



UOHSX003GTUQ

## PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R44/2011/VZ-3730/2011/310/EKu

V Brně dne: 17. března 2011

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 22. 2. 2011 podaném vybraným uchazečem – společnostmi

- **Chemkostav a. s.**, IČ 36191892, se sídlem Priemyselná 3931, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, za niž jedná Ing. Tibor Mačuga, předseda představenstva, a Ing. Milan Dunaj, místopředseda představenstva,
- **AGROSTAV, akciová společnost**, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, za niž jedná Václav Saenger, ředitel a prokurista,
- **Stavební firma Škrabal spol. s r. o.**, IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno, za niž jedná Ing. František Škrabal, jednatel, a
- **IPOS PS s. r. o.**, IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, za niž jedná Jan Hrdlička, jednatel,

kteřé dne 10. 12. 2008 uzavřely smlouvu o sdružení pod názvem „VHS Jihlavsko“ za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 30. 6. 2010 společností AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, za niž jedná Václav Saenger, ředitel a prokurista,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHI ze dne 7. 2. 2011 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – **Svazu vodovodů a kanalizací Jihlavsko**, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava, za nějž jedná RSDr. Jiří Vlach, předseda představenstva, učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko**“, zadávané formou otevřeného řízení podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno v informačním systému o veřejných zakázkách dne 21. 11. 2008 pod ev. č. 60025377 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 11. 2008 pod ev. č. 2008/S 228-303598, jehož dalším účastníkem je navrhovatel – společnosti

- **SYNER VHS Vysočina, a. s.**, IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, za niž jedná Ing. David Štursa, místopředseda představenstva, a Ing. Miroslav Lehký, člen představenstva,
- **HOCHTIEF CZ a. s.**, IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, za niž jedná Ing. Tomáš Bílek, předseda představenstva, a Ing. František Kubát, člen představenstva,
- **Metrostav a. s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, za niž jedná Ing. Jiří Bělohlav, místopředseda představenstva, a Ing. Zdeněk Šinovský, člen představenstva,
- **EUROVIA CS, a. s.**, IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, za niž jedná Ing. Martin Borovka, předseda představenstva, a Grégoire Pineseau, místopředseda představenstva,

kteří dne 13. 1. 2009 uzavřely smlouvu o sdružení "Sdružení firem Jihlavsko" za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky „Rekonstrukce stávajících a výstavba nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko“, a které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 30. 6. 2010 JUDr. Vladimírem Zmeškalem, advokátem se sídlem AK Pejchal, Nespala a spol., Riegrova 336/5, 250 01 Brandýs nad Labem,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHI ze dne 7. 2. 2011

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel – Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, IČ 48460915, se sídlem Žižkova 93, 586 01 Jihlava (dále jen "zadavatel"), uveřejnil podle § 27 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "zákon"), v informačním systému o veřejných zakázkách pod evidenčním číslem 60025377 dne 21. 11. 2008 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 11. 2008 pod evidenčním číslem 2008/S 228-303598 oznámení otevřeného řízení za účelem zadání nadlimitní veřejné zakázky "Rekonstrukce stávajících a výstavby nových stok a zajištění množství a jakosti pitné vody v regionu Jihlavsko" (dále jen "veřejná zakázka"). Pozn.: pokud je v textu uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění platné v době provedení úkonu Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“ nebo „orgán dohledu“) nebo v době provedení jednotlivých úkonů účastníků řízení.
2. Zadavatel dne 23. 2. 2010 rozhodl o výběru nejvhodnější nabídky uchazeče – společností Chemkostav a. s., IČ 36191892, se sídlem K. Kuzmányho 22, 071 01 Michalovce, Slovenská republika, AGROSTAV, akciová společnost, IČ 46904662, se sídlem Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava, Stavební firma Škrabal spol. s r. o., IČ 13694201, se sídlem Vránova 143, 612 00 Brno a IPOS PS s. r. o., IČ 28317122, se sídlem Hruškové Dvory 6, 586 01 Jihlava, které dne 10. 12. 2008 uzavřely smlouvu o sdružení pod názvem "VHS Jihlavsko" za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky (dále jen „vybraný uchazeč“). Výběr nejvhodnější nabídky oznámil zadavatel uchazečům dopisem ze dne 29. 4. 2010.
3. Další uchazeč – společnosti SYNER VHS Vysočina, a. s., IČ 25183052, se sídlem Na Hranici 14, 586 01 Jihlava, HOCHTIEF CZ a. s., IČ 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha, Metrostav a. s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha, a EUROVIA CS, a. s., IČ 45274924, se sídlem Národní 10, 113 19 Praha, které dne 13. 1. 2009 uzavřely smlouvu o sdružení s názvem "Sdružení firem Jihlavsko" za účelem společného postupu v rámci veřejné zakázky (dále jen "navrhovatel"), s rozhodnutím zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky nesouhlasil z důvodu tvrzeného nesplnění technických kvalifikačních předpokladů ze strany vybraného uchazeče a nesprávného hodnocení smluvních pokut uvedených v jeho nabídce, podal proto proti němu námitky, kterým zadavatel rozhodnutím ze dne 21. 5. 2010 nevyhověl. Jelikož navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal u Úřadu návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v předmětné veřejné zakázce. Úřad návrh obdržel dne 2. 6. 2010 a k tomuto dni oznámil zahájení správního řízení, za jehož účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče.
4. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 5. 8. 2010 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S181/2009/VZ-9576/2009/520/JHI, kterým rozhodl o zastavení správního řízení podle § 118 zákona, neboť v postupu zadavatele neshledal porušení zákona. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad stran zjevně nepřiměřených hodnot smluvních pokut v nabídce vybraného uchazeče uvedl, že zadavatel hodnotil nabídky tak, jak byly nabídnuty, přičemž žádná z nabízených hodnot nebyla shledána jako zjevně nepřiměřená a takový postup Úřad shledal souladný se zákonem.

5. Jelikož v předchozím správním řízení vedeném Úřadem ve věci téže veřejné zakázky (sp. zn. ÚOHS-S90/2009/VZ) byla navrhovatelem nastolena otázka věrohodnosti referencí předložených společností Chemkostav a. s., IČ 36191892, se sídlem K. Kuzmányho 22, 071 01 Michalovce, Slovenská republika (dále i jen "Chemkostav"), která je členem sdružení – vybraného uchazeče, vyžádal si Úřad nad rámec podkladů předložených účastníky řízení z vlastní iniciativy od Ministerstva vnitra Slovenské republiky zaslání informací k uděleným referencím, ke kterým se tento subjekt v průběhu zadávacího řízení nevyjádřil. V žádosti se Úřad dotazoval, jaké stavební práce prováděl dodavatel Chemkostav při realizaci veřejné zakázky "Líniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru", dále požadoval informace, kdy byla uzavřena smlouva o dílo s dodavatelem Chemkostav, kdy byly stavební práce dokončeny a řádně předány, jaký byl finanční objem jím realizovaných prací, které konkrétní stavby byly předmětem veřejné zakázky a jaké liniové stavby byly předmětem veřejné zakázky a jakou finanční část z celkové ceny této veřejné zakázky tvořila kanalizace a stavby.
6. Ministerstvo vnitra Slovenské republiky k dotazu Úřadu odpovědělo s tím, že na základě výběrového řízení byla s uchazečem Chemkostav dne 4. 4. 2005 uzavřena smlouva o dílo na stavbu s názvem "Líniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru" a práce byly řádně dokončeny a předány dne 12. 6. 2007. Uchazeč Chemkostav realizoval práce v celkovém finančním objemu 17 419 969 € bez DPH, z této částky připadala na kanalizace a liniové stavby částka ve výši 4 067 582 € bez DPH. Ministerstvo vnitra Slovenské republiky dále popsal charakter liniových staveb, které se podle něj skládaly z vnitroareálových kanalizací a vodovodů, kanalizačních přípojek včetně odlučovače ropných látek, vodovodní přípojky, ČOV, přípojky plynu, rozvody NN a VN. Podíl liniových staveb na celkovém finančním objemu veřejné zakázky činil cca 24 %.
7. Navrhovatel se k výše uvedenému dodatečně vyjádřil v tom smyslu, že referenční zakázka od Ministerstva vnitra Slovenské republiky není vodohospodářskou stavbou na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb týkajících se vodovodů nebo kanalizací v hodnotě min. 150 000 000 Kč, když hodnota liniových staveb uvedená v potvrzení Ministerstva vnitra Slovenské republiky činí celkem 4 067 582 €. Při tehdy aktuálním kursu ČNB ke dni 14. 1. 2009 (konec lhůty pro podání nabídek do výběrového řízení) 1 €/26,930 Kč, je hodnota stavebních prací uvedená v potvrzení Ministerstva vnitra Slovenské republiky pouze 109 539 983,26 Kč. Uvedené liniové stavby se tedy podle navrhovatele v rozporu se zadávací dokumentací netýkaly pouze vodovodů a kanalizací, v částce 4 067 582 € byly zahrnuty i práce týkající se odlučovačů ropných látek, přípojek plynu, rozvodů NN a VN, z potvrzení není vůbec zřejmý jejich podíl na uváděné částce, navíc u těchto prací jistě nejde o vodohospodářskou stavbu. Do liniových staveb o zmíněném celkovém objemu ve výši 4 067 582 € byly zahrnuty i kanalizační a vodovodní přípojky, ty však podle navrhovatele nejsou vodohospodářskou stavbou.
8. Ke splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraného uchazeče Úřad v odůvodnění uvedl, že mezi účastníky řízení není sporu o tom, že dvě z referenčních zakázek předložených vybraným uchazečem (konkrétně stavby "Petrovce – rekonštrukcia vodohospodárskeho uzla VD Zemplínska Šírava za 120 mil. Kč" a "Tunel Branisko – Diaľnica D1 Behárovce, Odkanalizovanie tunela, obce Korytné a Behárovce za 176 mil. Kč") splňují podmínky stanovené zadavatelem jako "dvě vodohospodářské stavby v hodnotě min. 80 000 000 Kč",

příčemž předmětem plnění jedné z nich byla rekonstrukce nebo výstavba kanalizačních sítí podle čl. 3.4.3 zadávací dokumentace. Úřad dále konstatoval, že již bylo nutné pouze posoudit, zda jedna ze zbývajících referenčních zakázek splňovala požadavky zadavatele uvedené v čl. 3.4.3 zadávací dokumentace na "minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 150 000 000 Kč". K tomu Úřad konstatoval, že cílem požadavků na prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů, uvedených v ustanovení § 56 odst. 1 písm. a) zákona je, aby dodavatel předložil důkazy o tom, že je pro plnění veřejné zakázky vybaven zejména potřebnou zkušeností. Výše zmíněné ustanovení zákona tedy nevylučuje prokázání splnění požadavků na technickou kvalifikaci pouze částí veřejné zakázky, která již byla řádně splněna a odevzdána. S odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 22/2005-95 ze dne 15. 12. 2006 Úřad uvedl, že nemůže sám přezkoumávat úvahy členů komise, resp. zadavatele, neboť by se tím sám ve svých důsledcích stylizoval do role zadavatele a určoval by, která nabídka má vyhovět stanoveným podmínkám a také v soutěži zvítězit, jeho úkolem je výhradně kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru. Úřad tedy nemůže provádět vlastní hodnocení nabídek, avšak je oprávněn posoudit, zda vybraný uchazeč mohl předložit referenci na veřejnou zakázku, která sice nebyla dokončena jako celek, ale její jednotlivé samostatné části byly řádně zrealizovány a předány objednateli v zadavatelem požadovaném termínu.

9. Úřad proto konstatoval, že vybraný uchazeč ukončil a odevzdal stavební práce jednotlivých liniových staveb kanalizací a vodovodů ve finančním objemu 217 mil. Kč v termínu do konce roku 2008 a byť se nejednalo o referenční veřejnou zakázku jako celek, jednalo se o jednotlivé samostatné části, na které objednatel vystavil osvědčení o zrealizované stavbě, v zadavatelem požadovaném termínu. Pro posouzení případu tak podle Úřadu není důležité, že nebyla předložena reference na celkovou veřejnou zakázku objednatele Východoslovenská vodárenská spoločnosť, a. s., (dále jen „VVS“) podstatné je pouze to, že vybraný uchazeč prokázal, že je schopen splnit veřejnou zakázku, tak jak stanovil zadavatel, když předložil referenci na již ukončené a již předané samostatné části veřejné zakázky "Prešov - Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy" v hodnotě 217 mil. Kč.
10. Co se týče reference na veřejnou zakázku "Líniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru", ta podle Úřadu pouze naplňuje zadavatelem požadovanou kvótu na čtyři referenční zakázky, z nichž pouze ve třech případech se muselo jednat o vodohospodářské stavby, není tedy potřeba zkoumat, jaké konkrétní stavby byly v rámci této referenční zakázky provedeny a jaký podíl tvořily stavby liniové. Dle názoru Úřadu tedy zadavatel při posouzení prokázání splnění požadavků na technickou kvalifikaci v nabídce vybraného uchazeče postupoval v souladu se zákonem, čímž je podle Úřadu dán důvod k zastavení řízení tak, jak je uvedeno ve výrokové části napadeného rozhodnutí.
11. Rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S181/2009/VZ-9576/2009/520/JHI ze dne 5. 8. 2010 napadl navrhovatel rozkladem, ve kterém namítal, že s ohledem na obsah zadávací dokumentace a příslušná zákonná ustanovení nebylo možné prokázat splnění požadavků na technickou kvalifikaci pouze částí jiné veřejné zakázky a uvést dílčí plnění ze smlouvy o dílo v nabídce jako referenční stavbu ve smyslu zadávací dokumentace.
12. Podle názoru navrhovatele neprokával vybraný uchazeč splnění kvalifikace prostřednictvím referenční zakázky "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa", neboť stavba

nebyla k rozhodnému dni jako celek řádně dokončena (podle navrhovatele měla být celá tato referenční zakázka dokončena až v roce 2009). Navrhovatel má za to, že z podmínek zadání obsažených v zadávací dokumentaci jasně vyplývá, že se musí jednat o stavební práce, resp. vodohospodářské stavby řádně dokončené, nikoli rozpracované.

13. Podle navrhovatele vybraný uchazeč nemohl splnit technické předpoklady stanovené zadavatelem v zadávacích podmínkách, pokud jde o referenční zakázku, když jako referenční stavbu uvedl projekt, který nemohl být k rozhodnému dni jako celek řádně dokončen a předán objednateli, který realizoval ve sdružení, spolu s dalšími členy sdružení a pro účely prokázání splnění technické kvalifikace byla zjevně odštěpena pouze část plnění – navíc samostatné stavební celky, kterými argumentuje Úřad v odůvodnění, realizovalo sdružení jako celek, nikoli pouze vybraný uchazeč a když vybraný uchazeč jako referenční vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v minimální hodnotě 150 000 000 Kč, uvedl projekt, kde z potvrzení objednatele vyplývá, že potvrzuje pouze objem provedených stavebních prací (243 mil. Sk), evidentně pouze na části díla, které není vodohospodářskou stavbou ve smyslu zadávací dokumentace (při celkové ceně zakázky cca 1 842 543 960,60 Sk).
14. Navrhovatel rovněž nesouhlasil s rozhodnutím Úřadu v otázce přiměřenosti či nepřiměřenosti smluvních pokut a byl toho názoru, že výše smluvních pokut navržených vybraným uchazečem je zjevně nepřiměřená, navíc nepřípustným způsobem do značné míry ovlivňuje samotné hodnocení nabídek, když zadavatelem užitý a v zadávacích podmínkách blíže popsany systém hodnocení nabídek přiřazuje v bodovém hodnocení navrhované výši smluvních pokut váhu 25 %, pokud jde o smluvní pokutu za prodlení se splněním lhůty pro dokončení díla a 10 %, pokud jde o smluvní pokuty za prodlení se splněním lhůty stanovené v harmonogramu pro jednotlivé ucelené části díla – závazné milníky, v souhrnu tedy celkem 35 %, tj. více jak jednu třetinu.
15. Z uvedených důvodů navrhovatel požadoval, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010.
16. O rozkladu navrhovatele rozhodl předseda Úřadu dne 12. 11. 2010 rozhodnutím č. j. ÚOHS-R121/2010/VZ-16590/2010/310/Eku tak, že prvostupňové rozhodnutí č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-9576/2010/520/JHI ze dne 5. 8. 2010 zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání. Ve svém zrušujícím rozhodnutí vyjádřil předseda Úřadu pochybnost, zda je argumentace Úřadu úplná a jím uvedené skutečnosti postačují ke kvalifikovanému přezkoumání učiněného závěru. Předseda Úřadu tedy považoval za nutné, aby se Úřad znovu zabýval otázkou, zda a z jakých důvodů lze dílčí plnění celkové veřejné zakázky považovat za dostačující a kvalifikačním předpokladům vyhovující, stejně tak je třeba uvést na pravou míru způsob, jakým se Úřad vypořádal s nesrovnalostmi týkajícími se hodnot jednotlivých částí zakázek, a to jednak ve vztahu k požadovaným druhům liniových vodohospodářských staveb a dále rovněž ve vztahu k účastenství společnosti Chemkostav, a. s., ve sdružení dodavatelů, zejména aby tyto závěry byly Úřadem důkladně odůvodněny a aby byl odstraněn prostor pro možné pochybnosti. Stejně tak bylo nutné odstranit rozpor mezi tvrzeními jednotlivých účastníků ohledně dokončení a předání díla, resp. řádného ukončení díla (tedy předání díla bez vad a nedodělků) a vypořádat se s argumentací navrhovatele ohledně stavu dokončení či rozpracovanosti díla i ve vztahu k jím zmíněným zákonným definicím a judikatuře.

17. Co se však týče rozkladové námítky navrhovatele týkající se nepřiměřenosti smluvních pokut uvedených v nabídce vybraného uchazeče, předseda Úřadu se s prvostupňovým rozhodnutím Úřadu č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-9576/2010/520/JHI ze dne 5. 8. 2010 v této věci v plném rozsahu ztotožnil.

## II. Napadené rozhodnutí

18. Po novém projednání věci a přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 7. 2. 2011 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHI (dále jen "napadené rozhodnutí"), kterým rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyločil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče, který neprokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů, stanovených v čl. 3.4 zadávací dokumentace, v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť nabídka vybraného uchazeče byla vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele Úřad podle § 118 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení (výrok I. napadeného rozhodnutí). Podle § 119 odst. 2 zákona pak Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (výrok II. napadeného rozhodnutí).
19. V odůvodnění napadeného rozhodnutí Úřad po shrnutí dosavadního průběhu správního řízení popsal průběh doplnění dokazování v tom směru, že si od objednatele (zde poskytovatele reference) VVS vyžádal další informace týkající se poskytnutí reference společnosti Chemkostav a. s., na veřejnou zakázku na stavbu "Prešov - Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy". Po společnosti Chemkostav a. s. Úřad požadoval zaslání rozhodnutí o povolení užívání níže uvedených staveb, protokolů o odevzdání a převzetí těchto staveb a sdělení (pokud to z jednotlivých protokolů nevyplývá), ze kterých stavebních objektů a v jakém finančním objemu se jednotlivé stavby skládají. Šlo přitom konkrétně o tyto stavby: Stavba: 2 – Sabinov - rekonštrukcia a intenzifikácia ČOV, Stavba: 4 – Sabinov – rekonštrukcia hlavného kanalizačného zberača, Stavba: 5 – Lipany - rekonštrukcia hlavného kanalizačného zberača, Stavba: 6 – Prešov - rekonštrukcia kanalizácie na ul. Hviezdoslavovej, Stavba: 10 – Prešov - rekonštrukcia zberača "A", Stavba: 12 – Lipany, Krivianska ul. – kanalizácia, Stavba: 16 – Sabinov, Svätojánské pole – kanalizácia, Stavba: 19 - Prešov - BIII Dúbrava – kanalizácia III. etapa, Stavba: 22 – Prešov – Ku Surdoku – kanalizácia II. etapa, Stavba: 24 – Prešov, Šafárikova ul. – kanalizačný zberač G VIII, Stavba: 37 – Torysa – dobudovanie kanalizácie, Stavba: 46 – Prešov – Ku Surdoku – vodovod 2. etapa, Stavba: 47 – Prešov – IBV Nižná Šebastová – vodovod 2. etapa, Stavba: 48 – Prešov – ul. Fintická – vodovod, Stavba: 61 – Kojatice – vodovod, Stavba: 68 – Drienov – vodovod a Stavba: 69 – Nová Polhora – vodovod. Společnost v odpovědi uvedla, že rozhodnutí o povolení užívání staveb bude vydáno až po skončení zkušebního provozu, který stále probíhá. Součástí dopisu byly i jednotlivé protokoly o odevzdání a převzetí stavby. Všechny protokoly (na výše uvedené stavby, jimiž vybraný uchazeč prokazoval splnění technických kvalifikačních předpokladů) byly datovány nejpozději k říjnu 2008.
20. Úřad se dále dotazoval společnosti VVS, jak je možné, že k výše zmíněným stavbám existují dva různé protokoly o odevzdání a převzetí stavby. Například u stavby "Prešov – voda

a kanalizácia v povodí rieky Torysy, stavba č. 22 – Prešov – Ku Surdoku – kanalizácia 2. etapa" je prvý protokol (zaslaný spoločnosťou VVS, a. s.) číslo 38/08 datovaný ke dni 22. 8. 2008, druhý protokol (priložený ako podklad pro vydání rozhodnutí povolení užívání vodní stavby) číslo 41/2009 je datovaný ke dni 27. 2. 2009. K odstranění nejasností si Úřad vyžádal všechny existující protokoly o odevzdání a převzetí stavby na výše uvedené stavby a vyjádření společnosti VVS týkající se existence dvou různých protokolů o odevzdání a převzetí stavby na stavbu "Prešov – Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy, stavba č. 22 – Prešov – Ku Surdoku – kanalizácia 2. etapa" (a také k možné existenci dalších předávacích protokolů v rámci předmětné veřejné zakázky na výše uvedené stavby).

21. Současně si Úřad vyžádal vyjádření Krajského úřadu životného prostredia v Prešove, Námestie mieru 2, 081 92 Prešov, Slovenská republika (dále jen "KÚŽP Prešov") k existenci dvou různých protokolů o odevzdání a převzetí stavby na stavbu "Prešov – Pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy, stavba č. 22 – Prešov – Ku Surdoku – kanalizácia 2. etapa", jelikož z veřejné vyhlášky ze dne 31. 3. 2010 číslo 1/2010/00364-007/BE KÚŽP Prešov vyplývá, že podkladem pro rozhodnutí o povolení užívání vodní stavby "Prešov – pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy, stavba č. 22 – Prešov – Ku Surdoku – kanalizácia 2. etapa" byl mimo jiné protokol o odevzdání a převzetí stavby 41/2009 ze dne 27. 2. 2009. Protokol o odevzdání a převzetí stavby, zaslaný společností VVS, a. s. dne 6. 12. 2010 ke stavbě "Prešov – pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysy, stavba č. 22 – Prešov – Ku Surdoku – kanalizácia 2. etapa" ale nesl označení 38/08 a byl datován ke dni 22. 8. 2010. Úřad si dále vyžádal fotokopie všech protokolů o odevzdání a převzetí stavby na výše uvedené stavby a fotokopie všech veřejných vyhlášek (rozhodnutí o povolení užívání vodní stavby), které byly na výše uvedené stavby vydány.
22. Společnost VVS ve svém vyjádření uvedla, že v souladu s podčlánkem 10.2 Všeobecných smluvních podmínek ve znění změn dohodnutých ve Specifických podmínkách Smlouvy o dílo, stavební dozor na základě rozhodnutí Objednatele vydal k termínu 30. 11. 2008 pro společnost Chemkostav a. s., přebírací protokoly o části díla, t. j. na stavby realizované (ukončené) společností Chemkostav a. s. V rámci zkušební lhůty, po převzetí staveb, vydal stavební dozor společnosti Chemkostav a. s., pokyn na dodatečné práce, kterými došlo k rozšíření původních staveb o nové objekty. Po zrealizování dohodnutých prací navíc vydala společnost VVS podle svého vyjádření zhotoviteli nový přebírací protokol, zohledňující rozšíření původních staveb o nové objekty. Tyto konečné přebírací protokoly byly podkladem žádosti společnosti VVS o vydání kolaudačního rozhodnutí. Ze stanoviska VVS dále vyplývá, že protokoly, které VVS zaslala dne 2. 12. 2010, představují to, co bylo ukončené a odevzdané v roce 2008, bez nových objektů a z toho vyplývajících prací navíc.
23. KÚŽP Prešov v příloze ke svému vyjádření ze dne 29. 12. 2010 zaslal kopie rozhodnutí, kterými bylo povoleno užívání předmětných staveb v Prešovském kraji (mimo dvou staveb, které dosud nebyly zkolaudované a jedné stavby, která leží v Košickém kraji). Kopie protokolů o odevzdání a převzetí stavby nemohl KÚŽP Prešov doručit, jelikož nejsou součástí spisového materiálu a byly orgánu státní vodní správy předloženy jen k nahlédnutí při ústním projednávání. Vzhledem k těmto skutečnostem nemohl KÚŽP Prešov zaujmout relevantní stanovisko k existenci dvou rozdílných protokolů k vedeným stavbám.



24. K problematice dílčího plnění celkové veřejné zakázky Úřad uvedl, že v předmětné veřejné zakázce poskytla společnost Chemkostav a. s. referenci na stavební zakázku, kterou plnila ve sdružení dvou společnostmi Mota-Engil & Chemkostav. Z pohledu zákona o veřejných zakázkách je důležité, aby stavební zakázky, jimiž uchazeči prokazují splnění požadavků na technické kvalifikační předpoklady podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, byly plněny řádně a odborně. Zákon se nezmiňuje o tom, jaký finanční objem stavebních prací musí uchazeč provést, aby mohl stavební zakázkou prokazovat reference. Tyto požadavky určuje zadavatel, který stanoví minimální úroveň těchto kvalifikačních předpokladů, odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky, stejně tak stanoví rozsah požadovaných informací a dokladů. Pokud tedy zadavatel požaduje, aby uchazeč předložil reference na stavební zakázky v určitém finančním objemu, uchazeč může prokazovat splnění požadavků na technické kvalifikační předpoklady prostřednictvím staveb, které prezentuje jako dílčí stavby větší stavební zakázky, když jím předložené referenční zakázky (i když se jedná o dílčí stavby) splňují zadavatelem požadovaný finanční limit, stejně tak jako další požadavky zadavatele uvedené v zadávací dokumentaci (tedy druh veřejné zakázky atd.). Úřad jako určující tedy konstatoval, že důležitá je v tomto případě skutečnost, že uchazeč dokázal provést stavební práce v určitém finančním objemu, určitého druhu a v určité kvalitě, požadovaného zadavatelem, byť se jedná "pouze" o dílčí části celkové stavební zakázky.
25. K otázce účastenství společnosti Chemkostav a. s. ve sdružení dodavatelů a realizačnímu podílu společnosti Chemkostav a. s. na hodnotě celkového referenčního díla Úřad uvedl, že společnost Chemkostav a. s. předložila referenci na stavební zakázku "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa", kterou podle svého vyjádření plnila ze 49 % ve sdružení dvou společnostmi Mota-Engil & Chemkostav. Úřad se na tomto místě zaměřil na posouzení, zda společnost Chemkostav a. s. mohla předložit jako referenční zakázku, kterou plnila ve sdružení s jinou společností. Z pohledu zákona je opět důležité, zda referenční zakázka uchazeče, který prokazuje splnění technických kvalifikačních předpokladů, vyhovuje požadavkům zadavatele uvedeným v zadávací dokumentaci a zákoně a v návaznosti na předmětnou veřejnou zakázku musí tedy dodavatel prokázat, že zrovna ta část, kterou v rámci sdružení uchazečů plnil (zde v rámci sdružení uchazečů Mota-Engil & Chemkostav), splňuje požadavky zadavatele na minimální úroveň druhu, rozsahu a složitosti zakázky. Z plnění veřejných zakázek na stavební práce nelze přitom vyloučit uchazeče, kteří předkládají jako referenční zakázku, kterou plnili ve sdružení (a splnili požadavky zadavatele na minimální úroveň druhu, rozsahu a složitosti zakázky). *Ad absurdum* by vyloučení referenčních zakázek, které uchazeč plnil ve sdružení, mohlo dle závěrů Úřadu vést k případům, kdy se nebudou moci předkládat reference ani na stavební zakázky, které byly plněny pomocí subdodavatele, což není jak v zájmu uchazečů, tak ani v zájmu zadavatele, jelikož i uchazeč plnící veřejnou zakázku ve sdružení a subdodavatel může prokázat, že část, kterou v rámci sdružení plnil, splňuje jak požadavky zadavatele na technické kvalifikační předpoklady uvedené v zadávací dokumentaci, tak i zákonné požadavky. Vzhledem k požadavku transparentnosti a přezkoumatelnosti je však nutné, aby se jednalo o jasně vymezenou a oddělenou část, aby zadavatel skutečně mohl posoudit, zda uchazeč kvalifikační předpoklady splnil. V daném případě lze pak dle Úřadu považovat účastenství společností Chemkostav a.s. na referenční zakázce, resp. jeho podíl na celkovém předmětu

plnění referenční veřejné zakázky, za jasně oddělenou a vymezenou část, kterou tento dodavatel fakticky realizoval, což vyplývá z osvědčení o zrealizované stavbě vydaného společností VVS spolu s výpisem jednotlivých staveb realizovaných společností Chemkostav a. s., a z následné odpovědi na žádost zadavatele ze dne 1. 12. 2009.

26. Stran sporné interpretace ohledně řádného ukončení díla Úřad uvedl, že ze zjištěných skutečností vyplývá, že stavební objekty předané v roce 2008 se shodovaly se stavebními objekty, předanými následně v roce 2009. Z předložených materiálů přitom nplyne, že by v roce 2009 byly realizovány nějaké nové stavební objekty nebo došlo k jejich úpravám, na rozdíl od stavebních objektů předaných v roce 2008. Uvedený postup objednatele předmětné veřejné zakázky VVS a společnosti Chemkostav a. s., vzbuzuje pochybnosti o včasném provedení předmětných staveb, když došlo k jejich dvojitému předání jednou na konci roku 2008 a k novému předání v roce 2009. Podle názoru Úřadu byla výše uvedená referenční zakázka provedena a dokončena až v roce 2009, jelikož podkladem pro vydání rozhodnutí o povolení užívání vodní stavby byly dle vyjádření KÚŽP a materiálů poskytnutých Úřadu KÚŽP protokoly o předání stavby datované nejdříve k únoru 2009. Na základě těchto informací a dalších jmenovaných podkladů se Úřad v rámci správního uvážení přiklonil ke skutečnosti, že předmětná referenční stavba byla předána na základě předávacích protokolů z roku 2009, které byly podkladem pro vydání rozhodnutí o povolení užívání stavby od KÚŽP Prešov. Na základě protokolů o předání stavby z roku 2008 poskytnutých společností VVS nelze dle Úřadu prokázat, že by vybraný uchazeč předal jím prováděnou stavbu v referenční zakázce "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa" ve lhůtě požadované zadavatelem. Podle názoru Úřadu tedy zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, když vybraného uchazeče, který neprokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů, stanovených v čl. 3.4 zadávací dokumentace ("předložení seznamu osvědčení objednatelů o řádném plnění 4 referenčních stavebních prací v letech 2003 až 2007, přičemž zadavatel připouštěl i reference dokončené v průběhu roku 2008"), v požadovaném rozsahu, nevyločil z účasti v předmětném zadávacím řízení, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť nabídka vybraného uchazeče byla vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější.
27. K nesrovnalostem týkajícím se hodnot jednotlivých referenčních veřejných zakázek ve vztahu k druhům liniových vodohospodářských staveb Úřad uvedl, že vybraný uchazeč ve své nabídce předložil 4 referenční zakázky, konkrétně stavební zakázku "Petrovce – rekonštrukcia vodohospodárskeho uzla VD Zemplínska Šírava" za 120 mil. Kč, dále "Tunel Branisko – Diaľnica D1 Behárovce, Odkanalizovanie tunela, obce Korytné a Behárovce" za 176 mil. Kč, kde se jednalo mimo jiné o odkanalizování tunelu Branisko a stavbu ČOV Granč – Petrovce. Navrhovatel ve svém návrhu zpochybňoval prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem při předložení referenční veřejné zakázky "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa" za 217 mil. Kč, kde se jednalo o jednotlivé liniové stavby kanalizací, vodovodů a ČOV. Navrhovatel dále zpochybňoval prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem při předložení referenční veřejné zakázky "Liniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru" za 97 mil. Kč. V tomto případě šlo o kanalizace a liniové stavby (podle poskytovatele reference vnitroareálové rozvody, kanalizační přípojky včetně odlučovače

ropných látek, vodovodní přípojky, ČOV, přípojky plynu, rozvody NN a VN). V zadávací dokumentaci v čl. 3.4.1, je uveden požadavek zadavatele, aby uchazeč předložil "seznam stavebních prací provedených dodavatelem v letech 2003 až 2007 (příčemž zadavatel připouští i reference dokončené v průběhu roku 2008); přílohou tohoto seznamu musí být osvědčení objednatelů o řádném plnění 4 referenčních stavebních prací (tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaj o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně)." V případě výše zmíněné referenčních zakázky "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa" lze ze soupisu jednotlivých staveb, přiložených k osvědčení o zrealizované stavební zakázce, vyčíst druhy jednotlivých staveb. Ve většině případů se jednalo o ČOV, splaškovou kanalizaci, kanalizační sběrače, vodovody a v určitém množství také nevodohospodářské stavby (přípojky, elektrotechnická část, rozvod tlakového vzduchu). Vzhledem k výše uvedenému (body 77 až 91 odůvodnění tohoto rozhodnutí), kdy nebylo prokázáno splnění technických kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem ohledně včasného předání referenční zakázky společností Chemkostav a. s., ve lhůtě stanovené zadavatelem (tedy nejpozději rok 2008), nebylo dále nezbytné zkoumat hodnotu podílu toho kterého druhu stavby na celkové veřejné zakázce. Z výše uvedených důvodů považoval Úřad rovněž za nadbytečné dále zkoumat referenční zakázku "Líniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru", jelikož tím, že nebylo prokázáno včasné předání veřejné zakázky "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky torysa" v termínu požadovaném zadavatelem, nesplnil vybraný uchazeč dotčený požadavek zadavatele uvedený v zadávací dokumentaci v čl. 3.4.1.

28. K hodnocení výše smluvních pokut Úřad po konstatování zjištěného skutkového stavu v souvislosti s nepřiměřeností smluvní pokuty odkázal na rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 5 Afs 75/2009-100 ze dne 6. 11. 2009, v němž Nejvyšší správní soud konstatoval, že pojem „zjevné nepřiměřenosti“ není stavěn na abstraktních základech; právě naopak je definován odkazem na zakázku, která má být zadána, a ve vztahu k příslušnému plnění. Vykazuje tedy znaky neurčitého právního pojmu, ale s ohledem na zvláštnosti zakázky předvídatelného. Obdobný neurčitý pojem obsahuje podle Nejvyššího správního soudu i ustanovení § 77 zákona, tj. „mimořádně nízká nabídková cena“. Jeho nespecifikování v zadávací dokumentaci tedy nezpůsobuje nejednoznačnost nebo neurčitost zadávacích podmínek. Z výše uvedeného tedy dle Úřadu vyplývá, že zadavatel při stanovení dílčích hodnotících kritérií a při následném hodnocení nabídek postupoval v souladu se zákonem a současnou judikaturou, kdy jednotlivým hodnoceným nabídkám nebyla v žádném z dílčích hodnotících kritérií přiřazena nulová hodnota. Pokud zadavatel opětovně posoudil a hodnotil předložené nabídky a z druhého oznámení o výběru nejvhodnější nabídky za dne 27. 4. 2010 vyplývá, že žádná z nabízených hodnot nebyla podle zadavatele nepřiměřená, Úřad uvádí, že takový postup zadavatele neshledává rozporným s žádným ustanovením zákona.
29. K uložení nápravného opatření a náhradě nákladů správního řízení Úřad uvedl, že v průběhu správního řízení zjistil, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 60 odst. 1 zákona, když nesprávně posoudil nabídku vybraného uchazeče a následně jeho nabídku vybral jako nejvhodnější, přestože vybraný uchazeč neprokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů. Jelikož následkem posouzení zadavatele byla jako nejvhodnější nabídka vybrána nabídka vybraného uchazeče, který neprokázal splnění technických kvalifikačních

předpokladů, mohl shora uvedený postup zadavatele podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky. Vzhledem k tomu, že zadavatel pochybil při posouzení a výběru nejvhodnější nabídky, musel Úřad zrušit úkony zadavatele spočívající ve výběru nejvhodnější nabídky. Úřad tak vrátil celé zadávací řízení do stavu před posouzením splnění zadávacích podmínek jednotlivými uchazeči. Je tedy třeba opět posoudit splnění zadávacích podmínek jednotlivými uchazeči, přičemž je nutné vzít na vědomí stanovisko Úřadu vyjádřené v tomto rozhodnutí. K úhradě nákladů řízení je pak zadavatel povinen v případě, že Úřad rozhodl podle § 118 zákona o zrušení zadání veřejné zakázky nebo jen jednotlivého úkonu zadavatele, a to ve výši 30 000 Kč.

### III. Námitky rozkladu

30. Proti oběma výrokům rozhodnutí č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHI ze dne 7. 2. 2011 obdržel Úřad dne 23. 8. 2010 rozklad vybraného uchazeče, který má zato, že Úřad nesprávně právně věc posoudil a nepostupoval v souladu se zákonem, neboť dle názoru vybraného uchazeče zcela překročil své pravomoci orgánu dohledu nad dodržováním zákona, které vyplývají z věcné příslušnosti stanovené v příslušných ustanovení zákona.
31. Vybraný uchazeč v rámci své nabídky, prostřednictvím člena sdružení, společnosti Chemkostav, a. s., doložil na požadovaném formuláři osvědčení o realizaci stavby referenční zakázky vystavené VVS. VVS potvrdila, že společnost Chemkostav, a. s., realizovala referenční zakázku s požadovanou výší smluvní ceny a v požadovaném období, když k termínu uskutečnění stavby došlo v období 7/2007 – 11/2008. Pouze a výhradně z této skutečnosti je nutné vycházet. Jakékoliv další požadavky na prokázání dílčího technického kvalifikačního předpokladu ze strany zadavatele, event. jiného orgánu, včetně Úřadu, jsou v rozporu se zákonem.
32. Úřad dle názoru vybraného uchazeče zcela přehlédl a nezohlednil, že jedinými subjekty v dané věci, kteří jsou oprávněni ke stanovení okamžiku ukončení a předání stavby referenční zakázky, jsou VVS a společnost Chemkostav, a. s., jako účastníci právního vztahu – smlouvy o dílo – vztahujícího se ke stavbě referenční zakázky. Žádnému jinému subjektu, Úřad nevyjímaje, takové oprávnění nenáleží, ledaže mezi stranami daného smluvního vztahu, tj. mezi VVS a společností Chemkostav, a. s., vznikne o ukončení a předání stavby spor. V takovém případě, ovšem teprve až poté, kdy jedna či druhá strana by iniciovala zahájení soudního řízení, by ke zodpovězení otázky ukončení a předání stavby byl příslušný soud, v konkrétním případě soud Slovenské republiky.
33. Úřad se závěrem, že k dokončení a předání stavby referenční zakázky muselo dojít až v únoru 2009 vlastně staví do pozice orgánu určujícího, dle terminologie § 80 občanského soudního řádu, zda tu právní vztah je či není – konkrétně zda k předání stavby referenční zakázky došlo v roce 2008 či v roce 2009. Tuto pravomoc, jak bylo uvedeno výše, Úřad nemá, neboť přísluší pouze a výhradně soudu, a to pouze za situace, kdy jedna ze stran právního vztahu vztahujícího se k referenční zakázce by dokončení a předání stavby rozporovala, ev. pokud by se takového určení domáhala osoba, která má na dané věci právní zájem (samozřejmě

nahlíženo optikou českého právního řádu, nelze ovšem opominout, že smluvní vztah mezi VVS a společností Chemkostav, a. s. podléhá řádu Slovenské republiky).

34. Závěr Úřadu o nepředání a nedokončení stavby referenční zakázky v roce 2008 vzbuzuje ve vybraném uchazeči podezření, že pouze Úřad (implicitně), namísto VVS, je schopen určit, kdy k dokončení a předání stavby realizované pro VVS skutečně došlo. V této souvislosti je nutné poukázat, že tak Úřad činí i za situace, kdy VVS dopisem ze dne 20. 12. 2010 Úřad informoval, že po dokončení a předání stavby referenční zakázky v roce 2008 byly realizovány vícepráce, díky kterým došlo k podpisu nových protokolů o odevzdání a předání stavby, tzn. že pouze Úřad a nikoliv VVS je schopen určit nejen kdy, ale i v jakém rozsahu byla stavba referenční zakázky realizována. K takovým závěrům ovšem zákon ani jiné právní předpisy, Úřad, ale ani zadavatele, neopravňují.
35. Úřad na podporu svého závěru o stanovení okamžiku dokončení a předání stavby referenční nabídky odkazuje na informace a podklady obdržené od Krajského úřadu životného prostredia v Prešove (dále jen „KÚŽP“). Vybraný uchazeč ovšem žádné relevantní informace od KÚŽP obsažené v rozhodnutí nedohledal. Naopak sám Úřad v bodě 55 rozhodnutí uvedl, že „Vzhledem k těmto skutečnostem nemohl KÚŽP Prešov zaujmout relevantní stanovisko k existenci dvou rozdílných protokolů k vedeným stavbám“.
36. Úřad dle názoru vybraného uchazeče zcela mylně v bodě 90 Rozhodnutí uvedl, že „Na základě protokolů poskytnutých společností VVS, a. s. nelze prokázat, že by vybraný uchazeč předal jím prováděnou stavbu ...ve lhůtě požadované zadavatelem“. Vybraný uchazeč žádné dokončení a předání stavby referenční zakázky prokázal právě předložením osvědčení o realizaci stavby referenční zakázky vystaveným VVS. Uchazeč dle zákona nemohl žádným jiným způsobem prokázat realizaci referenční zakázky. K tomuto je nutné doplnit, že to byl i sám Úřad, který zajistil ještě dodatečný důkaz o tom, že stavba referenční zakázky byla v požadovaném termínu a rozsahu společností Chemkostav, a. s. realizována, když mu byla na základě jeho dotazu doručena informace od VVS potvrzující, že k dokončení a předání stavby referenční zakázky došlo v roce 2008.
37. Jakékoliv závěry Úřadu o dokončení stavby odvozené z kolaudačních řízení (viz bod 86 a 87 rozhodnutí) jsou irelevantní. Předně Úřad opomněl, že zadavatel v zadávacích podmínkách nepožadoval k prokázání referenční zakázky rozhodnutí o užívání stavby (kolaudaci). Dále nelze bez celé řady doplňujících informací a znalostí skutečného stavu věci odvodit z pouhého faktu předložení protokolů z odevzdání a převzetí stavby z 27. 2. 2009, resp. 27. 2. 2009 pro účely řízení o užívání stavby, že k dokončení a předání stavby referenční zakázky nemohlo dojít dříve. Zde je nutné opětovně poukázat na to, že jediným subjektem, který takový okamžik zná, je (vedle společnosti Chemkostav, a. s.) pouze objednatel stavby – společnost VVS.
38. Vybraný uchazeč dále poukazuje na skutečnost, že v rámci své nabídky doložil celkem 4 referenční zakázky, a to stavby Prešov – pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa (objednatel: Východoslovenská vodárenská spoločnosť, a. s., finanční objem: 217 mil. Kč), Petrovce – rekonštrukcia vodohospodárského uzla VD Zemplínska Šírava (objednatel:

Slovenský vodohospodársky podnik, š. p., finanční objem: 120 mil. Kč), Tunel Branisko – Diaľnica D1 Behárovce, III. Etapa – Středisko údržby diaľnic, Odkalnalizovanie tunela, obce Korytné a Behárovce (objednatel: Národná diaľničná spoločnosť a. s., finanční objem: 176 mil. Kč) a Líniové objekty Oddelenia hraničnej polície policejného zboru (objednatel: Ministerstvo vnútra Slovenskej republiky, finanční objem: 97 mil. Kč).

39. Zadavatel požadoval po uchazečích předložení osvědčení o 3 referenčních stavbách, o čemž dle obsahu napadeného rozhodnutí nepochybuje ani samotný Úřad. Je proto s podivem, že se Úřad zabíral stavbou referenční zakázky, která, i kdyby ve skutečnosti za referenční zakázku uznána být nemohla, nemohla ovlivnit řádné splnění technického kvalifikačního předpokladu ze strany vybraného uchazeče, neboť ten předložil vedle stavby referenční zakázky s názvem Prešov – pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa další 3 referenční zakázky splňující limity vymezené v čl. 3.4.3. Zadávací dokumentace. Zbývající 3 referenční stavby nebyly jak ze strany Zadavatele tak ani Úřadu v dosavadním průběhu zadávacího a správního řízení zpochybněny. Závěr Úřadu o porušení § 60 zákona je, bez ohledu na námítky obsažené v rozkladu, s odkazem na řádné splnění 3 referenčních staveb zcela nesprávný a bez jakékoliv podpory ve skutkovém stavu věci.
40. Z výše uvedených důvodů má vybraný uchazeč za to, že Úřad v řízení o přezkoumání úkonů zadavatele jednak zcela nesprávně právně věc posoudil a dále, že Úřad překročil své pravomoci orgánu dohledu nad dodržováním zákona. Vybraný uchazeč považuje svoji nabídku za předloženou řádně, zcela v souladu s podmínkami obsaženými v zadávací dokumentaci a v souladu se zákonem. Současně považuje rozhodnutí o výběru, jakož i předcházející úkony zadavatele a hodnotící komise za správné a uskutečněné zcela v souladu se zákonem. Vybraný uchazeč proto předsedovi Úřadu navrhuje, aby řízení vedené před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod č. j.: ÚOHS-S181/2010/VZ z důvodu uvedených v § 117a písm. d) zákona zastavil, anebo aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k dalšímu projednání.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

41. Správní orgán prvního stupně určil usnesením č. j ÚOHS-S181/2010/VZ-3022/2011/520/JHI ze dne 23. 2. 2011 ostatním účastníkům řízení lhůtu pěti dnů k vyjádření k podanému rozkladu.
42. Dne 2. 3. 2011 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele, ve kterém je uvedeno, že pokud jde o prokázání technických a kvalifikačních předpokladů vybraným uchazečem, pak má navrhovatel i nadále za to, že tyto nebyly vybraným uchazečem prokázány v souladu s požadavky uvedenými zadavatelem v zadávací dokumentaci pro výběrové řízení. S ohledem na obsah zadávací dokumentace nemůže navrhovatel v žádném případě souhlasit s tvrzením vybraného uchazeče uvedeným v rozkladu, že „celkem tedy zadavatel požadoval po uchazečích předložení osvědčení o třech referenčních stavbách, o čemž dle obsahu rozhodnutí nepochybuje ani samotný Úřad“. Navrhovatel má za to, že požadavek zadavatele na předložení referenčních zakázek se týkal celkem čtyř referenčních zakázek tak, jak je uvedeno shora. Pokud jde o požadavky uvedené v bodu 3.4.3. zadávací dokumentace, pak

zde se jednalo pouze o tzv. vymezení minimální úrovně kvalifikačního předpokladu odpovídající druhu, rozsahu a složitosti předmětu plnění veřejné zakázky. To však nemění nic na tom, že celkem měly být zadavateli předloženy čtyři referenční nabídky dle shora uvedeného bodu 3.4.1. zadávací dokumentace. Navrhovatel i nadále setrvává na svých postojích, které byly obsaženy ve všech jeho dříve učiněných podáních a má za to, že ze strany vybraného uchazeče nebylo řádným způsobem prokázáno splnění technických a kvalifikačních předpokladů vyžadovaných zadavatelem v zadávací dokumentaci. Úřad podle něj při svém rozhodování vycházel ze zásady materiální pravdy, stejně tak jako dbal pokynů odvolacího orgánu, kterými se měl řídit při svém dalším prvoinstančním rozhodnutí ve věci samé. Navrhovatel má proto zato, že vybraným uchazečem nebylo řádně prokázáno splnění technických a kvalifikačních předpokladů, zejména pak z důvodu nepředložení zadavatelem požadovaného počtu referenčních zakázek, a dále pak z důvodu, že některé předložené referenční zakázky nesplňovaly kritéria zadavatele uvedená v zadávací dokumentaci. Proto navrhuje, aby bylo napadené rozhodnutí potvrzeno.

43. Dne 3. 3. 2011 obdržel Úřad rovněž vyjádření zadavatele, který uvádí, že vždy respektoval všechna rozhodnutí Úřadu resp. jeho předsedy a je zcela přesvědčen o tom, že posouzení prokázání technických kvalifikačních předpokladů všech dodavatelů věnoval maximální možnou péči v mezích právního řádu. Zadavatel se sice neztotožňuje s výrokem napadeného rozhodnutí, jelikož se domnívá, že neporušil zákon o veřejných zakázkách. S ohledem na nutnost zahájení realizace předmětné veřejné zakázky co nejdříve bylo však zadavatelem rozhodnuto o respektování tohoto rozhodnutí v zájmu neprodlužování správního řízení. Na základě výše uvedeného tedy zadavatel pouze žádá o upřednostnění rozhodování v celé věci a o vydání rozhodnutí o rozkladu v co nejkratším termínu.
44. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správního řádu, ve znění pozdějších předpisů (dále jen "správní řád"), a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc orgánu rozhodujícímu o rozkladu.
45. Po projednání rozkladu 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 s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
46. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S181/2010/VZ-17712/2010/520/JHI ze dne 7. 2. 2011 rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v ustanovení § 60 odst. 1 zákona, neboť nevyloučil z účasti v zadávacím řízení vybraného uchazeče, který neprokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů, stanovených v čl. 3.4 zadávací dokumentace, v požadovaném rozsahu, přičemž tento postup podstatně ovlivnil výběr nejvhodnější nabídky, neboť nabídka vybraného uchazeče byla vybrána jako ekonomicky nejvýhodnější a jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele podle § 118 zákona zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 27. 4. 2010 a všechny následné úkony zadavatele učiněné v zadávacím řízení a zadavateli uložil povinnost uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Taktéž s odůvodněním

napadeného rozhodnutí jsem se v plném rozsahu ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

## V. K námitkám rozkladu

47. Předem považuji za nutné zrekapitulovat sporné body správního řízení, jichž se týkají rozkladové námitky vybraného uchazeče. Jde tedy především o skutečnost, zda ke konstatování splnění technických kvalifikačních předpokladů ze strany vybraného uchazeče postačuje předložení požadovaného formuláře potvrzeného poskytovatelem reference (zde VVS), zda je v dalším Úřad oprávněn zkoumat soulad údajů tam uvedených s realitou, a dále zda je v takovém případě Úřad oprávněn pro potřeby posouzení věci určit, zda v souvislosti s prokazováním technických kvalifikačních předpokladů došlo k řádnému a odbornému provedení prací.
48. S přihlédnutím k běžné a ustálené rozhodovací praxi Úřadu konstatuji, že Úřad v rámci správních řízení o přezkoumání úkonů zadavatele je oprávněn přezkoumávat všechny úkony učiněné zadavatelem během procesu zadávání veřejných zakázek a tato jeho pravomoc tedy zahrnuje i proces posouzení splnění kvalifikačních předpokladů podle zákona, s návazným posouzením a hodnocením nabídek a rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky. Lze přitom konstatovat, že z moci úřední zkoumá pouze takové skutečnosti, u kterých vznikne důvodné podezření, že se zadavatel dopustil porušení některého z pravidel, která mu zákon ukládá, v případě řízení zahájených na návrh pak rovněž skutečnosti a námitky vznesené v průběhu správního řízení jeho účastníky.
49. Již v průběhu předchozího správního řízení vedeného Úřadem pod sp. zn. ÚOHS-S90/2009/VZ byla nastolena otázka věrohodnosti referencí poskytnutých vybranému uchazeči společností VVS a Ministerstvem vnitra SR, v předchozím rozhodnutí však bylo uloženo nápravné opatření spočívající ve zrušení úkonů zadavatele a vrácení zadávacího řízení do fáze před posouzením kvalifikace, Úřad tak neměl důvod k tomu, aby již tehdy detailně zkoumal námitky navrhovatele, které se této problematice týkaly. Pokud však v dalším průběhu zadávacího řízení i nového správního řízení před Úřadem nesoulad mezi stanovisky účastníků řízení v pohledu na tuto problematiku přetrval, byl Úřad nucen a povinen se touto otázkou důkladně zabývat, neboť ani nové posouzení kvalifikace ze strany zadavatele nepřineslo do věci dostatečné zohlednění všech skutečností tak, aby zákonem chráněným zájmům všech účastníků bylo učiněno zadost, neboť rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky bylo napadeno nejprve námitkami navrhovatele a následně i návrhem podaným před Úřadem. Tento postup pak považuji za správný i z pohledu *de lege ferenda*, neboť novelizace zákona o veřejných zakázkách provedená zákonem č. 417/2009 Sb. zavedla nové ust. § 120a týkající se správních deliktů dodavatelů, čímž přímo stanovila Úřadu povinnost posuzovat prokázání splnění kvalifikace informacemi nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení.
50. Pokud tedy vybraný uchazeč předkládá, že v rámci své nabídky prostřednictvím společnosti Chemkostav doložil na požadovaném formuláři osvědčení o realizaci referenční zakázky



vystavené společností VVS, kde tato potvrdila, že jmenovaný dodavatel realizoval referenční zakázku s požadovanou výší smluvní ceny a v požadovaném období a výhradně z této skutečnosti měl tedy Úřad při posouzení věci vycházet, je takový argument nutno odmítnout. Tato otázka by ovšem případně mohla zůstat nezodpovězena, pokud by reference vybraného uchazeče nebyla zpochybněna a ani ze strany Úřadu by nevyvstaly důvodné pochybnosti, takový stav však v daném případě neodpovídá realitě a je tedy nadbytečné se touto úvahou nadále zabírat.

51. Stejnou optikou jsem v dalším nucen nahlížet na rozkladovou námitku vybraného uchazeče, ve které tvrdí, že se Úřad staví do role orgánu určujícího existenci právního vztahu, k čemuž však není příslušen. Zde se však nejedná o určení existence soukromoprávního vztahu, nýbrž o zjištění, ke kterému okamžiku bylo sporné dílo dokončeno. Úřad v napadeném rozhodnutí nikterak nerozporuje platnost smlouvy, na základě které byla referenční zakázka realizována, pouze provádí úkony nezbytné ke zjištění skutkového stavu věci, jak mu to ukládá ust. § 3 správního řádu. Úřad si proto na základě potřeby zjištění skutkového stavu věci nad rámec informací zjištěných při posouzení splnění kvalifikace samotným zadavatelem vyžádal od poskytovatelů referencí i jiných dotčených orgánů další informace a podklady tak, aby co nejspolehlivěji ověřil, kdy skutečně došlo k ukončení realizace předmětných staveb. V průběhu správního řízení tak bylo Úřadem zjištěno, že existuje několik okamžiků, ke kterým se může datovat předání a převzetí stavby "Prešov pitná voda a kanalizácia v povodí rieky Torysa", a to sice k 22. 8. 2008 a dále k 27. 2. 2009.
52. Úřad poté posoudil možnost předání a převzetí stavby k oběma uvedeným datům, přičemž v rámci správního uvážení se přiklonil k závěru, že referenční zakázka nebyla předána včas, neboť věcně příslušný KÚŽP Prešov rozhodl o kolaudaci stavby na základě předávacích protokolů datovaných rokem 2009. Právě z těchto protokolů o předání a převzetí stavby z roku 2009 vyplývá, že KÚŽP Prešov rozhodoval o povolení užívání stavebních objektů, které byly totožné, i co se množství a délky týče, s objekty, jejichž předání mělo podle vybraného uchazeče proběhnout již v roce 2008. Vybraný uchazeč sice pozdější protokoly o předání a převzetí staveb odůvodnil tím, že na referenční zakázce bylo nutno realizovat vícepráce a dodatečné práce na nových stavebních objektech, což je ale vyvráceno právě uvedenými kolaudačními rozhodnutími, ze kterých vyplývá shoda staveb v roce 2008 a v roce 2009 s tím, že Úřadu nebyl objasněn důvod dvojitého předání těchto staveb. Proto považuji východisko Úřadu z předávacích protokolů z února roku 2009 za správné, jelikož nebylo možné prokázat, že by v roce 2008 byly stavební objekty předány řádně a odborně.
53. K tomu dále uvádím, že správní řízení je tomto případě postaveno mj. na principu kontradiktornosti (kde jak navrhovatel, tak i vybraný uchazeč, hájí před Úřadem svůj zájem na získání veřejné zakázky), přičemž každý z účastníků je oprávněn navrhopvat důkazy a podklady pro rozhodnutí a podle míry jejich závažnosti a věrohodnosti tak nachýlit výsledek správního řízení ve svůj prospěch. Doplnuji, že pokladem pro šetření předmětné referenční zakázky byla první sada protokolů o předání a převzetí staveb (datovaná nejpozději k 31. 10. 2008) a jednotlivá rozhodnutí o povolení užívání stavby. Ačkoli o druhou sadu protokolů (datovaných nejdříve na začátek roku 2009) byla společnost VVS Úřadem

požádána, nebyly do vydání napadeného rozhodnutí ze strany VVS poskytnuty a ani vybraný uchazeč nedokázal na podporu svých tvrzení v tomto směru unést důkazní břemeno.

54. Jestliže v dalším argumentuje vybraný uchazeč opětovným odkazováním na několikrát poskytnuté informace o předání a ukončení referenčního díla ze strany společnosti VVS k roku 2008, nelze než odkázat na veškeré shora uvedené závěry, na základě kterých je nutné posoudit referenci poskytnutou společností VVS jako neakceptovatelnou. Co do souhrnu počtu referenčních staveb prezentovaných vybraným uchazečem pak plně odkazují na závěry Úřadu obsažené v odůvodnění napadeného rozhodnutí, neboť pokud ve skutečnosti vybraný uchazeč nesplnil nejnáročnější z požadavků zadavatele – tedy minimálně jednu vodohospodářskou stavbu na výstavbu nebo rekonstrukci liniových staveb (vodovody, kanalizace) v hodnotě min. 150 000 000 Kč, nelze z jeho strany považovat technické kvalifikační předpoklady za splněné, neboť zadavatel sice co do objemu a typu referenční stavby specifikoval stavby tři, ve skutečnosti v čl. 3.4.1 zadávací dokumentace však požadoval referenční stavby celkem čtyři, přičemž u jedné z nich finanční objem ani charakter stavebních prací nebyl určen, společným jmenovatelem přesto zůstává požadavek na ukončení referenční stavby v roce 2008. V případě, že nebylo v průběhu správního řízení prokázáno, že by všechny referenční stavby předložené vybraným uchazečem byly v tomto zadavatelem stanoveném termínu řádně a odborně dokončeny, nelze kvalifikaci podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona považovat za splněnou.
55. Konečně k rozkladové námitce týkající se určení okamžiku, od kterého lze dílo považovat za řádně a odborně dokončené (byť se zadavatel v zadávacích podmínkách výslovně o kolaudaci díla nezmiňuje) uvádím, že pro potřeby správního řízení bylo třeba určit takový okamžik jednoznačně a bez připuštění výkladových pochyb. Jelikož bez odstranění vzniklých rozporů, trvajících ohledně společností VVS tvrzeného okamžiku předání sporné referenční zakázky, nebylo možné určit takový okamžik libovolným výběrem jednoho z dostupných dat (srpen 2008 podle poskytnuté reference, říjen 2008 nebo únor 2009 podle později identifikovaných protokolů), přistoupil Úřad – i s ohledem na stanoviska účastníků řízení a ostatní podklady pro rozhodnutí – k určení tohoto okamžiku ke dni kolaudace stavby, kterýžto závěr považuji za správný a v daném případě vhodně aplikovaný. K tomu odkazují např. na rozsudek Nejvyššího soudu č. j. 32 Odo 1751/2006 ze dne 26. 8. 2008, dle kterého převzetí předmětu díla a splnění povinnosti provést dílo nespádá vždy v jeden okamžik. Pro odstranění jakýchkoliv pochybností je proto okamžik kolaudace díla, kdy navíc obvykle dochází k veřejnoprávní aprobaci jeho provozuschopnosti za současného splnění všech podmínek k tomu relevantními předpisy stanovených, nejvhodnějším rozhodným okamžikem pro posouzení předání řádně a odborně dokončeného díla bez možnosti vzniku jakýchkoliv dalších pochybností.

## **VI. Závěr**

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených v rozkladu.

57. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 správního řádu dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. Svaz vodovodů a kanalizací Jihlavsko, Žižkova 93, 586 01 Jihlava
2. JUDr. Vladimír Zmeškal, Riegrova 336/5, 250 01 Brandýs nad Labem
3. AGROSTAV, akciová společnost, Hruškové Dvory 3, 586 01 Jihlava

### Vypraveno dne:

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