

Naše zn.:

17657/2017-SZDC-SSZ-VZ

Vyřizuje:

Ing. Martin Kosmál

Telefon:

972 244 865

Mobil:

602 741 737

E-mail:

kosmal@szdc.cz

## Dle rozdělovníku

### „Modernizace trati Sudoměřice - Votice“

#### Dodatečné informace - Dodatek č. 40

V souladu s ust. § 98 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění a s odvolání na znění článku 7 Dílu 1 - Požadavky a podmínky pro zpracování nabídky, Části 2 - Pokyny pro dodavatele Zadávací dokumentace, odpovídáme na dotazy dodavatele takto:

#### Dotaz č.688:

Dne 15.05.2017 zadavatel **Správa železniční dopravní cesty státní organizace, Dlážděná 1003/7, 110 00 Praha 1** (dále jen zadavatel) uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek Oznámení o zahájení zadávacího řízení na nadlimitní veřejnou zakázku na stavební práce zadávanou v otevřeném řízení s názvem Modernizace trati Sudoměřice – Votice. Současně zadavatel dne **15.05.2017** uveřejnil na svém profilu zadavatele zadávací podmínky k této veřejné zakázce.

K daným zadávacím podmínkám pak dodavatel

**podává dotaz**, neboť považuje požadavky stanovené v této zadávací dokumentaci, konkrétně v části požadavků na technickou kvalifikaci, jako rozporné se zákonem o zadávání veřejných zakázek, konkrétně pak diskriminační ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 20/2008-152 ze dne 5. 6. 2008, který stanovil tuto právní větu: „Zákaz diskriminace uvedený v § 6 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, zahrnuje jednak formu zjevnou, jednak formu skrytou. **Za skrytou formu nepřipustné diskriminace je třeba považovat i takový postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením technických kvalifikačních předpokladů zjevně nepřiměřených ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky**, v důsledku čehož je zřejmé, že zakázku nemohou splnit někteří z potenciálních uchazečů, jež by jinak byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.“

Uvedenou problematiku diskriminačních požadavků v rámci technické kvalifikace pak NSS rozebral následovně:

*„Samotná podstata zákazu tzv. skryté diskriminace znemožňuje jakoukoliv mechanickou aplikaci. Není totiž dost dobře 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. Jak totiž správně uvádí shora citovaný R. Jurčík, pokud bychom chápali zásadu zákazu diskriminace „v absolutním měřítku, tak i samotný požadavek na kvalifikaci je v rozporu se zásadou rovnosti.“ (Zadávání veřejných zakázek..., str. 54; Zákon o veřejných zakázkách. Komentář, str. 66).*



Obdobně o „úměrnosti“ a „proporcionalitě“ kvalifikačních kritérií hovoří čl. 44 odst. 2 směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (ZV Úř. věst. Kap. 06 Sv. 07 s. 132 - 262), podle něhož mj. minimální úroveň způsobilosti požadované pro konkrétní zakázku musí být vztahena k předmětu zakázky a být tomuto předmětu úměrná. Komise ES pak ve svém Sdělení k výkladovým otázkám v oblasti Koncesí (tzv. public-private partnership), publikovaném v Úředním věstníku C 121 z 29. 4. 2000 s. 2 - 13 v bodě 3.1.1. upozorňuje, že zásada zákazu diskriminace zahrnuje jak zákaz diskriminace zjevné, tak i zákaz diskriminace skryté, a dále v bodě 3.1.3. formuluje zásadu proporcionality jako obecnou zásadu práva Společenství, přičemž z ní dovozuje, že „zadavatel sice může stanovit cíl, tedy technickou specifikaci, zvolená opatření k jeho dosažení ovšem nesmějí přesáhnout hranici toho, co je k dosažení zvoleného cíle vhodné a nezbytné. Členský stát tedy například nesmí při výběru mezi uchazeči vyžadovat žádné technické, odborné nebo finanční schopnosti, které jsou vzhledem k předmětu zakázky nepřiměřené nebo excesivní.“

Krajský soud tedy správně vyslovil v napadeném rozsudku právní názor, podle něhož **za skrytou formu nepřipustné diskriminace v zadávacích řízeních je třeba považovat postup, kterým zadavatel znemožní některým dodavatelům ucházet se o veřejnou zakázku nastavením takových kvalifikačních předpokladů, kdy požadovaná úroveň technické způsobilosti je „zjevně nepřiměřená ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky“, přičemž je zřejmé, že právě pro takto nastavené kvalifikační předpoklady mohou veřejnou zakázku splnit jen někteří z dodavatelů (potenciálních uchazečů), kteří by jinak (bez takto nastavených předpokladů) byli k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými.**

Klíčovým problémem takto pojaté skryté diskriminace je tedy „zjevná nepřiměřenost“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Tato zjevná nepřiměřenost není vymezitelná žádnou obecnou floskulí, nýbrž je nutno ji vykládat vždy se zřetelem na individuální kauzu. Má-li Nejvyšší správní soud parafrázovat své předchozí rozhodnutí, nelze předem a obecně stanovit s matematickou přesností - ostatně právo není matematika -, kdy je naplněna podmínka „zjevné nepřiměřenosti“ kvalifikačních předpokladů ve vztahu ke konkrétní veřejné zakázce. Samotný pojem „zjevné nepřiměřenosti“ se vyznačuje jistou obsahovou pružností, aby mohl reagovat na nekonečné množství životních situací, na něž nemůže ve své obecnosti konkrétněji formulovaná právní norma pamatovat (srov. rozsudek NSS ze dne 10. 11. 2005, č. j. 1 Afs 107/2004 - 48, publikováno jako č. 869/2006 Sb. NSS, který tuto myšlenku aplikoval na doktrínu zneužití práva v daňové oblasti).

V každém případě musí správní soudy při aplikaci kritéria „zjevné nepřiměřenosti“ poskytnout prostor pro legitimní ekonomickou úvahu zadavatele, a tedy shledání skryté diskriminace je přípustné tam, kde kvalifikační předpoklady jsou vskutku excesivní a jasně vybočují z oprávněných potřeb dané zakázky (srov. shora cit. Sdělení Komise k výkladovým otázkám ...). Restriktivní výklad skryté diskriminace je dále podporován i tím, že – kromě podmínky zjevné nepřiměřenosti kvalifikačních předpokladů ve vztahu k velikosti, složitosti a technické náročnosti konkrétní veřejné zakázky - musí být též zřejmé, že v důsledku takto nastavených předpokladů mohou veřejnou zakázku splnit toliko někteří z potenciálních uchazečů, kteří by jinak (bez nepřiměřeně nastavených kvalifikačních předpokladů) byli bývali k plnění předmětu veřejné zakázky objektivně způsobilými. Takto nastavené kvalifikační předpoklady totiž již neplní jakoukoliv rozumnou ekonomickou funkci, ale v rozporu s cílem zákona o veřejných zakázkách brání konkurenčnímu prostředí mezi dodavateli. Jak totiž správně uvedl krajský soud, někteří z dodavatelů mají v takovém případě a priori znemožněnou účast v zadávacím řízení, byt' by předmět veřejné zakázky mohli realizovat stejně úspěšně jako dodavatelé ostatní.“

Zadavatel stanovil požadavky na technickou kvalifikaci následovně:

- a) osoba odpovědná za kontrolu projektové dokumentace tunelové stavby
  - vysokoškolské vzdělání;
  - minimálně 10 let praxe v oboru;
  - držitel oprávnění k vyhotovování **projektové dokumentace u staveb realizovaných hornickým způsobem - úroveň „báňský projektant“** dle § 4 písm. e) vyhl. č. 298/2005 Sb., o požadavcích na odbornou kvalifikaci a odbornou způsobilost při hornické činnosti nebo činnosti prováděné hornickým způsobem a o změně některých právních předpisů, ve znění pozdějších předpisů a v rozsahu ustanovení **§ 3 písm. c), d), e), f) a i) zákona č. 61/1988 Sb., o hornické činnosti a výbušninách a o státní báňské správě, v platném znění;**
  - **držitel osvědčení ČBÚ pro odborného znalce dle § 2 vyhl. č. 298/2005 Sb. a v rozsahu ustanovení § 3 písm. i) vyhl. č. 61/1988 Sb.;**

- zkušenost se zhotovením projektové dokumentace v rozsahu RDS pro raženou silniční či železniční tunelovou stavbu metodou NRTM (nová rakouská tunelovací metoda) v délce minimálně 300 metrů;
- **musí předložit doklad o autorizaci v rozsahu dle § 5 odst. 3 písm. i) autorizačního zákona, tedy autorizaci pro geotechniku.**

**Na základě dodatečných informací č. 35 a odpovědí na otázky č. 594–603 zadavatel uvedl, mimo jiné: cit.**

**Odpověď na dotaz č.595:**

Jak zadavatel uvedl v odpovědi na dotaz č. 594, je přítomnost osoby odpovědné za kontrolu projektové dokumentace tunelové stavby v rámci odborného personálu zhotovitele vyžadována s ohledem na podmínku stanovenou v ust. § 28 odst. 2 vyhlášky č. 55/1996 Sb., o požadavcích k zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu při činnosti prováděné hornickým způsobem v podzemí, ve znění pozdějších předpisů. V případě, že vyvstane zadavatelem předvídaná nutnost upravit projektovou dokumentaci, je současně nezbytné, aby byla nejen vyprojektována báňským projektantem, ale následně i posouzena odborným znalcem.

Od výše uvedeného a od celkové složitosti a rozsahu dané veřejné zakázky se tedy odvíjejí další požadavky na minimální úroveň tohoto technického kvalifikačního předpokladu, a to zejména požadavek na současné doložení oprávnění báňského projektanta. Je logické, že má-li odborný znalec ověřovat projektovou dokumentaci zpracovanou báňským projektantem, musí sám disponovat kvalifikací k báňskému projektování. Dle sdělení Českého báňského úřadu, které si zadavatel vyžádal, je oprávnění k činnosti báňského projektanta v praxi podmínkou pro získání osvědčení odborného znalce. Obdobně je při udělování osvědčení odborného znalce autorizace v oboru geotechnika považována za podstatnou pro komplexní znalost dané problematiky. Jedná se tedy o požadavky přiměřené, které zčásti plynou z právních předpisů a ve zbývajícím rozsahu z obvyklé praxe.

K tomu zadavatel dále uvádí, že má samozřejmě v patrnosti zákaz přímé či nepřímé diskriminace jakýchkoli technicky způsobilých dodavatelů. Zadavatel proto před potvrzením svého požadavku provedl opětovnou rešerši veřejně dostupných zdrojů, z nichž zjistil, že stanovené požadavky neomezují hospodářskou soutěž. Převážná většina odborných znalců v České republice totiž disponuje jak oprávněním báňského projektanta, tak i zadavatelem požadovanou autorizací pro obor geotechnika. Pokud se jedná o právnické osoby, odkazuje zadavatel na ust. § 5c odst. 1 věta poslední zákona č. 61/1998 Sb. o hornické činnosti.

Zadavatel vzhledem k těmto skutečnostem a zjištěním na stanovených požadavcích trvá.

Posouzení projektové dokumentace je vysoce odbornou činností, kterou musí provádět dostatečně kvalifikovaný a zkušený odborník. Přitom platí, že takováto kvalifikace je dána právě kumulativním splněním všech kritérií jedinou osobou a nelze ji zajistit prostým součtem zkušeností a kvalifikace více osob.

Na základě rešerši veřejně dostupných zdrojů tj. (seznam znalců – uvedený na stránkách Státní báňské správy<sup>1)</sup> jsme zjistili, že počet **znalců** v České republice je pouze **9** (viz seznam osob níže) s **autorizací geotechnika jen 2 osoby**. V rámci seznamu báňských projektantů není uvedeno u znalců rozsah oprávnění dle požadavku, tj. ustanovení **§ 3 písm. c), d), e), f) a i) zákona č. 61/1988 Sb.**, o hornické činnosti a výbušninách a o státní báňské správě, v platném znění.

	Příjmení	Jméno	Titul		Báňský projektant podle § 3 zákona č. 61/1988 Sb. v rozsahu písm.	Autorizace
1.	Mařík	Libor	Ing.	20.5.2013, Čj. SBS/03261/2013/ČBÚ-21	neuvedeno	Geotechnik
2.	Moučka	Štěpán	Ing.	20.5.2013, Čj. SBS/44395/2012/ČBÚ-21	neuvedeno	Městské inženýrství, stavby vodního a



						krajinného inženýrství
3.	Butovič	Alexandr	Ing., Ph.D.	20.5.2013, Čj. SBS/12555/2013/ČBÚ-21	neuvedeno	Autorizace na ČKAIT nedohledána
4.	Augusta	Jaromír	Ing.	20.5.2013, Čj. SBS/00253/2013/ČBÚ-21	neuvedeno	<b>Geotechnik, Zkoušení a diagnostika staveb</b>
5.	Šabata	Roman	Ing.	20.11.2013, Čj. SBS 21729/2013/ČBÚ-21	Neuvedeno	Autorizace na ČKAIT nedohledána
6.	Kuňák	Josef	Ing.	20.11.2013, Čj. SBS 21836/2013/ČBÚ-21	Neuvedeno	Autorizace na ČKAIT nedohledána
7.	Růžička	Jiří	Ing.	20.11.2013, Čj. SBS 21839/2013/ČBÚ-21	neuvedeno	Autorizace na ČKAIT nedohledána
8.	Horák	Vlastimil	Ing.	10.11.2016, Čj. SBS 33664/2016/ČBÚ-21/1	c,e,i	Autorizace na ČKAIT nedohledána
9.	John	Vladislav	Ing., Ph.D.	10.11.2016, Čj. SBS 36577/2016/ČBÚ-21/1	neuvedeno	Autorizace na ČKAIT nedohledána

Na základě výše uvedeného uchazeč upozorňuje zadavatele na nepřiměřenou a diskriminačně nastavenou kvalifikaci, pokud zadavatel požaduje u osoby odpovědné za kontrolu projektové dokumentace tunelové stavby, aby byla znalcem, geotechnikem a báňským projektantem s požadovanou praxí, tj. zkušenost se zhotovením projektové dokumentace v rozsahu RDS pro raženou silniční či železniční tunelovou stavbu metodou NRTM (nová rakouská tunelovací metoda) v délce minimálně 300 metrů.

Požadujeme upravení kvalifikace s ohledem na přiměřenost a nediskriminaci uchazečů.

#### **Odpověď na dotaz č.688:**

*K obdrženímu dotazu zadavatel předepisuje, že si je vědom zákazu přímé i nepřímé diskriminace a při sestavování zadávacích podmínek k němu důsledně přihlížel. To ostatně zadavatel uvedl i v odpovědi na dotaz č. 595, kterou dodavatel cituje.*

*Z obsahu dotazu je patrné, že dodavatel považuje za nepřiměřenou minimální úroveň technického kvalifikačního předpokladu stanovenou pro člena realizačního týmu - osobu odpovědná za kontrolu projektové dokumentace tunelové stavby. Dále je patrné, že tuto nepřiměřenost dodavatel spatřuje především v kumulaci jednotlivých dílčích požadavků kladených na daného člena týmu, jmenovitě těch, které ve svém dotazu zvýraznil.*

*Jak dodavatel s odkazem na odbornou literaturu správně uvádí, představuje každý kvalifikační požadavek ze své podstaty selekci dodavatelů, kteří se mohou ucházet o veřejnou zakázku. Takováto selekce je přípustná tehdy, je-li podložena legitimními zájmy zadavatele, tj. pokud má svůj podklad v povaze veřejné zakázky.*

*Zadavatel i přes upozornění obsažené v zaslaném dotazu trvá na stávajícím znění zadávacích podmínek, neboť jednotlivé dílčí požadavky na člena týmu - osobu odpovědnou za kontrolu projektové dokumentace tunelové stavby považuje za přiměřené, důvodné a tedy nikoliv diskriminační. Tento závěr pak platí současně o celkové minimální úrovni kvalifikace stanovené pro tuto osobu, neboť ta je dána součtem těchto jednotlivých legitimních požadavků.*

Dodavatel ve svém dotazu výslovně uvádí požadavky na to, aby daná osoba byla současně:

- držitelem osvědčení ČBÚ pro odborného znalce dle § 2 vyhl. č. 298/2005 Sb. a v rozsahu ustanovení § 3 písm. i) vyhl. č. 61/1988 Sb.,
- držitel oprávnění k vyhotovování projektové dokumentace u staveb realizovaných hornickým způsobem - úroveň „báňský projektant“,
- nositelem autorizace pro obor geotechnika, a
- požadovanou jednu referenční stavbu.

Pokud jde o požadavek na osvědčení pro odborného znalce, vyjadřoval se k němu zadavatel v poskytnutých vysvětleních zadávací dokumentace opakovaně. Na tomto místě tedy opět uvádí, že přítomnost odborného znalce v rámci personálu zhotovitele je vyžadována s ohledem na podmínku stanovenou v ust. § 28 odst. 2 vyhlášky č. 55/1996 Sb., o požadavcích k zajištění bezpečnosti a ochrany zdraví při práci a bezpečnosti provozu při činnosti prováděné hornickým způsobem v podzemí, ve znění pozdějších předpisů.

Tento kvalifikační požadavek je tedy výrazem nutné podmínky pro plnění veřejné zakázky, která plyne z právních předpisů. Z tohoto pohledu se tedy nemůže jednat o nepřiměřenou zadávací podmínku.

Pokud jde o požadavek na oprávnění báňského projektanta, uvádí zadavatel opakovaně, že dle sdělení Českého báňského úřadu, které si zadavatel vyžádal, je oprávnění k činnosti báňského projektanta v praxi podmínkou pro získání osvědčení odborného znalce. Platí tedy, že každý odborný znalec musí být současně nositelem oprávnění báňského projektanta. Jedná se tedy pouze o komplementární požadavek k požadavku na osvědčení odborného znalce, který neznamena žádný dodatečný zpřísnění kvalifikace.

Pokud jde o požadavek na autorizaci pro obor geotechnika, je především třeba uvést, že informace uváděné dodavatelem nejsou správné. Dodavatel (jak výslovně uvádí) vycházel pouze z údajů o odborných znalcích uvedených ve veřejně dostupné evidenci Českého báňského úřadu. Z porovnání s veřejně dostupnou evidencí autorizovaných osob, kterou vede Česká komora autorizovaných inženýrů a techniků činných ve výstavbě, nicméně vyplývá, že nositeli autorizace pro obor geotechnika jsou všichni odborní znalci s výjimkou jediného.

Ve vztahu k obecné přiměřenosti tohoto požadavku si zadavatel vyžádal vyjádření Českého báňského úřadu. Dle tohoto sdělení je při udělování osvědčení odborného znalce autorizace v oboru geotechnika považována za podstatnou pro komplexní znalost dané problematiky.

I v tomto případě se tedy jedná o požadavek přiměřený a odůvodněný povahou veřejné zakázky, který při své činnosti zohledňuje i příslušný ústřední orgán státní správy. Nadto se jedná o požadavek, který dle veřejně dostupných údajů splňují téměř všichni odborní znalci.

Konečně pokud jde o požadavek na délku praxe v trvání 10 let a doložení jedné referenční stavby, nepovažuje je zadavatele ve vztahu ke složitosti a rozsahu veřejné zakázky za nijak nepřiměřené či nedůvodné.

S ohledem na výše uvedené proto zadavatel nevidí žádný důvod k požadované změně zadávacích podmínek.

Pro úplnost zadavatel uvádí, že výše uvedený dotaz dodavatele neobsahuje žádnou žádost o vysvětlení zadávací dokumentace, ale je pouze polemikou dodavatele s některými zadávacími podmínkami a požadavkem na jejich změnu. Z tohoto důvodu se zadavatel při vypořádání dotazu zabýval rovněž tím, zda jej nemá dle jeho obsahu posoudit a vypořádat jako námitky proti zadávacím podmínkám.

Po tomto posouzení se zadavatel přiklonil k názoru, že je namístě vypořádat tento dotaz postupem dle § 98 zákona a nikoliv jako námitky. Zadavatel vycházel zejména z toho, že zadavatel sám svou žádost výslovně



označuje jako dotaz. Dále zadavatel vycházel z toho, že žádost dodavatele neobsahuje náležitosti námitek dle ust. § 244 odst. 2 zákona a zadavatel by byl tedy nucen takovéto námitky odmítnout dle ust. 245 odst. 3 písm. c) zákona. Konečně vycházel zadavatel z toho, že lhůta pro podání námitek proti zadávací dokumentaci dosud neuplynula a dodavatel tedy není postupem zadavatele dle ust. § 98 zákona nijak zkrácen na svém právu námitek podat. S ohledem na tyto úvahy proto zadavatel žádost dodavatel vyhodnotil jako žádost o vysvětlení zadávací dokumentace a vypořádal ji jak shora uvedeno.

**Dotaz č.689:**

V dodatečných informacích, dodatku č.25 byl na základě odpovědi na dotaz č.573 zaslán soupis prací pro SO 72-30-03, kde bylo v položce č.40 provedeno zaokrouhlení množství na 3 desetinná místa.

Následně byl v dodatečných informacích č.30 a 34 zaslán aktualizovaný soupis prací pro SO 72-30-03, kde již tato oprava nebyla zpracována.

Žádáme o zaslání správného soupisu prací pro SO 72-30-03, kde bude v položce č.40 provedeno zaokrouhlení množství na 3 desetinná místa, jak požaduje zadávací dokumentace.

**Odpověď na dotaz č.689:**

Výměra položky č. 40 v soupisu prací SO 72-30-03 byla zaokrouhlena na 3 desetinná místa.

Přílohy:

- 1) Soupis prací SO723003\_sp\_oprava6.xls - aktualizace 3.8.2017

V Praze dne 04. 08. 2017

**Ing. Libor Kůta**

vedoucí oddělení zadávání investic  
na základě pověření č. 1937  
Správa železniční dopravní cesty,  
státní organizace