

Váš dopis zn. 000/0000
Ze dne 0. 0. 0000
Naše zn. 24391/2023-SŽ-SSZ-OVZ
Listů/příloh 4/0

Vyřizuje Vladimíra Hlídková
Telefon
Mobil +420 724 321 788
E-mail hlidkova@spravazeleznic.cz

Datum 20. listopadu 2023

Uveřejněno na profilu zadavatele

„ETCS státní hranice Německo - Dolní Žleb - Kralupy n. Vlt.“

Vysvětlení, změny a doplnění zadávací dokumentace č. 33

V souladu s ust. § 98 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „ZZVZ“) a s odvoláním na znění článku č. 22.2 Vysvětlení, změna nebo doplnění Dílu 1 – Zadávací dokumentace na zhotovení projektové dokumentace a realizace výše stavby zadavatel odpovídá na obdrženy dotaz následovně:

Dotaz 318:

Zadavatel dne 02.08.2023 uveřejnil vysvětlení zadávací dokumentace č. 14 (dále jen „Vysvětlení“), v rámci kterého mimo jiné reagoval na dotaz Dodavatele týkajícího se požadavků Zadavatele na zkušenosti člena realizačního týmu, a to konkrétně specialisty na zabezpečovací zařízení. Zadavatel v odst. 14.2.2 písm. f) Zadávací dokumentace uvádí níže uvedené požadavky na člena realizačního týmu ve funkci Specialista (vedoucí prací) na zabezpečovací zařízení:

- nejméně 5 let praxe v oboru své specializace (zabezpečovací zařízení) při provádění železničních staveb ;
- **zkušenost s realizací alespoň jedné stavby v hodnotě nejméně 250.000.000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. novostavba nebo rekonstrukce stavby technologie ETCS L2, a to v posledních 10 letech před zahájením zadávacího řízení;**
- musí předložit doklad o autorizaci v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. e) autorizačního zákona, tedy v oboru technologická zařízení staveb;

Dodavatel ve svém dotazu uvedl, že mu není jasné, z jakého důvodu Zadavatel požaduje nad rámec praxe a autorizace také prokázání tak specifické zkušenosti, jako je zkušenost s realizací stavby technologie ETCS L2 v hodnotě minimálně 250.000.000,- Kč. Dle veřejně dostupných zadávacích dokumentací pro předchozí i následné projekty ETCS, které Zadavatel realizoval, je zcela zřejmé, že Zadavatel vždy u specialisty na zabezpečovací zařízení požadoval pouze prokázání praxe a předložení dokladu o autorizaci dle autorizačního zákona. V žádném z předchozích případů však Zadavatel nepožadoval u této pozice prokázání výše uvedené specifické zkušenosti (příkladmo: „ETCS Milovice – Praha hl.n. (mimo)“, „ETCS Pardubice (mimo) – Hradec Králové (mimo)“, „ETCS Brno Horní Heršpice – Zastávka u Brna“, či aktuálně „ETCS České Velenice – České Budějovice – Horní Dvořiště“ ...) („**Ostatní veřejné zakázky**“). Všechny předchozí veřejné zakázky s totožným (či obdobným) předmětem plnění byly v minulosti zadány jedinému subjektu. Zadavatel si tak musí být vědom toho, že okruh osob, které by byly autorizovány dle českého autorizačního zákona a zároveň disponovaly výše uvedenou vysoce specifickou zkušeností, je v českém prostředí jen velmi málo.

V publikaci ÚOHS s názvem „Stručný průvodce zadavatele světem veřejných zakázek“ se mimo jiné uvádí, že „zadavatel je s ohledem na hlavní cíl zákona – ochranu veřejných prostředků prostřednictvím zajištění hospodářské soutěže – při nastavení zadávacích podmínek vždy povinen zohlednit dopad jím zvolených požadavků na možnost účasti potenciálních dodavatelů v připravovaném zadávacím řízení. Jakákoliv bezduvodná, a tedy nezákonná selekce mezi těmito dodavateli totiž může mít ve výsledku negativní dopad jak na soutěž o danou veřejnou zakázku,

tak dokonce na dané tržní odvětví obecně." Zadavatel by v tomto případě **měl umět vysvětlit, jakým způsobem při nastavování zadávacích podmínek této Veřejné zakázky posuzoval dopad jím zvolených požadavků na možnost účasti potenciálních dodavatelů v Zadávacím řízení.** Zadavatel jistě musel mít **konkrétní opodstatněný důvod** pro zpřísnění zadávacích podmínek pro tuto Veřejnou zakázku oproti Ostatním veřejným zakázkám. **Jakým způsobem tedy Zadavatel posoudil dopad přidání dalšího požadavku na specialistu na zabezpečovací zařízení na možnost účasti potenciálních dodavatelů v Zadávacím řízení?** S ohledem na to, že všechny předchozí veřejné zakázky byly zadány stejnému subjektu, **měl by Zadavatel při nastavování zadávacích podmínek spíše usilovat o to, aby případnou změnou zadávacích podmínek oproti předchozí praxi, docílil účasti více potenciálních dodavatelů a více tak otevřel hospodářskou soutěž.** Zadavatel však **ze zcela nepochopitelného důvodu přistoupil k opačnému kroku a zadávací podmínky cíleně zpřísnil, a to ve prospěch dodavatele, který je v současné chvíli v této oblasti dominantním na českém trhu.** Zadavatel tak tímto krokem nejenže ztěžuje účast jiných dodavatelů a tím snižuje svoji šanci na získání ekonomicky výhodnější nabídky, ale dokonce tímto svým jednáním **negativně ovlivňuje situaci v daném tržním odvětví v České republice,** jelikož přispívá k zachování dominantního postavení konkrétního subjektu. Takové chování Zadavatele je nejen v rozporu se základními zásadami zadávání veřejných zakázek, ale především **zcela popírá smysl zákona o zadávání veřejných zakázek a otevřenou hospodářskou soutěž.**

V rozhodnutí ÚOHS ze dne 07.02.2023 pod sp.zn. ÚOHS-S0600/2022/VZ je mimo jiné uvedeno, že zadavatel „může vymezením kritérií technické kvalifikace, zejména stanovením příliš přísných kritérií prokázání způsobilosti dodavatele, výrazným způsobem ovlivnit okruh dodavatelů, mezi jejichž nabídkami bude v závěrečné fázi zadávacího řízení vybírat. Stanovení konkrétních kritérií technické kvalifikace je tak sice plně v gesci zadavatele, ten je však při jejich výběru nucen respektovat jednotlivá zákonná ustanovení, v nichž se zároveň odráží i základní zásady postupu zadavatele uvedené v § 6 zákona. Pokud by požadavky zadavatele vybočovaly z jeho oprávněných potřeb ve vztahu k dané veřejné zakázce, porušil by zadavatel jednu ze zásad postupu zadavatele vymezených v § 6 odst. 1 zákona, a sice zásadu přiměřenosti, přičemž takovým postupem by mohlo zároveň dojít i k porušení zásady zákazu diskriminace (§ 6 odst. 2 zákona), protože takové excesivní stanovení požadavků na technickou kvalifikaci by mohlo nedůvodně omezit okruh dodavatelů, kteří by se mohli zadávacího řízení zúčastnit. Zadavatel je s ohledem na dodržení základních zásad zadávacího řízení povinen stanovit kritéria technické kvalifikace takovým způsobem, aby zajistil rovné příležitosti všem dodavatelům, kteří jsou objektivně schopni předmětnou zakázku plnit.“ Dodavatel se domnívá, že **požadavky Zadavatele na kvalifikaci dodavatelů v rámci této Veřejné zakázky zcela nepochybně vybočují z oprávněných potřeb Zadavatele,** jelikož v rámci zadávacích řízení v Ostatních veřejných zakázkách je z postupu Zadavatele prokázáno, že **i bez požadavku na výše uvedené zkušenosti** u specialisty na zabezpečovací zařízení je Zadavatel schopen veřejnou zakázku zadat dodavateli, jenž je objektivně schopen předmětnou veřejnou zakázku kvalitně plnit. I přes to však Zadavatel rozhodl o přísnějším nastavení zadávacích podmínek pouze u této Veřejné zakázky, a to bez jakéhokoliv relevantního opodstatnění. Jediným významnějším rozdílem mezi Ostatními veřejnými zakázkami a touto Veřejnou zakázkou je finanční hodnota Veřejné zakázky, která je, s ohledem na velký objem stavebních prací, oproti Ostatním veřejným zakázkám významně vyšší. Z pohledu Dodavatele však tato skutečnost nemůže být pro stanovení zadávacích podmínek v tomto případě relevantní. Pokud Zadavatel požaduje vybudování bezpečnostního systému na trati, měl by vyžadovat stejnou kvalitu plnění pro úsek 10 km nebo pro úsek 100 km. Ostatně v aktuálně vypsané veřejné zakázce „ETCS České Velenice – České Budějovice – Horní Dvořiště“, jejímž předmětem je výstavba ETCS L2 na trati dlouhé cca 107 km (tedy **srovnatelně dlouhé trati** jako u předmětné Veřejné zakázky), Zadavatel opět **výše uvedenou specifickou zkušenost u specialisty pro zabezpečovací zařízení nepožaduje.** Dodavatel tak nerozumí tomu, z jakého důvodu jsou Zadavatelovy nároky na zkušenost specialisty pro zabezpečovací zařízení o tolik vyšší pouze u předmětné Veřejné zakázky. Dodavatel se může domnívat, že s ohledem na významnou finanční hodnotu této Veřejné zakázky, Zadavatel **účelově nastavil zadávací podmínky Veřejné zakázky ve prospěch preferovaného dodavatele,** čímž by však byl velmi **výrazným způsobem porušen zákaz diskriminace.** V rozhodnutí ÚOHS ze dne 07.02.2023 pod sp.zn. ÚOHS S0600/2022/VZ je k

zákazu diskriminace uvedeno, že „porušení zásady zákazu diskriminace pak nelze vztahovat jen na diskriminaci zjevnou (přímou), tedy případ, kdy zadavatel otevřeně postupuje jinak vůči jednotlivému dodavateli a jinak vůči dalším dodavatelům, ale též na diskriminaci skrytou (nepřímou). V tomto ohledu je možno odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 9/2007 ze dne 11.10. 2007, který byl následně jako věcně správný potvrzen rozsudkem Nejvyššího správního soudu sp. zn. 1 Afs 20/2008 ze dne 5. 6. 2008, podle kterého za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, pokud zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů (požadavků na technickou kvalifikaci), kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky, přitom je zřejmé, že ji mohou splnit toliko někteří z dodavatelů (potenciálních účastníků), jež by jinak byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Pakliže zadavatel stanoví např. nepřiměřené podmínky kvalifikace, má tento postup zadavatele negativní dopad do okruhu potenciálních dodavatelů (zužuje je) a tedy dochází k diskriminaci dodavatelů, kteří by byli, pakliže by zadavatel vymezil své požadavky v souladu se zákonem, způsobilí ucházet se o veřejnou zakázku a následně veřejnou zakázku plnit, pakliže by jim však byla dána (přiměřeným nastavením požadavků zadavatele) možnost se zadávacího řízení účastnit, resp. podat nabídku.“ Citované rozhodnutí dále uvádí, „že stanovení požadavků na kvalifikaci, včetně jejich minimální úrovně, nemůže vést k bezdůvodnému omezení možnosti dodavatelů účastnit se zadávacího řízení či k jakémukoliv zvýhodnění některého z potenciálních dodavatelů na úkor dodavatelů jiných, kteří by byli taktéž objektivně schopni danou veřejnou zakázku plnit. Naopak, pokud je účelem požadavků na kvalifikaci umožnění účasti pouze těm dodavatelům, kteří jsou zakázku objektivně způsobilí plnit, musí být nastaveny tak, aby umožňovaly účast opravdu všem takto objektivně způsobilým dodavatelům.“

Zadavatel však v rámci svého Vysvětlení uvedl pouze to, že skutečnost, „že jiná veřejná zakázka byla zadávána s jinými zadávacími podmínkami o tomto neříká nic. Zadavatel při stanovování zadávacích podmínek nyní zadávané veřejné zakázky zohledňoval mimo jiné její zásadní význam a její výjimečnou finanční hodnotu.“ Zadavatel však nikterak nevysvětlil, v čem spatřuje **zásadní význam této Veřejné zakázky** v porovnání s Ostatními veřejnými zakázkami, a to konkrétně z pohledu nutnosti vyšších (přísnějších) požadavků na zkušenost specialisty na zabezpečovací zařízení. Dodavatel se domnívá, že argumentace významností či hodnotou dané Veřejné zakázky není v tomto případě relevantní. Jak již Dodavatel zmiňuje výše

Dodavatel tak s ohledem na výše uvedené s odkazem na smysl a účel zákona o zadávání veřejných zakázek a na základní zásady zadávání veřejných zakázek Zadavatele a rozhodovací praxi dozorového orgánu **opětovně žádá Zadavatele o změnu zadávací dokumentace tak, aby z požadavků na specialistu na zabezpečovací zařízení byla vyjmuta „zkušenost s realizací alespoň jedné stavby v hodnotě nejméně 250.000.000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. novostavba nebo rekonstrukce stavby technologie ETCS L2, a to v posledních 10 letech před zahájením zadávacího řízení“, čímž by zadávací podmínky umožnily účast více kvalifikovaných potenciálních dodavatelů, kteří by byli objektivně schopni předmět dané veřejné zakázky plnit, a to bez negativního dopadu na kvalitu plnění.**

Odpověď č. 318:

Zadavatel potvrzuje platnost již dříve poskytnutých vysvětlení zadávací dokumentace k této otázce, zejména odpovědi na dotaz č. 198 z vysvětlení zadávací dokumentace č. 14 ze dne 02.08.2023, který byl s aktuální žádostí fakticky totožný.

Zadavatel požaduje prokázání zkušenosti s realizací alespoň jedné stavby v hodnotě nejméně 250.000.000,- Kč bez DPH, jejímž předmětem byla mj. novostavba nebo rekonstrukce stavby technologie ETCS L2, a to v posledních 10 letech před zahájením zadávacího řízení, jelikož právě realizace stavby zahrnující technologii ETCS L2 je předmětem nyní zadávané veřejné zakázky.

Zadavatel se nedomnívá, že by takový požadavek měl být schopen splnit pouze jeden dodavatel. Technologie ETCS L2 je aktuálně minimálně v celé Evropské unii a v České republice i ostatních státech Evropské unie byla již realizována řada zakázek splňujících definované požadavky.

Jak již zadavatel uváděl v odpovědi na předchozí dotaz, dle informací zadavatele trvá celý proces získání autorizace u zahraničních odborníků 1-2 měsíce a ověření znalostí českého jazyka probíhá formou testu, kde testovaný zaškrťává správné odpovědi z uvedených možností, přičemž testové otázky jsou známy dopředu a je tak možné si je nastudovat. Není tak na místě odmítat zahraniční odborníky jen z toho důvodu, že prozatím nedisponují autorizací v České republice.

Zadavatel tedy nepovažuje požadavky na vytvoření funkčního realizačního týmu s nezbytnými zkušenostmi a splňujícího jednoznačně všechny zákonné požadavky za jakkoliv excesivní.

Co se týče rozdílných požadavků u nyní zadávané veřejné zakázky a starších veřejných zakázek zadavatele, je v první řadě třeba konstatovat, že důvodnost, přiměřenost a celkově zákonnost zadávacích podmínek je třeba posuzovat vždy u konkrétní zakázky s ohledem na konkrétní okolnosti. Fakt, že jiná veřejná zakázka byla zadávána s jinými zadávacími podmínkami, o tomto neříká nic. Zadavatel při stanovování zadávacích podmínek nyní zadávané veřejné zakázky zohledňoval mimo jiné její zásadní význam a její výjimečnou finanční hodnotu.

Co se týče schopnosti či neschopnosti konkrétního dodavatele nebo konkrétního člena realizačního veřejnou zakázku plnit, nelze samozřejmě automaticky tvrdit, že žádná osoba, která požadovanými zkušenostmi nedisponuje, by veřejnou zakázku nebyla schopna úspěšně splnit. Stejně tak nelze jednoduše říci, že dodavatel nebo konkrétní člen realizačního týmu, který požadovanými zkušenostmi disponuje, veřejnou zakázku s naprostou jistotou splní bez jakýchkoliv komplikací. Lze však říci, že u dodavatele nebo člena realizačního týmu, který zkušenostmi z dřívější srovnatelné zakázky již disponuje, je pravděpodobnost úspěšného splnění i nyní zadávané veřejné zakázky vyšší. Z toho důvodu tedy zadavatel tuto podmínku technické kvalifikace stanovil.

Ke dříve uvedenému zadavatel doplňuje, že považuje za naprosto nelogickou úvahu dodavatele, že čím rozsáhlejší a náročnější je zadávaná zakázka, tím mírněji by měl zadavatel stanovit požadavky na kvalifikaci, aby byla právě o tuto rozsáhlou a náročnou veřejnou zakázku umožněna nejširší hospodářská soutěž i mezi dodavateli, kteří jakoukoliv zakázku tohoto druhu dosud nerealizovali. U rozsáhlých a náročných zakázek jsou ve skutečnosti dřívější zkušenosti obzvláště důležité. Pokud některý dodavatel (či konkrétní člen realizačního týmu) má zájem o vstup do pro něj nové oblasti trhu, na které dosud vůbec nepůsobil a žádnou zakázku nerealizoval, zdá se adekvátní tento posun provádět postupně od (relativně) menších zakázek. Nelze dle názoru zadavatele očekávat, že podmínky nejrozsáhlejší zakázky na této části trhu za posledních minimálně několik let budou na požádání upravovány a zmírňovány tak, že by mohla být i ohrožena řádná a včasná realizace zakázky jako takové.

Ing. Mojmír Nejezchleb,
náměstek generálního ředitele pro modernizaci dráhy,
na základě pověření č. 3314 ze dne 15. 3. 2023