

VYSVĚTLENÍ ZADÁVACÍ DOKUMENTACE (na základě žádosti č. 136)

Zadavatel:	statutární město Brno sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno IČO 449 92 785
Veřejná zakázka:	Úprava TT Zábrdovická, dopravní napojení ulice Šámalova – zhotovitel systémové číslo: P23V00000305 evidenční číslo formuláře ve VVZ: Z2023-051641 zadávaná v otevřeném řízení podle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jen „ZZVZ“)

Zadavatel statutární město Brno v rámci výše uvedené veřejné zakázky obdržel prostřednictvím profilu zadavatele:

- dne 12. 1. 2024 v 12:12 hod. žádost o vysvětlení (žádost č. 136 níže).

Tímto Vysvětlením zadávací dokumentace (na základě žádosti č. 136) zadavatel tuto žádost vypořádává ve smyslu § 98 ZZVZ.

1. Žádost a její vypořádání:

Žádost č. 136

Zadavatel dne 6.12.2023 uveřejnil na profilu zadavatele Změnu zadávací dokumentace, v rámci které došlo mimo jiné ke změně požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ a podle čl. 11.6 (tedy požadavek na předložení seznamu referenčních zakázek). Zadavatel původně požadoval, aby dodavatel disponoval zkušeností mimo jiné s poskytnutím „1 stavební práce spočívající ve stavbě dvoukolejné tramvajové trati o délce minimálně 200 m“. Takové znění požadavku zadavatele na splnění části technické kvalifikace považovali někteří dodavatelé za diskriminační, a proto byl vznesen požadavek na zmírnění tohoto požadavku s tím, že není důvod omezovat požadavek pouze na provedení dvoukolejné tramvajové trati (viz žádost o vysvětlení zadávací dokumentace č. 1).

Zadavatel nově (v reakci na výše uvedený požadavek jednoho z účastníků zadávacího řízení – viz vysvětlení na žádost č. 1) původní požadavek ještě zpřísnil a požaduje, aby měl dodavatel zkušenosti (mimo jiné) s poskytnutím „1 stavební práce spočívající ve stavbě dvoukolejné tramvajové trati se stojinovou kolejnicí uloženou na velkoplošných panelech v délce minimálně 200 m“.

Účastník se domnívá, že takto stanovený požadavek na technickou kvalifikaci je diskriminační, ve svém důsledku omezuje hospodářskou soutěž, a tudíž je stanoven v rozporu s ustanovením § 6 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek (dále jako „zákon“), což odůvodňuje následovně.

Požadovaný typ kolejnice (stojinová kolejnice) se používá pouze v rámci města Brna, části města Plzně, Liberce a Jablonce nad Nisou. S ohledem na toto specifické a poměrně úzce geograficky vymezené použití požadovaného typu kolejnice je zřejmé, že existuje pouze

velmi omezená možnost k získání takové reference. Za posledních 5 let došlo v rámci Brna¹ k zahájení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, jejíž provedením by vybraný dodavatel mohl získat zadavatelem požadovanou referenci, pouze pětkrát².

Z veřejně dostupných informací lze rovněž uzavřít, že touto referencí disponuje pouze omezený počet potenciálních účastníků zadávacího řízení. Pokud tedy zadavatel bude trvat na nedůvodném zpřísnění požadavku ve smyslu výše, dojde k nedůvodnému omezení hospodářské soutěže a rovněž k nastavení nebezpečného trendu možného zadání veřejných zakázek s obdobným předmětem plnění pouze pro předem stanovený okruh soutěžitelů.

V této věci účastník poukazuje na následující rozhodovací praxi, která se týká nepřiměřeně stanovených požadavků technické kvalifikace. V rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 10.3.2011, č.j. 62 Ca 15/2009-71 je uvedeno, že samotný účel stanovení technických kvalifikačních předpokladů směřuje k zajištění faktické realizace veřejné zakázky toliko takovými dodavateli, kteří k tomu prokazatelně mají dostatečnou technickou způsobilost. Je tedy zjevné, že zhotovitel dvoukolejné železniční tratě, jejichž realizace je podobná, avšak technicky i technologicky náročnější, je dostatečně technicky způsobilý k provádění zakázky, jejímž předmětem je provedení tratě tramvajové.

Rovněž je třeba poukázat na fakt, že porušení zásady zákazu diskriminace nespočívá pouze v diskriminaci zjevné, ale rovněž v diskriminaci skryté, za kterou se mimo jiné považuje i stanovení nedůvodně přísných požadavků na splnění kritérií technické kvalifikace – viz např. Rozsudek Nejvyššího správního soudu ze dne 14.4.2020 č.j. 4 Afs 421/2019-34. Zadavatel takto diskriminačně stanovenými požadavky na splnění kritérií technické kvalifikace znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku, i když by jinak byli bývali (při stanovení těchto požadavků v souladu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek) k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takový postup rovněž představuje zakázanou diskriminaci a mimo jiné směřuje proti cíli samotného zákona, kterým je zajištění hospodárnosti, efektivnosti a účelnosti nakládání s veřejnými prostředky. Jak konstatoval Nejvyšší správní soud v rozsudku ze dne 5.6.2008, č.j. 1 Afs 20/2008-152, zákon cíle uvedeného v předchozí větě dosahuje především vytvářením podmínek pro to, aby smlouvy jejichž plnění je hrazeno z veřejných prostředků, byly zadavateli uzavírány při zajištění hospodářské soutěže a konkurenčního prostředí mezi dodavateli. Právě k zajištění konkurence mezi dodavateli slouží zásady rovného zacházení a zákazu diskriminace.

Účastník považuje argumentaci rozhodnutím ÚOHS-S0072/2018/VZ-10621/2018/532/KSt, kterou zadavatel použil v odpovědi na žádost o vysvětlení zadávací dokumentace č. 1 a o kterou tedy opírá i svůj přísnější požadavek kritéria technické kvalifikace, za zavádějící. V zadavatelem citovaném rozhodnutí se totiž ÚOHS zabýval tím, zda je v souladu se zákonem požadavek kritéria technické kvalifikace na specificky uloženou kolejnici, tedy kolejnici „uloženou na velkoplošných panelech“. Úřad se v tomto rozhodnutí nezabýval tím, zda je či není v rozporu specifický požadavek na „stojinovou kolejnici“ specificky uloženou, navíc ještě v požadované délce. Jinými slovy to, že část požadavku na technickou kvalifikaci (tedy uložení na velkoplošných panelech) byla dle zadavatelem citovaného rozhodnutí v tehdy posuzovaném případě v pořádku neznamená, že kombinace tohoto požadavku s

¹ V dotčené části Plzně k vypsání takové veřejné zakázky za posledních 5 let nedošlo vůbec.

² Veřejné zakázky s názvem „Tramvaj Plotní – soubor staveb – etapa 2-4“, „Odhlučnění tramvajové tratě Cejl – Zábrdovická, včetně bezbariérových zastávek Vojenská nemocnice“, „Brno, Údolní II, Lerchova II, Klácelova – rekonstrukce ulic“, „Rekonstrukce ulice Lesnická“ a „Prodloužení TT z Osové ke Kampusu MU v Bohunicích“

dalšími ještě více omezujícími požadavky, tedy na (i) typ kolejnice (stojinová), (ii) délku takové trati (200 m) a (iii) omezení požadavku pouze na tramvajovou trať, je rovněž v souladu se zákonem.

Účastník rovněž považuje za nežádoucí opírat požadavky zadavatele mající vliv na budoucí nastavení celé hospodářské soutěže pro určitý okruh obdobných a ojedinělých veřejných zakázek nezanedbatelné hodnoty o rozhodnutí Úřadu zabývajícími se specifiky jiných veřejných zakázek. Zadavatelem zmíněné rozhodnutí reaguje (na rozdíl od obecně uplatnitelných rozhodnutí soudů, kterými výše argumentuje účastník) na konkrétní atributy zadávací dokumentace jiného zadávacího řízení a specifické argumenty stran řízení před ÚOHS.

S ohledem na výše uvedené je tak účastník přesvědčen, že postup zadavatele je v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, zejm. v rozporu se zásadou zákazu diskriminace stanovenou v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, jehož důsledkem je významné narušení hospodářské soutěže. Kromě výše uvedeného účastník závěrem konstatuje, že existuje pouze omezená možnost získání zadavatelem požadované reference, a to z důvodu nízkého počtu realizovaných zakázek s obdobným požadavkem technické kvalifikace v minulosti. Počet nabídek, jak ostatně dokazují i počty účastníků zadávacích řízení s obdobnými požadavky³, je tak omezen na minimum.

Na základě výše uvedeného tak účastník žádá zadavatele o úpravu rozporovaného požadavku zadavatele na prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ a podle čl. 11.6 zadávací dokumentace, a to v následujícím znění: *1 stavební práce spočívající ve stavbě dvoukolejné tramvajové trati o délce minimálně 200 m.*

Vysvětlení na žádost č. 136

Zadavatel posoudil žádost o vysvětlení a setrvává na svém požadavku, který stanovuje v čl. 11.6 dokumentu Zadávací dokumentace a Výzva k podání nabídek ve znění Změny zadávací dokumentace ze dne 6. 12. 2023, tedy požaduje, aby dodavatelé ve své nabídce předložili seznam referenčních zakázek a v něm mj. zakázku, která spočívala v realizaci 1 stavební práce spočívající ve stavbě dvoukolejné tramvajové trati se stojinovou kolejnicí uloženou na velkoplošných panelech v délce minimálně 200 m.

Zadavatel nesouhlasí s tvrzením, že tento požadavek je diskriminační, tedy v rozporu s § 6 odst. 2 ZZVZ. Zadavatel níže přidává odůvodnění.

Skutečnost, že se uvedený typ stojinové kolejnice používá geograficky vymezeném okruhu a jedná se o specifické použití, ještě samo o sobě není důvodem pro to, aby zadavatel od svého kvalifikačního požadavku upustil.

Zadavatel si je vědom toho, že předmětný požadavek na prokázání technické kvalifikace je specifický, a ne každý dodavatel jej splňuje (ostatně, jak vyplývá ze samotné podstaty tohoto požadavku, jako jakýkoliv požadavek na technickou kvalifikaci). Tento požadavek však není nedůvodný, ani nepřiměřený. Zadavatel může přístup dodavatelů k realizaci veřejné zakázky omezit mj. právě požadavky na technickou kvalifikaci dodavatele.

V tomto případě má zadavatel legitimní zájem na tom, aby na základě této veřejné zakázky (a tedy specifického plnění v podobě rekonstrukce tramvajové trati se specifickou

³ Viz poznámka pod čarou č. 2

technologií) vybral dodavatele, který má s tímto plněním zkušenosti. Zadavatel stanovil kvalifikaci tak, aby nabídky do veřejné zakázky podali dodavatelé kvalifikovaní k tomu řádně a kvalitně splnit předmět veřejné zakázky. Toto ostatně vyplývá z dodavatelem citovaného rozhodnutí Krajského soudu v Brně ze dne 10.3.2011, č.j. 62 Ca 15/2009-71.

Konkrétně zadavatel při stanovení předmětného kvalifikačního požadavku cílí na to, aby měl dodavatel zkušenost s konkrétním typem technologie, kolejnice, to a v rozsahu, kterým je též vymezena nyní zadávaná veřejná zakázka. Současné nastavení předmětného kvalifikačního požadavku přesně koresponduje s tím, co je předmětem veřejné zakázky.

Tvrzení dodavatele, že dostatečně technicky způsobilý k provádění zakázky je i zhotovitel dvoukolejné tramvajové tratě, jejíž realizace je podobná, avšak technicky i technologicky náročnější než tato veřejná zakázka, není pro tuto otázku určující. Dodavatel sám uvádí, že kvalifikační předpoklad je specifický. Zadavatel řešeným kvalifikačním požadavkem cílí na konkrétní zkušenost s konkrétní technologií, konkrétní kolejnicí a nikoli na obecnou zkušenost se stavbou jakékoli (byť například časově či finančně náročnější) tramvajové trati, neboť referenece v podobě stavby či rekonstrukce pomocí jakékoliv technologie tramvajové trati není pro zadavatele dostatečnou zárukou, že dodavatel bude schopen realizovat zakázku postavenou na zcela specifické technologii (takový požadavek by byl úplně zbytečný a pro dodavatele zatěžující a hlavně zadavatel by nedosáhl legitimního cíle, který nastavením požadavků na referenční zakázky sleduje). *Ad absurdum* by tato argumentace dodavatele vedla k tomu, že by zadavatel musel umožnit účast ve veřejné zakázce každému, kdo má zkušenost s jakoukoli výstavbou či rekonstrukcí, které se týkají tramvajové trati, a dodavatelé by se mohli odvolávat na své jistě hluboké zkušenosti, které ovšem nijak nesouvisí s nyní zadávanou veřejnou zakázkou.

Dále zadavatel uvádí, že předmět kvalifikačního požadavku není geograficky výjimečný, jak naznačuje dodavatel. K tomuto zadavatel odkazuje opětovně na dodavatelem rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0072/2018/VZ-10621/2018/532/KSt (dále jen „rozhodnutí Úřadu“), kde Úřad v bodě 108. konstatuje, že technologie se stojinovou kolejnicí je běžná v Brně a dalších městech v České republice, i v jiných zemích Evropské unie na základě stanoviska Vysokého učení technického, které zkoumalo obdobnou situaci v Brně a obdobný požadavek na prokázání technické kvalifikace. Zadavatel upozorňuje, že tato veřejná zakázka je v souladu se svou nadlimitní povahou zadávána v otevřeném řízení, což mj. znamená též to, že je vyhlášována v Úředním věstníku veřejných zakázek, tedy má potenciál dosáhnout též k dodavatelům, kteří se nezaměřují na české prostředí nebo nejsou dodavateli se sídlem v České republice.

Zadavatel rovněž odmítá tvrzení dodavatele, že se v případě tohoto zadavatelova požadavku na kvalifikaci jednalo o skrytou diskriminaci. Zadavatel je podle ZZVZ oprávněn k omezení účasti, a to přímo zákonem stanovenými možnostmi (v tomto případě § 79 odst. 2 písm. a) ZZVZ). V rozsudku ze dne 5. 6. 2008, č. j. 1 Afs 20/2008 – 152, č. 1771/2009 Sb. NSS, Nejvyšší správní soud judikuje, že není „*možné požadovat po zadavatelích, aby jimi vyžadované kvalifikační předpoklady měly na všechny potencionální uchazeče stejné dopady. Takovýto požadavek by ostatně nebyl ani reálně možný a byl by v rozporu se smyslem kvalifikačních předpokladů, kterým je zajistit právě to, aby nabídku podali pouze uchazeči způsobilí ke splnění veřejné zakázky. Odvrácenou stranou stanovení kvalifikačních předpokladů je tedy selekce těch uchazečů, kteří ke splnění veřejné zakázky způsobilí nejsou, přičemž o takovéto (legitimními ekonomickými zájmy podložené) selekci nelze v žádném případě hovořit jako o skryté diskriminaci.*“

Zadavatel uzavírá, že ve veřejné zakázce umožňuje hospodářskou soutěž mezi dodavateli, kteří jsou kvalifikováni pro splnění předmětu veřejné zakázky.

Zadavatel konečně odmítá tvrzení dodavatele ohledně toho, že zadavatelova argumentace opírající se o konkrétní závěry rozhodnutí Úřadu je zavádějící. Zadavatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu a shrnuje, že se v něm Úřad nezabýval pouze předmětnou technologií jako takovou, ale též i typem kolejnice (což bylo také předmětem stanoviska VUT, které bylo pro rozhodnutí Úřadu podkladem). Úřad ve svém rozhodnutí uzavírá, že zkoumaný požadavek na technickou kvalifikaci (který byl obdobný požadavku, k němuž dodavatel vznáší dotaz) není diskriminační a nepřiměřený jako celek. Zadavatel k tomuto dodává, že délka trati rozhodná pro prokázání splnění tohoto kvalifikačního požadavku je jen konkretizací požadavku a její použití v zadávacích podmínkách vyplývá z jiného rozsahu předmětu nyní zadávané veřejné zakázky.

Zpochybňovat závěry rozhodnutí Úřadu, které se věnuje obdobné otázce, jako je právě řešena, je proto nepřipadné a zadavatel nevidí důvod, proč závěry Úřadu v této otázce nenásledovat.

Zadavatel uzavírá, že setrvává na svém požadavku na prokázání technické kvalifikace stanoveném v čl. 11.6 dokumentu Zadávací dokumentace a Výzva k podání nabídek ve znění Změny zadávací dokumentace ze dne 6. 12. 2023. Zadavatele tímto vysvětlením nemění zadávací podmínky.

Závěr

Žádost byla zadavateli zaslána v souladu se lhůtou stanovenou § 98 odst. 3 ZZVZ a zadavatel ji vypořádal ve lhůtě podle § 98 odst. 4 ZZVZ. Zadavatel tímto vysvětlením nemění ani nedoplňuje zadávací dokumentaci, lhůta k podání nabídek zůstává nezměněna do 2. 2. 2024 do 10:00 hodin.

Zadavatel doporučuje dodavatelům, aby **sledovali profil zadavatele**, kde budou všechna následující vysvětlení, jakož i případná doplnění nebo změny zadávacích podmínek zveřejňovány v souladu se zákonnými pravidly ZZVZ.

V Brně dne 17. 1. 2024

Mgr. Oldřich Kozumplík

KROUPALIDÉ advokátní kancelář s.r.o.

zástupce zadavatele