejné zakázky, objem, respektive hodnotu prací, které byly v rámci referenční zakázky realizovány, když cena významné stavební práce poskytované vybraným dodavatelem činí 121 852 421 Kč bez DPH, zatímco zadavatelem požadovaná minimální finanční hodnota byla stanovena na 15 000 000 Kč bez DPH. Práce, které byly v rámci referenční zakázky realizovány (zemní práce, provedení nestmelených konstrukčních vrstev vozovek, krajnic a odvodnění), zároveň vybraný dodavatel považuje pro samotnou výstavbu silnice za zásadní.

12. Vybraný dodavatel je tak přesvědčen, že referenční zakázka splňuje kritérium technické kvalifikace tak, jak bylo stanoveno zadavatelem v zadávací dokumentaci a zadavatel tudíž nijak nepochybil, když dospěl k závěru, že vybraný dodavatel podmínku technické kvalifikace splňuje.

Závěr rozkladu

13. V závěru podaného rozkladu vybraný dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení.

IV. Rozklad zadavatele

14. Dne 6. 6. 2024 obdržel Úřad rozklad zadavatele proti napadenému rozhodnutí. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 22. 5. 2024. Rozklad tak byl podán v zákonné lhůtě.

Námitky rozkladu

15. Zadavatel se v podaném rozkladu vymezuje proti tomu, jakým způsobem Úřad v napadeném rozhodnutí interpretoval podmínku technické kvalifikace. Výklad Úřadu zadavatel považuje za přepjatě formalistický a vycházející pouze z gramatického výkladu podmínky technické kvalifikace, aniž by přihlédl k jejím ostatním souvislostem a ty vykládal za pomocí výkladu logického, účelového či systematického, jak měl učinit i na základě vlastní rozhodovací praxe.

16. Samotný Úřadem předestřený jazykový výklad podmínky technické kvalifikace považuje zadavatel za nesprávný, když Úřad pojem „výstavby“ zúžil pouze na komplexní realizaci stavby a odmítá, že by po něj mělo být možné podřadit i provedení dílčích činností. Podle zadavatele představuje pojem „výstavba“ spíše postupný proces budování či stavění, tudíž lze pod něj podřadit i jednotlivé dílčí činnosti.

17. Zadavatel dále namítá, že Úřad v posouzení kritéria technické kvalifikace opomíjí, že předmětem veřejné zakázky je rekonstrukce, pro kterou tudíž není nutná zkušenost dodavatele s komplexní výstavbou. Tomu odpovídá i alternativní možnost prokázání technické kvalifikace. Zároveň má Úřad ignorovat stanovenou minimální hodnotu významné stavební práce, když má být zjevné, že ta (15 000 000 Kč) nemůže odpovídat komplexní výstavbě silnice. Zadavatel poukazuje na to, že je to právě on sám, kdo je v nejlepší pozici pro posouzení relevance referenční zakázky ve vztahu předmětu veřejné zakázky. Při posouzení referenční zakázky pak zadavatel aplikoval takový výklad, který je co nejméně omezující vůči hospodářské soutěži a zároveň reflektuje zájem zadavatele na plnění veřejné zakázky dostatečně schopným dodavatelem. Zadavatel dále namítá, že trváním na prokázání technické kvalifikace prostřednictvím významné stavby spočívající v komplexní výstavbě Úřad opomíjí realitu relevantního trhu, když vylučuje ty dodavatele, kteří referenci získali jako poddodavatelé, a nikoliv komplexní realizací veřejné zakázky. Zároveň má být výklad Úřadu v rozporu se zásadou vyplývající z vlastní rozhodovací praxe Úřadu, že v případě nejasností má být kritérium technické kvalifikace vykládáno ve prospěch hospodářské soutěže.

18. Zadavatel je rovněž toho názoru, že se Úřad měl v napadeném rozhodnutí vypořádat i s námitkami směřujícími proti hodnocení nabídky vybraného dodavatele, když předvídá nutnost jejich budoucího posouzení. To, že Úřad ponechává prostor pro budoucí přezkum těchto námitek, je podle zadavatele v rozporu se zásadou procesní ekonomie.

Závěr rozkladu

19. V závěru podaného rozkladu zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, případně aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh zamítá.

V. Řízení o rozkladech

20. Úřad po doručení rozkladů neshledal důvody pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí podle § 87 správního řádu, a proto podle § 88 odst. 1 téhož zákona předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladech.

21. Rozklad vybraného dodavatele je veden pod sp. zn. ÚOHS-R0101/2024/VZ a rozklad zadavatele pod sp. zn. ÚOHS-R0103/2024/VZ. Vzhledem ke skutečnosti, že oba rozklady směřují proti témuž napadenému rozhodnutí, načež je o obou rozhodnuto v rámci jednoho rozhodnutí předsedy Úřadu, byly oba rozklady projednány pod stejnou spisovou značkou, jmenovitě pod sp. zn. ÚOHS-R0101/2024/VZ. Nejedná se o spojení dříve samostatných věcí do společného řízení ve smyslu § 140 správního řádu, pročež byl tento úkon jen poznamenán do spisu.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu vybraného dodavatele

22. Navrhovatel se k rozkladu vybraného dodavatele vyjádřil podáním doručeným Úřadu dne 14. 6. 2024. Ve svém vyjádření se navrhovatel ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí, které považuje za zcela správné, intuitivní, logické a řádně odůvodněné. Navrhovatel tak navrhuje, aby předseda Úřadu podaný rozklad zamítnul a napadené rozhodnutí potvrdil.

Vyjádření vybraného dodavatele k rozkladu zadavatele

23. Vybraný dodavatel se k rozkladu zadavatele vyjádřil podáním doručeným Úřadu dne 14. 6. 2024. Vybraný dodavatel ve svém vyjádření uvádí, že se zcela ztotožňuje s námitkami, které zadavatel uvedl v podaném rozkladu. Vybraný dodavatel zároveň poukazuje na aplikaci jazykového výkladu Úřadem v napadeném rozhodnutí, kdy má být při výkladu užitých termínů preferován výklad širší a obecnější. Argumentaci navrhovatele vybraný dodavatel považuje za účelovou a v rozporu s argumentací, jakou sám navrhovatel v minulosti v Úřadem vedeném správním řízení vznesl.

24. Závěrem svého vyjádření vybraný dodavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

Vyjádření zadavatele k rozkladu vybraného dodavatele

25. Zadavatel se k rozkladu vybraného dodavatele vyjádřil podáním doručeným Úřadu dne 14. 6. 2024. Ve svém vyjádření zadavatel uvedl, že se ztotožňuje s argumentací vybraného dodavatele a odkázal na vlastní rozklad. V závěru svého vyjádření zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k dalšímu řízení, případně aby napadené rozhodnutí změnil tak, že se návrh zamítá.

Stanovisko předsedy Úřadu

26. Po projednání rozkladů a veškerého 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 jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladech a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

27. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl v rozporu se zákonem, neboť nelze považovat za důvodný závěr Úřadu, že vybraný dodavatel nesplnil podmínku technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona vymezenou v zadávací dokumentaci, a tudíž ani není pochybením zadavatele, pokud z tohoto důvodu vybraného dodavatele nevyloučil z účasti v zadávacím řízení. Z tohoto důvodu je nezbytné napadené rozhodnutí zrušit a věc vrátit Úřadu k novému projednání. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí o rozkladu jsou uvedeny podrobné důvody, které vedly k tomuto závěru.

VI. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí

28. Klíčovou otázku v řešené věci představuje splnění podmínky technické kvalifikace vybraným dodavatelem, tedy to, zda vybraným dodavatelem předložená referenční zakázka splňuje nároky, které na ni klade kritérium technické kvalifikace stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci.

29. Za účelem prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona stanovil zadavatel v bodě 5.2. zadávací dokumentace požadavek na předložení seznamu významných stavebních prací, které v bodě 5.3. zadávací dokumentace blíže vymezil jako nejméně 5 významných stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, mezi nimi:

    a) alespoň dvě významné stavební práce spočívající ve výstavbě a/nebo rekonstrukci silnice I.-III. třídy nebo ve výstavbě a/nebo rekonstrukci chodníků, a to v hodnotě minimálně 15 000 000 Kč bez DPH za každou tuto významnou stavební práci,

    b) alespoň dvě významné stavební práce spočívající ve výstavbě a/nebo rekonstrukci kanalizace, a to v hodnotě minimálně 10 000 000 Kč bez DPH za každou tuto významnou stavební práci,

    c) alespoň jednu významnou stavební práci spočívající ve výstavbě a/nebo rekonstrukci silničního mostu, a to v hodnotě minimálně 3 000 000 Kč bez DPH.

30. K prokázání technické kvalifikace podle bodu 5.3. písm. a) zadávací dokumentace pak vybraný dodavatel mj. předložil významnou stavbu „II/353 Nové Veselí – obchvat“. Předmětem této stavby byla výstavba silnice, přičemž při této výstavbě vybraný dodavatel realizoval následující práce – skrývka a odvoz 37 711 m^3 ornice, odtěžení, odvoz a uložení 129 511 m^3 zeminy, úprava pláně na ploše 63 720 m^2, uložení 108 939 m^3 zeminy do násypů, z toho 62 286 m^3 v aktivní zóně a 80 099 m^3 zeminy zlepšené vápnem, kácení 396 kusů stromů, založení 106 949 m^2 trávníků hydroosevem. Hodnota této referenční zakázky činila 121 852 421 Kč. Spornou otázkou pak je, zda lze tuto referenční zakázku považovat za „za významnou stavební práci spočívající ve výstavbě silnice“, jakou za účelem prokázání technické kvalifikace požaduje zadavatel, který ji jako takovou akceptoval.

31. Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že referenční zakázka kritérium stanovené v zadávací dokumentaci nesplňuje. Pokud má být technická kvalifikace prokazována prostřednictvím významné stavby spočívající ve výstavbě silnice (jak je tomu u referenční zakázky), pak se má podle Úřadu jednat o komplexní realizaci výstavby silnice, a nikoliv pouze o realizaci dílčích prací v jejím rámci. Výklad podmínky technické kvalifikace, který by připouštěl její prokázání prostřednictvím realizace dílčích prací při výstavbě silnice, přitom Úřad nepovažuje vzhledem k formulaci a účelu kritéria technické kvalifikace za přípustný. Zde je namístě předestřít, že předseda Úřadu se s tímto závěrem Úřadu neztotožnil a považuje jej za nemístně restriktivní.

32. Primárním východiskem závěrů Úřadu je jazykový výklad podmínky technické kvalifikace. Jakkoliv užití jazykového výkladu představuje legitimní a často vhodnou až nezbytnou metodu, jak k intepretaci zadávacích podmínek přistupovat, lze v kontextu řešené věci souhlasit s námitkami podaných rozkladů, že redukce výkladu kritéria technické kvalifikace na především jazykový výklad bez přihlédnutí k určitému širšímu kontextu tohoto kritéria (zejména pak ke předmětu veřejné zakázky, k jehož realizaci má být kompetence dodavatele prokázána) není namístě. Jazykový výklad je sice prvním a základním výkladem určité zadávací podmínky, nemůže ale odhlížet od dalších aspektů konkrétní veřejné zakázky. Při výkladu zadávací podmínky je tak třeba pohlížet zejména na její účel a postavení v kontextu zadávacích podmínek jako celku, výklad zadávací podmínky pak má být racionální, nikoliv sklouzávat k složitým jazykovým rozborům. Zde lze poukázat na východiska výkladu zadávacích podmínek tak, jak byla formulována v rozhodovací praxi Úřadu. V rozhodnutí ze dne 25. 4. 2023,

sp. zn. ÚOHS-S0097/2023/VZ, č.j. ÚOHS- 15629/2023/500 Úřad uvedl, že: *„..samostatné ustanovení zadávací dokumentace se má vykládat nejenom gramaticky, ale i systematicky a logicky a také s ohledem na účel a předmět veřejné zakázky, na praxi obvyklou při zadávání podobných veřejných zakázek, a to vše ve vzájemné souvislosti.“* V rozhodnutí ze dne 27. 11. 2023, sp. zn. ÚOHS-S0601/2023/VZ, č. j. 47228/2023/500 pak Úřad uvedl: *„Při výkladu zadávacích podmínek je třeba vycházet jak z jejich jazykového znění, tak z jejich logického a systematického výkladu v kontextu všech zadávacích podmínek, přičemž přihlédnout je nutno i k tomu, co chtěl zadavatel stanovením předmětných zadávacích podmínek vyjádřit a jaký význam tomuto jednání mohli přikládat dodavatelé jakožto adresáti předmětných požadavků. Současně je potřeba přistupovat k zadávacím podmínkám a jejich znění s určitou mírou racionality a s touto racionalitou je i vykládat. V pochybnostech je pak třeba zadávací podmínky vykládat k tíži zadavatele, potažmo ve prospěch hospodářské soutěže, v uvedeném kontextu ve prospěch dodavatelů.“* K otázce přístupu k výkladu kvalifikačního kritéria lze odkázat např. i na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 20. 10. 2022, č. j. 4 As 165/2022-29, ve kterém Nejvyšší správní soud uvedl: *„…při výkladu kvalifikačních kritérií je potřeba zpravidla zvolit takový výklad, který poskytne možnost účastnit se zadávacího řízení co nejširšímu okruhu uchazečů při respektování oprávněného zájmu zadavatele na zajištění plnění veřejné zakázky k tomu přiměřeně schopným dodavatelem. V opačném případě by došlo k neopodstatněnému omezení hospodářské soutěže*.“

33. Z citované judikatury a rozhodovací praxe Úřadu tak vyplývá, že při výkladu kritéria technické kvalifikace je namístě volit výklad spíše extenzivní než restriktivní. Takový přístup reflektuje i jednu z vůdčích zásad právní úpravy zadávání veřejných zakázek, tedy snahu o co možná nejméně intenzivní omezení hospodářské soutěže, tedy o co nejmenší zúžení okruhu dodavatelů, kteří se o veřejnou zakázku mohou ucházet. Tento závěr samozřejmě není absolutní a extenzivní přístup k výkladu zadávacích podmínek musí být vždy uplatněn v mezích zákona, zejména s ohledem na zásady zadávání veřejných zakázek a rovněž s ohledem na konkrétní předmět veřejné zakázky.

34. Zadavatel v bodě 5.3. písm. a) zadávací dokumentace stanovil požadavek na předložení významné stavby. Co do požadavku na tuto stavbu zadavatel stanovil alternativně celkem 4 možnosti, o jakou stavbu se může jednat – výstavbu či rekonstrukci silnice I.-III. třídy nebo výstavbu či rekonstrukci blíže nespecifikovaného chodníku. Obecně (jakkoliv tento závěr nelze zcela zobecnit) lze přijmout premisu, že práce na chodníku budou zpravidla méně náročné než práce na silnici a rekonstrukce bude zpravidla méně náročná než výstavba. Z kritéria technické kvalifikace tak lze dovodit, že zadavatel byl za účelem jejího prokázání ochoten akceptovat práce s mimořádně širokou škálou faktické náročnosti jejich realizace, rekonstrukcí chodníku počínaje a výstavbou silnice konče.

35. Pokud Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k závěru, že pokud je za účelem prokázání technické kvalifikace předložena významná stavba spočívající ve výstavbě (v řešené věci konkrétně ve výstavbě silnice), pak se musí jednat o komplexní výstavbu, pak na dodavatele, který takovou významnou stavbu předložil, klade za účelem prokázání technické kvalifikace fakticky co možná nejnáročnější požadavek, jaký kritérium technické kvalifikace připouští. Z kritéria technické kvalifikace přitom vyplývá, že stejně kvalifikovaným jako dodavatel, který realizoval komplexní výstavbu silnice, bude i takový dodavatel, který realizoval např. zpravidla méně náročnější rekonstrukci chodníku. Úřadem zastávaný výklad kritéria

technické kvalifikace tak může vést k nedůvodným (a potencionálně diskriminačním) rozdílům v přístupu k jednotlivým dodavatelům, který bude v důsledku popírat účel tohoto kritéria (tedy prokázání kompetence dodavatele k realizaci předmětu veřejné zakázky).

36. Možnost alternativního prokázání technické kvalifikace významnou stavbou spočívající buďto ve výstavbě či rekonstrukci silnice nebo chodníku zjevně poukazuje na mezeru v Úřadem zvoleném výkladu podmínky technické kvalifikace. Zatímco v případě stavebních prací výstavby lze závěry Úřadu pro posouzení splnění technické kvalifikace aplikovat v zásadě jednoznačně jako objektivně zodpověditelnou otázku, zda se jednalo či nejednalo o komplexní výstavbu, pak takový výklad naráží na své meze v případě, kdy má být splnění technické kvalifikace prokazováno prostřednictvím významné stavby spočívající v rekonstrukci. Zatímco realizaci výstavby lze kvalifikovat pomocí jasných kategorií, kdy dochází k výstavbě silnice či chodníku, které doposud neexistovaly, pak v případě rekonstrukce bude charakter a objem činností, které jsou v jejím rámci realizovány, vždy odvislý od stavu, v jakém se nachází její předmět. Opět tak může dojít k situaci, kdy za kvalifikovaného bude považován dodavatel, který realizoval relativně „nenáročnou“ rekonstrukci, ale kvalifikovaným nebude dodavatel, který realizoval při výstavbě činnosti, které mohou být podstatně rozsáhlejší a náročnější, když tyto nepředstavovaly komplexní výstavbu.

37. Z této perspektivy se jako ne zcela přiléhavá jeví i argumentace Úřadu, který posuzuje charakter konkrétních činností realizovaných v rámci referenční zakázky vybraným dodavatelem (viz bod 183 napadeného rozhodnutí). Úřad poukazuje na to, že vybraný dodavatel realizoval především zemní práce, které představují neopomenutelný základ výstavby silnice, ale nejednalo se o výstavbu silnice jako takovou, když tu by představovaly např. práce na konstrukci vozovky. Zároveň ovšem Úřad zastává názor, že požadavek na technickou kvalifikaci směřoval na realizaci celé výstavby. Z perspektivy takové logiky by ovšem bylo nutné považovat za nekvalifikovaného i takového dodavatele, který realizoval např. právě konstrukci vozovky, ale nerealizoval by zemní práce představující její nezbytný podklad. Na tomto příkladu lze ilustrovat, že Úřadem zastávaný výklad je nemístně restriktivní a fakticky může vést až k popření účelu požadavku na prokázání technické kvalifikace, tedy prokázání kompetence dodavatele realizovat předmět veřejné zakázky v rozsahu, jak jej stanovil v tomto případě zadavatel.

38. V obecné rovině lze s Úřadem souhlasit v tom, že příliš extenzivní přístup ve vztahu k pracím, které jsou předmětem významné stavby prokazující technickou kvalifikaci, může vést až k vyprázdnění tohoto požadavku, když by kvalifikace byla prokazována prostřednictvím prací, které nemají výpovědní hodnotu o schopnosti dodavatele realizovat předmět veřejné zakázky. Nicméně v případě řešené věci zadavatel pro účel prokázání technické kvalifikace vymezil relativně široký okruh prací, které je ochoten akceptovat. Zároveň lze přihlédnout k tomu, že vybraným dodavatelem realizované práce představovaly v rámci celku referenční zakázky (tj. výstavby silnice) cca 40 % její hodnoty, tedy nikoliv nepodstatnou část (na což zadavatel poukázal ve svém vyjádření k návrhu ze dne 2. 4. 2024). Dále je třeba přihlédnout k tomu, že požadavek na prokázání technické kvalifikace podle bodu 5.3. písm. a) zadávací dokumentace nebyl zadavatelem stanoven zcela izolovaně, ale jako součást seznamu významných stavebních prací. Zadavatel požadavek na prokázání technické kvalifikace stanovil kumulativně (což reflektuje předmět veřejné zakázky), když kromě předložení významné stavby spočívající ve výstavbě či rekonstrukci silnice či chodníku požadoval rovněž předložení

významných staveb spočívajících ve výstavbě či rekonstrukci kanalizace a silničního mostu, přičemž není sporné, že tato další kritéria technické kvalifikace byla vybraným dodavatelem splněna. To vede k závěru, že vybraným dodavatelem nemůže být ten, kdo nemá komplexní zkušenost nebo si nezajistí zkušeného partnera pro plnění veřejné zakázky. V neposlední řadě je to pak především sám zadavatel, kdo má zájem na tom, aby byl předmět veřejné zakázky realizován dodavatelem k tomu kompetentním. Jakkoliv nelze tvrzení zadavatele akceptovat bez dalšího, je namístě přinejmenším přihlédnout k tomu, jak on sám interpretuje zadávací podmínky, které stanovil, a to zejména v situaci, kdy zadavatelem zastávaný výklad směřuje k rozšíření okruhu možných dodavatelů, a tedy vyšší míře hospodářské soutěže.

39. V závěrech Úřadu pak do značné míry absentuje posouzení kritéria technické kvalifikace s ohledem na předmět veřejné zakázky a kontext zadávání obdobných veřejných zakázek a okruhu možných dodavatelů způsobilých k jejich realizaci. Zde je namístě především vzít v úvahu to, do jaké míry je Úřadem zastávaný výklad způsobilý zúžit okruh možných dodavatelů, a tedy omezit hospodářskou soutěž. Na trhu s dopravními stavbami je vcelku běžnou praxí, že jejich dílčí části jsou realizovány prostřednictvím poddodavatelů (jako tomu bylo v případě vybraného dodavatele a referenční zakázky). Úřadem zastávaný výklad ovšem možnosti ucházet se o veřejnou zakázku zbavuje ty dodavatele, kteří by se na výstavbě silnice (či chodníku) podíleli právě jako poddodavatelé, když tito z podstaty věci nemohli realizovat kompletní výstavbu, jakkoliv mohli fakticky disponovat zkušeností představující relevantní kvalifikaci pro realizaci předmětu veřejné zakázky (viz body 35 až 37 tohoto rozhodnutí).

40. Dalším faktorem, ke kterému je namístě při hodnocení kritéria technické kvalifikace přihlédnout, je jeho celková formulace. V bodě 5. 3. písm. a) zadavatel stanovil jednak požadavek na předložení významné stavební práce a zároveň stanovil její minimální hodnotu ve výši 15 000 000 Kč. Zde předseda Úřadu považuje za značně relevantní námitku vznesenou v podaném rozkladu zadavatelem, který poukazuje na to, že v případě stavební práce v podobě kompletní výstavby silnice I.-III. třídy je uvedená hodnota nereálná, když je hodnota takovýchto staveb standardně podstatně vyšší. Relativně nízká hodnota požadované významné stavební práce tak představuje vodítko při výkladu toho, co má, respektive může být jejím předmětem, přičemž nijak nenapovídá tomu, že by se mělo jednat o kompletní výstavbu.

41. Na základě výše uvedeného lze shrnout, že Úřad v napadeném rozhodnutí dospěl k takovému výkladu podmínky technické kvalifikace, který je nepřiměřeně restriktivní, když může vést k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže. Úřadem zastávaný výklad zároveň nevede k naplnění účelu kritéria technické kvalifikace.

42. Předseda Úřadu zároveň považuje východiska, ze kterých Úřad při výkladu kritéria technické kvalifikace vycházel, za příliš zúžená. V situaci, kdy zadavatel fakticky stanovil alternativní možnosti prokázaní technické kvalifikace, pod které spadá značně široký okruh možných prací, Úřad ve vztahu ke splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem neposuzoval kritérium technické kvalifikace v celém jeho rozsahu, ale soustředil se pouze na jedno dílčí kritérium (jakkoliv toto korespondovalo s předmětem referenční zakázky vybraného dodavatele), ze kterého pro vybraného dodavatele fakticky dovodil nejvyšší možné nároky pro jeho splnění. Takový postup ovšem nemůže obstát ve světle východisek pro hodnocení kvalifikačních kritérií, jaká vyplývají z rozhodovací praxe Úřadu a judikatury správních soudů (viz body 32 a 33 tohoto rozhodnutí).

43. Zároveň nelze souhlasit se závěry Úřadu, že pokud zadavatel chtěl pro účely prokázání technické kvalifikace připustit i pouhou realizaci dílčích prací v rámci výstavby, a nikoliv kompletní výstavbu, pak to měl uvést v zadávací dokumentaci. Nepřesnost, respektive přílišná obecnost ve stanovení zadávacích podmínek by při takovém výkladu šla k tíži dodavatelů a vedla by k omezení hospodářské soutěže. Takový postup by byl v rozporu se § 36 odst. 3 zákona, dle kterého je to zadavatel, kdo nese odpovědnost za znění zadávacích podmínek a zároveň v rozporu se obecnou snahou o co možná nejmenší omezení hospodářské soutěže při zadávání veřejných zakázek.

44. Závěrem tak předseda Úřadu uvádí, že dospěl k tomu závěru, že pro splnění podmínky technické kvalifikace podle 5.3. písm. a) zadávací dokumentace prokazované prostřednictvím významné stavební práce spočívající ve výstavbě silnice není nutné, aby se jednalo o významnou stavební práci spočívající v kompletní realizaci výstavby silnice. Vybraným dodavatelem přeložená referenční zakázka tak pro účely prokázání technické kvalifikace obstojí a vybraný dodavatel tudíž splnil podmínku technické kvalifikace. S ohledem na tento závěr pak nebyl přítomen důvod, pro který by zadavatel měl vybraného dodavatele postupem podle § 48 odst. 8 ve spojení s § 48 odst. 2 písm. a) zákona vyloučit z účasti v zadávacím řízení a zadavatel nepostupoval v rozporu se zákonem, když tak neučinil.

K námitkám vůči hodnocení nabídky vybraného dodavatele

45. Pokud dospěl Úřad v napadeném rozhodnutí k závěru, že vybraný dodavatel nesplňoval podmínky technické kvalifikace a měl být vyloučen z účasti v zadávacím řízení, pak byl zcela důvodný takový postup Úřadu, když se dále nezabýval námitkami navrhovatele, které směřovaly vůči hodnocení nabídky vybraného dodavatele. I pokud by Úřad tyto námitky shledal jako důvodné a dospěl k závěru, že nabídka vybraného dodavatele nebyla nabídkou nejvýhodnější, pak tento závěr nemohl mít jakýkoliv dopad na rozhodnutí Úřadu, když měl být vybraný dodavatel vyloučen z účasti v zadávacím řízení vzhledem k nesplnění podmínek technické kvalifikace. Otázka dalších možných pochybení na straně zadavatele byla v takové situaci čistě akademická a zabývat se jí by bylo v rozporu se zásadou procesní ekonomie správního řízení.

46. Nicméně v situaci, kdy se bude Úřad řešenou věcí dále zabývat s tím východiskem, že vybraný dodavatel kritéria technické kvalifikace splnil, pak bude zcela důvodné, aby se Úřad zabýval i námitkami navrhovatele, které směřovaly proti hodnocení nabídky vybraného dodavatele.

K nezákonnosti napadeného rozhodnutí

47. Napadené rozhodnutí je nezákonné, a to v intenzitě odůvodňující jeho zrušení, neboť napadené rozhodnutí spočívá v nesprávném právním posouzení, pokud jde o otázku splnění kritéria technické kvalifikace vybraným dodavatelem. Úřad nesprávně dospěl k závěru, že vybraný dodavatel kritérium technické kvalifikace nesplnil na základě chybného výkladu tohoto kritéria tak, jak bylo stanoveno zadavatelem v zadávací dokumentaci.

48. Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu se zákonem a správním řádem, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto se napadené rozhodnutí ruší a věc vrací Úřadu k novému projednání, neboť uvedené vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak

než vydáním nového rozhodnutí ve věci. Úřad je při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.

VII. Závěr

49. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad nepostupoval v souladu se zákonem a se správními předpisy, je třeba konstatovat, že nastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci k novému posouzení Úřadem, a proto bylo rozhodnuto tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

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

otisk úředního razítka

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

Obdrží

1. Urban legal, advokátní kancelář s.r.o., Moravské náměstí 754/13, 602 00 Brno
2. EUROVIA CZ a.s., IČO 45274924, se sídlem u Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4
3. JUDr. Michal Šilhánek, advokát, Tučapy 240, 683 01 Tučapy

Vypraveno dne

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