



UOHSX004YVO7

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R342/2012/VZ-6278/2013/310/RBu

Brno 9. dubna 2013

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 21. 11. 2012 (doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne) podaném vybraným uchazečem –

- společností **Porr a. s.**, IČ 43005560, se sídlem Václavské náměstí 837/11, 110 00 Praha 1 (dříve Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., IČ 45273910, se sídlem Dubečská 3238, 100 00 Praha 10), ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 23. 7. 2012 Ing. Pavlem Novotným, prokuristou,
- společností **Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným**, IČ 40233308, se sídlem Křižíkova 2393, 415 01 Teplice, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 20. 6. 2011 společností Porr a. s., IČ 43005560, se sídlem Václavské náměstí 837/11, 110 00 Praha 1,
- společností **KRÁLOVOPOLSKÁ RIA, a. s.**, IČ 64506347, se sídlem Okružní 875/19a, 638 00 Brno, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 20. 6. 2011 společností Porr a. s., IČ 43005560, se sídlem Václavské náměstí 837/11, 110 00 Praha 1,

které dne 20. 6. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-20858/2012/514/IMa ze dne 5. 11. 2012 (ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-22047/2012/514/IMa ze dne 21. 11. 2012), ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **město Pelhřimov**, IČ 00248801, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 393 02 Pelhřimov,

učiněných v nadlimitní veřejné zakázce „Rozšíření ČOV Pelhřimov“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 26. 4. 2011 pod ev. č. 60059216, ve znění oprav ze dne 25. 5. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 4. 2011 pod ev. č. 2011/S 82- 134934, ve znění oprav ze dne 15. 6. 2011, kde dalším účastníkem je navrhovatel -

- společnost **Metrostav a. s.**, IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 21. 7. 2011 společností Havel, Holásek & PARTNERS s. r. o., advokátní kancelář, IČ 2654807, se sídlem Týn 1049/3, 110 Praha 1,
- společnost **VHZ-DIS, spol. s r. o.**, IČ 46961445, se sídlem Mírová 25, 618 00 Brno,
- společnost **AGOS stavební a. s. Pelhřimov**, IČ 46679626, se sídlem Tomáše ze Štítného 634, 393 56 Pelhřimov,
- společnost **HABAU CZ s. r. o.**, (dříve Held & Francke CZ s. r. o.), IČ 26068338, se sídlem Husova tř. 685/17, 370 05 České Budějovice,

kteří dne 7. 6. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky,

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-S403/2012/VZ-20858/2012/514/IMa ze dne 5. 11. 2012 (ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-22047/2012/514/IMa ze dne 21. 11. 2012)

**p o t v r z u j i**

a podaný rozklad

**z a m í t á m.**

## **ODŮVODNĚNÍ**

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

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) jako orgán příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup>, k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, obdržel dne 9. 7. 2012 návrh navrhovatele – společnosti Metrostav a.s., IČ 00014915, se sídlem Koželužská 2246, 180 00 Praha 8, společnosti VHZ-DIS, spol. s r.o., IČ 46961445, se sídlem Mírová 25, 618 00 Brno, společnosti AGOS stavební a. s. Pelhřimov, IČ 46679626, se sídlem Tomáše ze Štítného

<sup>1</sup> Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona, není-li uvedeno jinak.

634, 393 56 Pelhřimov, společnosti Held & Francke CZ s. r. o., IČ 26068338, se sídlem Husova tř. 685/17, 370 05 České Budějovice, které dne 7. 6. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky (dále jen „**navrhovatel**“), na přezkoumání úkonů zadavatele – město Pelhřimov, IČ 00248801, se sídlem Masarykovo náměstí 1, 393 02 Pelhřimov (dále jen „**zadavatel**“), učiněných při zadávání veřejné zakázky „Rozšíření ČOV Pelhřimov“ zadávané v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo v Informačním systému o veřejných zakázkách uveřejněno dne 26. 4. 2011 pod ev. č. 60059216, ve znění oprav ze dne 25. 5. 2011, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 28. 4. 2011 pod ev. č. 2011/S 82-134934, ve znění oprav ze dne 15. 6. 2011 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Předmět veřejné zakázky zadavatel vymezil jako rekonstrukci a intenzifikaci stávající čistírny odpadních vod. Kapacita čistírny bude dle zadávací dokumentace navýšena na bilanční kapacitu 36 000 EO (průměrná roční) resp. návrhová 43 000 EO (maximální týdenní zatížení ČOV). Předpokládanou hodnotu veřejné zakázky zadavatel stanovil ve výši 258 000 000,- Kč bez DPH.
3. Zadavatel určil lhůtu pro doručení nabídek do 24. 6. 2011 do 12:00 hodin. Jako základní hodnotící kritérium stanovil zadavatel v bodu 28.1 zadávací dokumentace nejnižší nabídkovou cenu bez DPH a bez rezervy. Z protokolu o otevírání obálek s nabídkami uchazečů ze dne 1. 7. 2011 vyplývá, že v řádném termínu pro přijetí nabídek byly doručeny nabídky šesti uchazečů. Hodnotící komise shledala, že nabídky všech uchazečů splňují zákonné požadavky a požadavky zadavatele.
4. Z protokolu o posouzení kvalifikace uchazečů ze dne 31. 5. 2012 vyplývá, že uchazeč - společnost Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., IČ 45273910, se sídlem Dubečská 3238, 100 00 Praha 10 (ode dne 1. 10. 2012 společnost Porr a. s., IČ 43005560, se sídlem Václavské náměstí 837/11, 110 00 Praha 1, na kterou přešlo jako na společnost nástupnickou v důsledku fúze sloučením obchodní jmění zanikající společnosti Pražské silniční a vodohospodářské stavby, a. s., a tato nástupnická společnost tak vstoupila do právního postavení zanikající společnosti v plném rozsahu), společnost Vodohospodářské stavby, společnost s ručením omezeným, IČ 40233308, se sídlem Křížíkova 2393, 415 01 Teplice, a společnost KRÁLOVOPOLSKÁ RIA, a. s., IČ 64506347, se sídlem Okružní 875/19a, 638 00 Brno, které dne 20. 6. 2011 uzavřely smlouvu o sdružení za účelem podání společné nabídky (dále jen „**vybraný uchazeč**“), byl zadavatelem vyzván k objasnění předložených dokladů dle § 51 odst. 4 písm. a) a b) a hodnotící komise následně konstatovala, že vybraný uchazeč dostatečně objasnil tyto doklady a tedy že všichni uchazeči splnili kvalifikaci. Z protokolu o sedmém jednání hodnotící komise ze dne 31. 5. 2012 vyplývá, že hodnotící komise provedla hodnocení všech šesti podaných nabídek v souladu s podmínkami stanovenými v zadávací dokumentaci a jako nejvhodnější vyhodnotila nabídku vybraného uchazeče.
5. Navrhovatel obdržel dne 5. 6. 2012 rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky ze dne 4. 6. 2012 a dne 20. 6. 2012 podal proti tomuto rozhodnutí námitky. Dne 29. 6. 2012 zadavatel námitkám navrhovatele nevyhověl.
6. Dne 9. 7. 2012 podal navrhovatel návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele spolu s návrhem na vydání předběžného opatření. Navrhovatel má za to, že rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky ve věci veřejné zakázky bylo učiněno v rozporu se zákonem a že navrhovateli tak hrozí újma, že s ním nebude uzavřena smlouva na plnění

veřejné zakázky. Navrhovatel se domáhal toho, aby Úřad zrušil rozhodnutí zadavatele o výběru nejhodnější nabídky v předmětné veřejné zakázce ze dne 4. 6. 2012 a aby vydal předběžné opatření, kterým by zadavateli uložil zákaz uzavření smlouvy na plnění veřejné zakázky.

7. Úřad dne 9. 7. 2012 zahájil správní řízení na návrh, přičemž jako účastníky označil zadavatele, navrhovatele a vybraného uchazeče. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení dopisem č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-13127/2012/540/IMa ze dne 19. 7. 2012. Dále Úřad usnesením č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-13184/2012/540/IMa z téhož dne stanovil účastníkům lhůtu, v níž mohli navrhopvat důkazy či činit jiné návrhy a v níž se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí, a zadavateli určil lhůtu k doložení dalších Úřadem požadovaných dokumentů.
8. Úřad nařídil zadavateli zákaz uzavřít smlouvu v předmětném zadávacím řízení rozhodnutím č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-13441/2012/540/IMa ze dne 19. 7. 2012.

## II. Napadené rozhodnutí

9. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, po zhodnocení všech podkladů a na základě vlastního zjištění vydal dne 5. 11. 2012 rozhodnutí č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-20858/2012/514/IMa (ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-22047/2012/514/IMa ze dne 21. 11. 2012, dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl, že návrh navrhovatele se podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona v části týkající se postupu zadavatele při posouzení výše nabídkové ceny vybraného uchazeče zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, a dále rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 a v § 60 odst. 1 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, když nepředložil seznam stavebních prací tak, jak zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci, jako opatření k nápravě Úřad zrušil posouzení kvalifikace uchazečů z 31. 5. 2012 a všechny následující úkony učiněné v předmětném zadávacím řízení a uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč.
10. Navrhovatel v návrhu na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele shledává pochybení na straně zadavatele v tom, že zadavatel postupoval v rozporu se zákonem, když neposoudil nabídkovou cenu vybraného uchazeče jako mimořádně nízkou nabídkovou cenu a že postup zadavatele při posuzování mimořádně nízké nabídkové ceny vybraného uchazeče je nepřezkoumatelný. Dále navrhovatel namítal, že údaje uvedené vybraným uchazečem k prokázání kvalifikace neodpovídají skutečnosti, konkrétně ve vztahu k uvedeným referenčním zakázkám. Navrhovatel tvrdí, že podle rozhodovací praxe Úřadu je potřeba zkoumat, zda předložené referenční zakázky realizoval dodavatel ve sdružení či samostatně.
11. Ohledně přípustnosti podání návrhu zástupcem navrhovatele se Úřad neztotožnil s názorem zadavatele, že plná moc udělená navrhovatelem advokátní kanceláři, resp. Mgr. Romaně Derkové, ruší pověření udělené navrhovatelem JUDr. Jarmile Štědré. V pověření je výslovně uvedeno, že se vztahuje i k podpisu a podání námitek ve věci předmětného zadávacího řízení, zatímco z plné moci udělené advokátní kanceláři je zřejmé, že se toto zplnomocnění vztahuje pouze k zastupování navrhovatele před Úřadem. Vzhledem k tomu, že se námítky podávají zadavateli, ale návrh na přezkoumání úkonů zadavatele

se podává Úřadu, Úřad dovodil, že jak JUDr. Jarmila Štědrá, tak advokátní kancelář, resp. Mgr. Romana Derková, jednaly v intencích svého zmocnění.

12. Úřad nesouhlasil s názorem vybraného uchazeče a shledal, že navrhovatel dodržel náležitosti dle § 110 odst. 7 zákona, když uvedl, že se o domnělém porušení zákona zadavatelem dozvěděl doručením rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky, a současně dodržel lhůtu pro doručení námitek, když námitky doručil ve lhůtě do 15 dnů od okamžiku, kdy se o této skutečnosti dozvěděl.
13. K otázce posouzení výše nabídkové ceny vybraného uchazeče ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, resp. k mimořádně nízké nabídkové ceně vybraného uchazeče Úřad uvedl, že institut mimořádně nízké nabídkové ceny není v zákoně zcela jednoznačně definován a jako neurčitý právní pojem vyžaduje další interpretaci. Úřad odkázal na soudní judikaturu (rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 9/00 ze dne 1. 2. 2001 a rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Ca 49/2007 ze dne 29. 8. 2008), ze které vyplývá, že úkolem Úřadu je kontrola rámce, v němž se provádí výběr z nabídek uchazečů o veřejnou zakázku a že Úřad je povinen dbát na to, aby hodnotící komise k výsledku posouzení dospěla za splnění všech zákonem stanovených požadavků, tedy i za splnění požadavků transparentního a přezkoumatelného popisu způsobu hodnocení nabídek v odůvodnění. Úřad nepovažuje navrhovatelem tvrzené skutečnosti za rozhodné pro posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného uchazeče a je toho názoru, že postup zadavatele není v rozporu se zákonem, když hodnotící komise neshledala nabídku vybraného uchazeče jako nabídku s mimořádně nízkou nabídkovou cenou a nevyžádala si ani zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny.
14. K otázce splnění technických kvalifikačních předpokladů Úřad uvedl následující. Jestliže dodavatel předkládá referenční list, na kterém je uvedena referenční zakázka realizovaná ve sdružení, musí mít zadavatel najisto postavené, zda dodavatel v rámci prokázání splnění kvalifikace uplatňuje tu část referenční zakázky, kterou sám realizoval. V právě šetřeném případě je z nabídky vybraného uchazeče zřejmé, že v nabídce předložil listiny obsahující osvědčení o řádném plnění stavebních prací. Avšak z osvědčení k pěti referenčním zakázkám vyplývá, že práce související s referenčními zakázkami byly realizovány ve sdružení více společností. Z jednotlivých osvědčení ovšem není zřejmé, jakou část dotčených referenčních zakázek realizoval dodavatel, který si danou referenci nárokuje. Rovněž z protokolu o posouzení kvalifikace nevyplývá, že by zadavatel nějakým způsobem ověřoval skutečnosti uvedené v jednotlivých osvědčeních. Navzdory tomu, že zadavatel vyzval vybraného uchazeče k vyjasnění předložených dokladů ve vztahu k § 51 odst. 4 písm. a) a b), tedy k objasnění dokladů u subdodavatelů, prostřednictvím kterých prokazuje vybraný uchazeč splnění kvalifikace požadované zadavatelem, nevyzval jej k vyjasnění předložených referenčních zakázek, i když z osvědčení uvedených v nabídce vybraného uchazeče nebylo zřejmé, zda vybraný uchazeč prokázal splnění technických kvalifikačních předpokladů stanovených v zadávací dokumentaci. Úřad konstatoval, že u referencí k zakázkám „Ochrana vod povodí řeky Dyje“, „Rozšírenie čistiacej stanice odpadových vod v Nitranskej aglomerácii“, „PO 106 REKONSTRUKCE ČOV CHOMUTOV – ÚDLICE“, „ČOV Příbram – rekonstrukce a modernizace“ a „Rekonstrukce a modernizace čistíren odpadních vod na okrese Hodonín“ nebylo prokázáno, že by splňovaly požadavky tak, jak je stanovil zadavatel v zadávací dokumentaci. Najisto postavené má Úřad to, že vybraný uchazeč

nedoložil realizaci 2 rekonstrukcí čistíren odpadních vod s minimální cenou 100 mil. Kč bez DPH i minimální kapacitě 10 000 ekvivalentních obyvatel, a to jako zhotovitel na základě příslušné smlouvy uzavřené s objednateli (nikoliv jako podzhotovitel), jak je uvedeno v bodě 14.1.1. písm. c) zadávací dokumentace, neboť vybraný uchazeč podílem realizovaných prací na referenčních zakázkách „PO 106 REKONSTRUKCE ČOV CHOMUTOV – ÚDLICE“ a „ČOV Příbram – rekonstrukce a modernizace“ tyto požadavky nesplnil.

### III. Námitky rozkladu

15. Dne 21. 11. 2012 obdržel Úřad v zákonné lhůtě od vybraného uchazeče rozklad z téhož dne, jímž byly napadeny výroky II., III. a IV. Vybraný uchazeč s Úřadem nesouhlasí a podle jeho právního názoru se jedná o chybné právní posouzení ze strany Úřadu.
16. V rozkladu je vybraný uchazeč nadále přesvědčen, že zadavatelem požadovanou kvalifikaci splnil v plném rozsahu, tedy včetně technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona.
17. Vybraný uchazeč v rozkladu bodu IV. písm. a) namítá, že závěr Úřadu, že pokud dodavatel předkládá referenční list, na kterém je uvedena referenční zakázka realizovaná ve sdružení, musí mít zadavatel najisto postavené, že dodavatel v rámci prokázání splnění kvalifikace uplatňuje pouze tu část referenční zakázky, kterou sám realizoval, nevyplývá z žádného ustanovení zákona, nýbrž je dovozován pouze na základě rozhodovací praxe Úřadu, konkrétně pak na základě rozhodnutí ve správním řízení pod sp. zn. S181/2010/VZ. Dle názoru vybraného uchazeče tento závěr Úřadu naopak odporuje zákonu, a to konkrétně § 51 odst. 6 zákona, dle kterého jsou všechny subjekty podávající společnou nabídku vůči veřejnému zadavateli, jakož i vůči třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, tj. solidárně. K tomu vybraný uchazeč uvádí, že na základě § 51 odst. 6 zákona totiž každý z členů sdružení realizujícího referenční veřejnou zakázku plně smluvně odpovídá za řádné provedení této veřejné zakázky. V praxi to dle vybraného uchazeče znamená, že pokud např. jeden člen sdružení nebude schopen realizovat svoji část referenční zakázky, musí realizaci zajistit ostatní účastníci sdružení, a to buď prostřednictvím svým, nebo prostřednictvím relevantních subdodavatelů.
18. K posuzovanému případu přirovnává situaci, kdy je sice smluvním partnerem zadavatele výlučně dodavatel (tedy nikoliv člen sdružení), avšak práce pro dodavatele fyzicky provádí jeho subdodavatel, a to i např. ve větším rozsahu než je tomu u jiných účastníků sdružení v případě sdružení, neboť v tomto případě je smluvním partnerem objednatele také dodavatel, který referenční práce vůbec fyzicky neprovádí, protože je provádí jeho subdodavatel, také za tyto práce vůči objednateli plně odpovídá stejně jako je tomu u sdružení, avšak v tomto případě může použít referenční zakázku v rozsahu celé její hodnoty.
19. Vybraný uchazeč podotýká, že závěr Úřadu nereflektuje praxi při zadávání veřejných zakázek a narušuje právní jistotu, jelikož zadavatelé zcela běžně uznávají jako referenční zakázky referenční zakázky realizované ve sdružení s dalšími účastníky sdružení.
20. Dle názoru vybraného uchazeče je transparentní takový postup, kdy zadavatel dopředu v zadávací dokumentaci stanoví, jakým způsobem bude při posouzení kvalifikace zadavatel

postupovat, tedy že výslovně uvede v zadávací dokumentaci skutečnost, že nehodlá uznat částečně realizovanou referenční zakázku či uvede rozsah referenční zakázky, na kterém se dodavatel musí podílet, aby zadavatel uznal celou finanční hodnotu referenční zakázky. Vybraný uchazeč dodává, že v tomto případě zadavatel nikde v zadávací dokumentaci výslovně neuvedl, že neuzná referenční zakázky realizované ve sdružení v rozsahu v celé jejich finanční hodnoty.

21. Vybraný uchazeč v rozkladu bodu IV. písm. b) nesouhlasí se závěry Úřadu ohledně referenčních zakázek „Dílčí projekt B – REGION BLANENSKO Ochrana vod povodí Dyje“ a „Dolní Labe“, skupina opatření č. 1 – rekonstrukce ČOV, Projekt č. 4, Želénky – rekonstrukce ČOV“, konkrétně s tím, že byly realizovány v rozporu se zadávacími podmínkami. Zadavatel požadoval ohledně prokázání technické kvalifikace, aby referenční zakázky nebyly realizovány uchazeči v pozici podzhotovitele. Takový požadavek zadavatele považuje vybraný uchazeč za nezákonný, resp. za významně diskriminační, z následujících důvodů. Pokud plnění provedené subdodavatelem splňuje jak požadovaný finanční objem, tak požadovaný počet ekvivalentních obyvatel, jedná se o plnohodnotnou referenci. Pozice subdodavatele na zakázce v žádném případě nesnižuje vypovídací aspekt reference o provedeném plnění. Požadavek zadavatele, aby se nejednalo o subdodavatele, nemá žádnou oporu v zákoně (jeví se jako diskriminační) a nemá žádné věcné, logické a racionální opodstatnění (nemá vliv na kvalitu provedeného plnění).
22. Závěrem vybraný uchazeč tvrdí, že pokud se jedná o požadavek zadavatele stanovený v rozporu se zákonem, nelze podle názoru vybraného uchazeče nenaplnění tohoto požadavku jakkoliv sankcionovat. Dále má vybraný uchazeč za to, že nelze vyloučit postup zadavatele podle § 56 odst. 6 zákona (zde má vybraný uchazeč zřejmě na mysli § 56 odst. 8 rozhodného znění zákona), tj. že pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsoby stanovenými podle odst. 7 zákona, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne.

#### **Závěr rozkladu**

23. S ohledem na výše uvedené vybraný uchazeč navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí v rozsahu výroků II., III. a IV. zrušil a návrh na přezkoumání úkonů zadavatele dle § 188 odst. 4 písm. a) zákona zamítl.

#### **Vyjádření navrhovatele k rozkladu**

24. Navrhovatel uvádí, že se plně ztotožňuje se závěry napadeného rozhodnutí, kterým bylo konstatováno nedodržení postupu stanoveného v § 59 odst. 1 zákona ze strany zadavatele, když zadavatel neposoudil prokázání splnění kvalifikace vybraného uchazeče z hlediska požadavků stanovených v souladu se zákonem a vybraného uchazeče nevyločil z účasti v zadávacím řízení k veřejné zakázce, ačkoliv vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu.
25. Navrhovatel se k námitkám vybraného uchazeče vyjádřil v tom smyslu, že veškeré jeho námitky shledává bezpředmětné, nepřiléhavé či zavádějící a tvrzení vybraného uchazeče odmítá, a proto považuje rozklad podaný vybraným uchazečem za neopodstatněný.

Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad v celém rozsahu zamítl.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

26. Správní orgán prvního stupně neshledal důvody pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu postoupil věc správnímu orgánu rozhodujícím o rozkladu.

#### **Stanovisko předsedy Úřadu**

27. 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.
28. Úřad tím, že svým rozhodnutím č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-20858/2012/514/IMa ze dne 5. 11. 2012 (ve znění opravného rozhodnutí č. j. ÚOHS-S403/2012/VZ-22047/2012/514/IMa ze dne 21. 11. 2012) návrh navrhovatele podle § 118 odst. 4 písm. a) zákona v části týkající se postupu zadavatele při posouzení výše nabídkové ceny vybraného uchazeče zamítl, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona, a dále rozhodl, že zadavatel nedodržel postup stanovený v § 59 odst. 1 a v § 60 odst. 1 zákona, když nevyločil vybraného uchazeče z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv vybraný uchazeč nesplnil kvalifikaci v požadovaném rozsahu, když nepředložil seznam stavebních prací tak, jak zadavatel požadoval v zadávací dokumentaci, přičemž jako opatření k nápravě Úřad zrušil posouzení kvalifikace uchazečů z 31. 5. 2012 a všechny následující úkony učiněné v předmětném zadávacím řízení a uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši 30 000,- Kč, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se ztotožnil. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně napadeného rozhodnutí.

#### **V. K námitkám rozkladu**

29. K námitce vybraného uchazeče, že závěr Úřadu ohledně referenční zakázky realizované ve sdružení nevyplývá z žádného ustanovení zákona, nýbrž je dovozován pouze na základě rozhodovací praxe Úřadu, uvádím, že tento závěr vyplývá z ustanovení § 59 odst. 1 zákona, dle kterého veřejný zadavatel posoudí prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu s tímto zákonem. Z tohoto ustanovení zákona jednoznačně vyplývá, že zadavatel musí posoudit, zda dodavatel splnil požadavky na kvalifikaci stanovené v oznámení o zahájení zadávacího řízení (resp. v zadávací dokumentaci). Zadavatel tedy musí prověřovat, zda dodavatel, který podal nabídku, splnil požadavky na kvalifikaci, nikoliv, zda tento dodavatel splnil kvalifikaci ještě s jinými dodavateli společně (což je vlastně případ, kdy referenční zakázku plnilo sdružení dodavatelů). Zmíněná rozhodovací praxe Úřadu tedy pouze vykládá ustanovení § 59 odst. 1 zákona. S touto rozhodovací praxí se přitom zcela ztotožňuji, neboť jak je z výše uvedeného ustanovení zákona zcela zřejmé, kvalifikaci musí prokázat dodavatel, který podal nabídku



(resp. žádost o účast). Pokud tedy zadavatel požaduje podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona doložení referencí, musí dodavatel předložit osvědčení o tom, že tyto reference skutečně získal, tedy, že stavební práce provedl. Nepostačuje přitom osvědčení, že tyto práce provedl společně s jinými dodavateli. Uchazeč musí prokázat, že zrovna ta část, kterou v rámci sdružení dodavatelů plnil, splňuje požadavky zadavatele na minimální úroveň druhu, rozsahu a složitosti zakázky.

30. Nesprávnost závěru Úřadu ohledně referenční zakázky realizované ve sdružení vybraný uchazeč dále spatřuje v tom, že tento závěr je v rozporu s ustanovením § 51 odst. 6 zákona, ze kterého vyplývá, že pokud má být předmět veřejné zakázky plněn podle odstavce 5 společně několika dodavateli, jsou veřejnému zadavateli povinni předložit současně s doklady prokazujícími splnění kvalifikačních předpokladů smlouvu, ve které je obsažen závazek, že všichni tito dodavatelé budou vůči veřejnému zadavateli a třetím osobám z jakýchkoliv právních vztahů vzniklých v souvislosti s veřejnou zakázkou zavázáni společně a nerozdílně, a to po celou dobu plnění veřejné zakázky i po dobu trvání jiných závazků vyplývajících z veřejné zakázky. Toto ustanovení upravuje jeden z předpokladů podání společné nabídky více dodavateli a zakládá těmto dodavatelům povinnost předložit zadavateli doklad o jejich solidární odpovědnosti. Ze samotné existence solidární odpovědnosti v rámci sdružení dodavatelů a z toho, že zadavatel tedy může požadovat plnění na kterémkoliv z účastníků, nelze dovodit skutečnost, že tento účastník sdružení fakticky realizoval celé plnění veřejné zakázky. Naopak účelem institutu podání nabídky více dodavateli je řádné a odpovídající plnění veřejné zakázky zejména finančně, odborně či technicky náročné a takové plnění předpokládá více dílčích plnění vyžadujících konkrétní speciální znalosti a zkušenosti jednotlivých členů sdružení. Účelem institutu solidární odpovědnosti je větší jistota zadavatele, přičemž je dále ponecháno na členech sdružení, aby měli zajištěno takto náročné plnění veřejné zakázky v případě, kdy jeden z nich nebude moci plnit předmět či jeho část příslušné veřejné zakázky. Z výše uvedeného pak nevyplývá, že automaticky každý člen sdružení fakticky zvládá realizovat či dokonce realizoval plnění veřejné zakázky v celém rozsahu, byť za něj společně a nerozdílně odpovídá.
31. K námitce vybraného uchazeče ohledně prokazování kvalifikace doložením referencí k veřejné zakázce, kdy jeden dodavatel plní prostřednictvím subdodavatele či subdodavatelů, uvádím následující. Oproti veřejné zakázce, kterou realizuje více dodavatelů současně, v tomto případě jediný dodavatel zajišťuje, organizuje, kontroluje a podílí se na realizaci předmětu příslušné veřejné zakázky. Tudíž tento jediný dodavatel plně odpovídá za kompletní realizaci předmětu plnění veřejné zakázky. Ačkoli tedy jediný dodavatel nemusí realizovat předmět plnění veřejné zakázky zcela sám (ale může si přizvat subdodavatele), je povinen vždy zajišťovat a organizovat průběh prací a kontrolovat činnosti prováděné svými subdodavateli. Za tyto své subdodavatele a za jimi provedenou práci pak v plné šíři odpovídá, neboť jediným smluvním partnerem je pro zadavatele právě tento jediný dodavatel, nikoliv již jeho subdodavatelé.
32. Vybraným uchazečem uvedená skutečnost, že zadavatelé zcela běžně uznávají jako referenční zakázky referenční zakázky realizované ve sdružení s dalšími účastníky sdružení, je zcela irelevantní. Úřad posoudil daný případ a rozhodl v souladu se zákonem, svou vlastní rozhodovací praxí a judikaturou správních soudů, a tudíž námitka, ve které vybraný uchazeč

uvádí, že závěr Úřadu nereflektuje praxi při zadávání veřejných zakázek a narušuje právní jistotu, je bezpředmětná.

33. K tvrzení vybraného uchazeče, že transparentní je takový postup, kdy zadavatel dopředu v zadávací dokumentaci stanoví, jakým způsobem bude při posouzení kvalifikace postupovat (tedy že výslovně uvede v zadávací dokumentaci skutečnost, že nehodlá uznat částečně realizovanou referenční zakázku či uvede rozsah referenční zakázky, na kterém se dodavatel musí podílet, aby zadavatel uznal celou finanční hodnotu referenční zakázky), uvádím, že zadavatel je podle § 59 odst. 1 zákona povinen posoudit prokázání splnění kvalifikace dodavatele z hlediska požadavků stanovených v souladu se zákonem. Jak již bylo uvedeno výše, je zadavatel povinen prověřovat, zda dodavatel, který podal nabídku, splnil požadavky na kvalifikaci. To, že tento dodavatel splňuje konkrétní požadavek na kvalifikaci ve sdružení společně s jinými dodavateli, ještě neznámá, že tento požadavek splňuje i samostatně. Pokud tedy zadavatelé postupují tak, že uznávají členu sdružení v plném rozsahu reference realizované celým sdružením či tyto reference uznávají v plném rozsahu v případě, že se člen sdružení podílel na plnění referenční zakázky z určité části, jedná se o postup v rozporu se zákonem. To, jakým způsobem bude zadavatel postupovat při posouzení kvalifikace u referencí realizovaných ve sdružení, přitom nemusí zadavatel výslovně uvádět v zadávací dokumentaci, neboť existuje pouze jediný správný postup uvedený výše. Tento postup přitom vyplývá ze zákona, z rozhodovací praxe Úřadu a z judikatury správních soudů. Vzhledem k uvedenému shledávám námitku vybraného uchazeče, že zadavatel nikde v zadávací dokumentaci výslovně neuvedl, že neuzná referenční zakázky realizované ve sdružení v celém rozsahu, za nedůvodnou.
34. Vybraný uchazeč dále namítá, že požadavek zadavatele, aby referenční zakázky nebyly realizovány uchazeči v pozici podzhotovitele, je nezákonný, resp. diskriminační. K tomuto uvádím, že tato námitka vybraného uchazeče je ve své podstatě námitkou proti zadávacím podmínkám. Tuto námitku již vybraný uchazeč uplatnil v rámci správního řízení sp. zn. ÚOHS-S535/2011/VZ (v tomto správním řízení podal vybraný uchazeč návrh). Úřad k této námitce uvedl, že podle § 110 odst. 3 zákona je navrhovatel povinen doručit námitky proti zadávacím podmínkám zadavateli nejpozději do 5 dnů od skončení lhůty pro podání nabídek. Lhůta pro podání nabídek uběhla dne 9. 6. 2011. Posledním dnem pro doručení námitek proti zadávacím podmínkám byl tedy den 14. 6. 2011. Navrhovatel však do tohoto data námitky proti podmínkám zadání zadavateli nepodal a své první námitky v této věci doručil zadavateli až dne 7. 10. 2011. Námitky proti zadávacím podmínkám tedy byly podány opožděně a vybraný uchazeč tak nebyl oprávněnou osobou pro podání návrhu v této věci. S ohledem na uvedené se ani já nebudu touto námitkou proti zadávacím podmínkám v tomto rozhodnutí zabývat.
35. K tvrzení vybraného uchazeče, že pokud se jedná o požadavek zadavatele stanovený v rozporu se zákonem, nelze podle názoru vybraného uchazeče nenaplnění tohoto požadavku jakkoliv sankcionovat, uvádím, že vybraný uchazeč nepodal proti tomuto požadavku zadavatele v zákonné lhůtě námitky proti zadávacím podmínkám, je tedy nutné vycházet ze správnosti zmíněného požadavku zadavatele.
36. Dále má vybraný uchazeč za to, že nelze vyloučit postup zadavatele podle § 56 odst. 6 zákona (zde má vybraný uchazeč zřejmě na mysli §56 odst. 8 rozhodného znění zákona), tj. že pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických

kvalifikačních předpokladů způsobu stanovenými podle odst. 7 zákona, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady, pokud je veřejný zadavatel z objektivních důvodů neodmítne. K tomuto uvádím, že tento postup je obecně možný za splnění v tomto ustanovení uvedených podmínek - dodavatel není z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobem, který požaduje zadavatel; musí se jednat o rovnocenné doklady; a veřejný zadavatel z objektivních důvodů tyto doklady neodmítne. I v případě aplikace tohoto postupu by však musel vybraný uchazeč předložit rovnocenné doklady, ze kterých by vyplývalo, že splnil kvalifikační požadavky zadavatele podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona. Z těchto dokladů by tedy muselo vyplývat, že tyto požadavky splňuje vybraný uchazeč, nikoliv pouze to, že vybraný uchazeč byl členem sdružení, které realizovalo zakázku, jež požadavek zadavatele splňuje.

#### **VI. Závěr**

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
38. 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 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj  
předseda  
Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

**Obdrží**

1. Porr a. s., Václavské náměstí 837/11, 110 Praha 1
2. město Pelhřimov, Masarykovo náměstí 1, 393 02 Pelhřimov
3. Metrostav a.s., Koželužská 2246, 180 00 Praha 8
4. VHZ-DIS, spol. s r.o., Mírová 25, 618 00 Brno
5. AGOS stavební a.s. Pelhřimov, Tomáše ze Štítného 634, 393 56 Pelhřimov
6. HABAU CZ s.r.o., Husova tř. 685/17, 370 05 České Budějovice

**Vypraveno dne**

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