



UOHSX009G99P

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-S0071/2017/VZ-09896/2017/532/KSt

Brno: 20. března 2017

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 112 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 17. 2. 2017 z moci úřední, jehož účastníkem je

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „D1 modernizace - úsek 12, EXIT 90 Humpolec - EXIT 104 Větrný Jeníkov“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zakázce bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 4. 2016 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 18. 4. 2016 pod ev. č. 527437, ve znění oprav ze dne 19. 5. 2016, dne 27. 5. 2016, dne 6. 6. 2016, dne 10. 6. 2016, dne 23. 6. 2016, dne 24. 6. 2016, dne 13. 7. 2016 a dne 21. 7. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 4. 2016 pod ev. č. 2016/S 079-139722 ve znění pozdějších oprav,

rozhodl takto:

I.

Správním řízení vedené pod sp. zn. S0071/2017 ve věci přezkoumání úkonů zadavatele – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha – při zadávání veřejné zakázky „D1 modernizace - úsek 12, EXIT 90 Humpolec - EXIT 104 Větrný Jeníkov“ v otevřeném řízení, jehož oznámení o zakázce bylo odesláno k uveřejnění dne 6. 4. 2016 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 18. 4. 2016 pod ev. č. 527437, ve znění oprav ze dne 19. 5. 2016, dne 27. 5. 2016, dne 6. 6. 2016, dne 10. 6. 2016, dne 23. 6. 2016, dne 24. 6. 2016, dne

13. 7. 2016 a dne 21. 7. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 4. 2016 pod ev. č. 2016/S 079-139722 ve znění pozdějších oprav, se podle § 117a písm. f) zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 citovaného zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a citovaného zákona.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – odeslal dne 6. 4. 2016 a uveřejnil dne 18. 4. 2016 ve Věstníku veřejných zakázek pod ev. č. 527437, ve znění oprav ze dne 19. 5. 2016, dne 27. 5. 2016, dne 6. 6. 2016, dne 10. 6. 2016, dne 23. 6. 2016, dne 24. 6. 2016, dne 13. 7. 2016 a dne 21. 7. 2016 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 22. 4. 2016 pod ev. č. 2016/S 079-139722 ve znění pozdějších oprav oznámení o zakázce za účelem zadání veřejné zakázky „D1 modernizace - úsek 12, EXIT 90 Humpolec - EXIT 104 Větrný Jeníkov“ v otevřeném řízení (dále jen „veřejná zakázka“).
2. Z bodu IV.3.4) „Lhůta pro doručení nabídek nebo žádostí o účast“ oznámení o zakázce uveřejněném ve Věstníku veřejných zakázek dne 21. 7. 2016 vyplývá, že zadavatel stanovil lhůtu pro doručení nabídek na den 4. 8. 2016.

II. POSTUP ÚŘADU PŘED ZAHÁJENÍM SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

3. 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“), k dohledu nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a soutěži o návrh, prošetřil postup zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky.
4. Na základě materiálů zaslanych zadavatelem a vlastního šetření, získal Úřad pochybnosti o správnosti postupu zadavatele při zadávání šetřené veřejné zakázky a to, zda zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tedy zda zadavatel v čl. 6. „KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY“, konkrétně v bodu 6.7.3 dílu 1 „POKYNY PRO UCHAZEČE“, části 1 „POKYNY PRO UCHAZEČE“ zadávací dokumentace jednoznačně, určitě a transparentním způsobem vymezil okruh subjektů, jež jsou způsobilí prokázat splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona.
5. Z uvedeného důvodu zahájil Úřad správní řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele v šetřeném zadávacím řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

6. Účastníkem správního řízení je podle § 116 zákona zadavatel.
7. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníku řízení oznámením č. j. ÚOHS-S0071/2017/VZ-06217/2017/532/KSt ze dne 16. 2. 2017, v němž seznámil zadavatele se skutečnostmi, které budou podkladem pro rozhodnutí.

8. Dne 17. 2. 2017, kdy bylo oznámení o zahájení správního řízení zadavateli doručeno, bylo podle § 113 zákona ve spojení s § 46 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, zahájeno správní řízení z moci úřední ve věci přezkoumání úkonů zadavatele.
9. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0071/2017/VZ-06241/2017/532/KSt ze dne 16. 2. 2017 nařídil Úřad podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona z moci úřední zadavateli předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
10. Výrokem I. usnesení č. j. ÚOHS-S0071/2017/VZ-06300/2017/532/KSt ze dne 17. 2. 2017 stanovil Úřad zadavateli lhůtu, v níž mohl navrhopvat důkazy, či činit jiné návrhy a vyjádřit v řízení své stanovisko. Výrokem II. citovaného usnesení stanovil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu, a to podání informace Úřadu o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení, a zaslání příslušné dokumentace o veřejné zakázce podle § 17 písm. v) zákona pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
11. Úřad dále usnesením č. j. ÚOHS-S0071/2017/VZ-07245/2017/532/KSt ze dne 27. 2. 2017 stanovil zadavateli lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření zadavatele ze dne 24. 2. 2017

12. Dne 24. 2. 2016 obdržel Úřad stanovisko zadavatele z téhož dne k důvodům, na základě kterých Úřad zahájil správní řízení.
13. Zadavatel podle svého názoru vymezil okruh subjektů způsobilých prokázat splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona zcela jednoznačně a určitě. Jedná se buď o dodavatele, který referenční zakázku realizoval jako přímý účastník smluvního vztahu s objednatel, nebo o dodavatele, který se na realizaci referenční zakázky podílel jako společně a nerozdílně zavázaný člen sdružení či jiného seskupení dodavatelů. Současně zadavatel ocitoval definici dodavatele uvedenou v § 17 písm. a) zákona.
14. Dále se zadavatel vyjádřil k uvedení slova „přímý“ v předmětném kvalifikačním předpokladu, které je třeba chápat tak, že se musí jednat o přímého účastníka smluvního vztahu s objednatel, když objednatel v tomto smyslu může podle zadavatele být jak zadavatel (investor), tak dodavatel a i subdodavatel, pokud pro něj určitou část stavebních prací provedla jiná osoba (záleží na konkrétní struktuře smluvních vztahů v rámci plnění dané zakázky či dodavatelském řetězci). Nicméně vždy zde z povahy věci musí existovat nějaký přímý smluvní vztah s jedním ze subjektů zapojených do realizace konkrétního stavebního projektu. Zadavatel se domnívá, že ani uvedený pojem účastník smluvního vztahu (ve smyslu smluvní strany) není výkladově nejasný či matoucí ve vztahu k účastníkům.
15. Zadavatel se dále vyjádřil ke způsobu nastavení předkládání příslušných dokladů k prokázání předmětného kvalifikačního předpokladu, ačkoliv Úřad tuto skutečnost v oznámení o zahájení správního řízení nerozporoval, k čemuž uvedl následující.
16. U dodavatele, který realizoval stavební práce samostatně, stačí k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů předložit osvědčení o realizaci stavebních prací, ze kterého vyplývá, že realizované stavební práce splňují parametry stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci.

17. U dodavatele, který realizoval stavební práce v rámci sdružení, je třeba doložit skutečnost, že předmětná část stavebních prací poskytnutá dodavatelem v rámci plnění realizovaného sdružením splňuje parametry stanovené zadavatelem v zadávací dokumentaci. Pokud dodavatel předkládá osvědčení vystavené na sdružení, ze kterého nevyplývá rozdělení stavebních prací mezi členy sdružení, lze toto rozdělení doložit dalšími doklady, jako např. smlouvou o sdružení.
18. Uvedené požadavky na prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona jsou podle zadavatele v souladu s rozhodovací praxí Úřadu, přičemž v této souvislosti zadavatel odkázal na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. R342/2012/VZ-6278/2013/310/RBu a na rozhodnutí Úřadu č. j. S181/2010/VZ-17712/2010/520/JH.
19. Zadavatel dále uvedl, že stejným způsobem stanovoval a stanovuje podmínky prokázání technických kvalifikačních předpokladů u všech veřejných zakázek na stavební práce, přičemž Úřad již postup zadavatele přezkoumával u mnoha veřejných zakázek, a to včetně šetřené veřejné zakázky (sp. zn. P1107/2016 a sp. zn. P1783/2016). Předmětné ustanovení zadávací dokumentace však v žádném případě nebylo dosud shledáno jako důvod pro zahájení správního řízení.
20. Současně není zadavateli známo, že by některý z dodavatelů nastavení předmětného kvalifikačního předpokladu napadl, nebo že by některý z dodavatelů požádal zadavatele o dodatečnou informaci z důvodu nejednoznačně a neurčitě vymezeného okruhu subjektů, kteří jsou způsobilí prokázat splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona.
21. Zadavatel by rozhodnutí Úřadu, že předmětný kvalifikační předpoklad byl stanoven nezákonně, považoval za překvapivé. Současně by podle zadavatele takové rozhodnutí mělo dopad na probíhající zadávací řízení na stavební práce, což by v konečném důsledku znamenalo odložení dotčených staveb.
22. Na základě výše uvedených skutečností pokládá zadavatel zahájené správní řízení z moci úřední za nedůvodné.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

23. Úřad přezkoumal na základě § 112 a násl. ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce, vyjádření zadavatele, a na základě vlastního zjištění rozhodl ve smyslu § 117a písm. f) zákona o zastavení správního řízení sp. zn. S0071/2017. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

24. Úřad nejprve ověřil postavení zadavatele podle § 2 zákona.
25. Podle § 2 odst. 2 zákona veřejným zadavatelem je
 - a) Česká republika,
 - b) státní příspěvková organizace,
 - c) územní samosprávný celek nebo příspěvková organizace, u níž funkci zřizovatele vykonává územní samosprávný celek,

- d) jiná právnická osoba, pokud
1. byla založena či zřízena za účelem uspokojování potřeb veřejného zájmu, které nemají průmyslovou nebo obchodní povahu, a
 2. je financována převážně státem či jiným veřejným zadavatelem nebo je státem či jiným veřejným zadavatelem ovládána nebo stát či jiný veřejný zadavatel jmenuje či volí více než polovinu členů v jejím statutárním, správním, dozorčím či kontrolním orgánu.

26. Z úplného znění zřizovací listiny zadavatele ze dne 11. 3. 2016, ve znění dodatku č. 11 z téhož dne, vyplývá, že zadavatel byl zřízen jako státní příspěvková organizace, a to Ministerstvem dopravy České republiky.
27. Na základě uvedených skutečností je zřejmé, že zadavatel je veřejným zadavatelem podle § 2 odst. 2 písm. b) zákona, neboť je státní příspěvkovou organizací.

Relevantní ustanovení zákona

28. Zadavatel je podle § 6 odst. 1 zákona povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace.
29. Dodavatelem se pro účely zákona podle § 17 písm. a) zákona rozumí fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého pobytu na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel.
30. Subdodavatelem se pro účely zákona podle § 17 písm. i) zákona rozumí osoba, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva.
31. Podle § 44 odst. 1 zákona je zadávací dokumentace soubor dokumentů, údajů, požadavků a technických podmínek zadavatele vymezujících předmět veřejné zakázky v podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky. Za správnost a úplnost zadávacích podmínek odpovídá zadavatel.
32. Podle § 51 odst. 4 zákona pokud není dodavatel schopen prokázat splnění určité části kvalifikace požadované veřejným zadavatelem podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona v plném rozsahu, je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele. Dodavatel je v takovém případě povinen veřejnému zadavateli předložit
- a) doklady prokazující splnění základního kvalifikačního předpokladu podle § 53 odst. 1 písm. j) zákona a profesního kvalifikačního předpokladu podle § 54 písm. a) zákona subdodavatelem a
 - b) smlouvu uzavřenou se subdodavatelem, z níž vyplývá závazek subdodavatele k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky dodavatelem či k poskytnutí věcí či práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém subdodavatel prokázal splnění kvalifikace podle § 50 odst. 1 písm. b) a d) zákona.

Dodavatel není oprávněn prostřednictvím subdodavatele prokázat splnění kvalifikace podle § 54 písm. a) zákona.

33. Ustanovení § 51 odst. 6 zákona stanoví, že v případě, že má být předmět veřejné zakázky plněn podle § 51 odst. 5 zákona 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. Požadavek na závazek podle věty první, aby dodavatelé byli zavázáni společně a nerozdílně, platí, pokud zvláštní právní předpis nebo zadavatel nestanoví jinak. Pokud se v užším řízení, jednacím řízení s uveřejněním či soutěžním dialogu dodavatelé spojují pro účely podání společné nabídky až po prokázání splnění kvalifikace, předloží smlouvu podle tohoto odstavce nejpozději s podáním společné nabídky.
34. K prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce může veřejný zadavatel podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona požadovat seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto 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.
35. Podle § 117a písm. f) zákona Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření dle § 118 nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo §120a.

Relevantní ustanovení dalších právních předpisů

36. Podle § 42 správního řádu je správní orgán povinen přijímat podněty, aby bylo zahájeno řízení z moci úřední. Pokud o to ten, kdo podal podnět, požádá, je správní orgán povinen sdělit mu ve lhůtě 30 dnů ode dne, kdy podnět obdržel, že řízení zahájil, nebo že neshledal důvody k zahájení řízení z moci úřední, popřípadě že podnět postoupil příslušnému správnímu orgánu. Sdělení správní orgán nezasílá, postupuje-li vůči tomu, kdo podal podnět, podle § 46 odst. 1 nebo § 47 odst. 1.
37. Podle § 46 odst. 1 správního řádu je řízení z moci úřední zahájeno dnem, kdy správní orgán oznámil zahájení řízení účastníkovi uvedenému v § 27 odst. 1 doručením oznámení nebo ústním prohlášením, a není-li správnímu orgánu tento účastník znám, pak kterémukoliv jinému účastníkovi. Oznámení musí obsahovat označení správního orgánu, předmět řízení, jméno, příjmení, funkci nebo služební číslo a podpis oprávněné úřední osoby.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o veřejné zakázce

38. V čl. 6. „KVALIFIKAČNÍ PŘEDPOKLADY“, v bodu 6.7.3 dílu 1 „POKYNY PRO UCHAZEČE“, části 1 „POKYNY PRO UCHAZEČE“ zadávací dokumentace (dále jen „bod 6.7.3 zadávací dokumentace“) zadavatel stanovil, že: „*Dodavatel je povinen prokázat splnění minimálních požadavků zadavatele na realizaci staveb provedených dodavatelem vlastními kapacitami za posledních 5 let a předložit osvědčení objednatelů o řádném a odborném plnění těchto staveb. Přehled realizovaných staveb včetně čestného prohlášení o provedení staveb zpracuje dodavatel podle formuláře č. 4.3.5. Přílohou přehledu realizovaných staveb budou osvědčení objednatelů těchto staveb.*

Pro účely tohoto čl. 6.7.3. a formuláře č. 4.3.5 se „stavbou“ rozumí souhrn stavebních objektů nebo jejich částí¹ realizovaných:

(i) dodavatelem jako přímým účastníkem smluvního vztahu s objednatelem nebo

(ii) sdružením, jehož byl dodavatel společně a nerozdílně zavázaným členem.

Je-li osvědčení objednatele o řádném plnění uvedené stavební práce vydáno pro sdružení či jiné seskupení dodavatelů, kteří plnili zakázku společně, a dodavatel (uchazeč) byl členem tohoto sdružení či seskupení, je třeba, aby dodavatel dalšími doklady (např. smlouvou o sdružení nebo doplňujícím vyjádřením objednatele k vydanému osvědčení o řádném plnění) prokázal, že ta část, kterou v rámci sdružení či seskupení dodavatelů plnil, splňuje požadavky zadavatele na minimální úroveň druhu, rozsahu a složitosti požadovaných stavebních prací. Byl-li dodavatel členem sdružení či seskupení dodavatelů, avšak osvědčení objednatele o řádném plnění uvedené stavební práce je vydáno pouze pro tohoto dodavatele, jako člena sdružení či seskupení dodavatelů, včetně uvedení ceny pouze jím provedených stavebních prací, není již dodavatel povinen předkládat další doklady uvedené v předchozí větě.

Pokud sdružení či seskupení dodavatelů, které získalo osvědčení o řádném plnění uvedené stavební práce, podává nabídku v tomto zadávacím řízení ve stejném složení konkrétních členů, pak takové osvědčení postačuje bez dalšího. (...).

¹Pro vyloučení pochybností platí, že z hlediska prokázání splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v tomto čl. 6.7.3 stavbou nemusí být pouze souhrn všech stavebních objektů realizovaných dodavatelem (sdružením) na základě jedné smlouvy (stavební zakázky), ale mohou jí být i jen některé stavební objekty či jejich části (splňující podmínky stanovené zadavatelem v tomto čl. 6.7.3) realizované v rámci takové větší stavební zakázky.“

39. Zadavatel dále v bodu 6.7.3 zadávací dokumentace stanovil, že požaduje, aby dodavatelé prokázali praxi spočívající v realizaci těchto stavebních prací:

(i) „1 dopravní stavby o finančním objemu větším než 750 mil Kč bez DPH,

(ii) 1 stavby (novostavba nebo rekonstrukce) směrově rozdělené čtyřpruhové pozemní komunikace s CB krytem v plném profilu, v délce minimálně 5 km,

(iii) 1 stavby mostu (novostavba nebo rekonstrukce) na směrově rozdělené čtyřpruhové pozemní komunikaci v plném profilu s délkou minimálně 25 m.“

40. Ve formuláři 4.3.5 na který odkazuje bod 6.7.3 zadávací dokumentace je obsažena tabulka, do které mají dopsány realizované referenční zakázky, kterými uchazeč prokazuje kvalifikaci. Tabulka rozlišuje pojem objednatel a investor, kdy v poznámce pod čarou je uvedeno, že „Objednatelem se pro účely tohoto formuláře rozumí osoba objednatele, s níž je dodavatel ve smluvním vztahu na provedení příslušné stavby“ a ve vztahu k pojmu investor je uvedeno „Investorem se pro účely tohoto formuláře rozumí osoba, pro niž se stavba prováděla“.

K výroku rozhodnutí

41. Předmětem šetřené veřejné zakázky je podle čl. I. „Předmět plnění a zadavatel“, bodu 1.1 dílu 0 „ZÁKLADNÍ PODMÍNKY ZADÁVACÍHO ŘÍZENÍ“ zadávací dokumentace „(...) zhotovení stavby D1 modernizace – úsek 12, EXIT 90 Humpolec – EXIT 104 Větrný Jeníkov (...)“.

42. Vzhledem ke skutečnosti, že zadávací dokumentace je základním dokumentem zadávacího řízení a nejvýznamnějším zdrojem informací, na jejímž základě zpracovávají dodavatelé své

nabídky a zákon proto zadavateli ukládá povinnost vymežit jejím prostřednictvím veškeré podrobnosti předmětu veřejné zakázky nezbytné k tomu, aby dodavatelé mohli zpracovat své nabídky a zadavatel v bodu 6.7.3 zadávací dokumentace stanovil ve vztahu k možnostem k prokázání technických kvalifikačních předpokladů následující požadavek:

„Dodavatel je povinen prokázat splnění minimálních požadavků zadavatele na realizaci staveb provedených dodavatelem vlastními kapacitami za posledních 5 let a předložit osvědčení objednatelů o řádném a odborném plnění těchto staveb. Přehled realizovaných staveb včetně čestného prohlášení o provedení staveb zpracuje dodavatel podle formuláře č. 4.3.5. Přílohou přehledu realizovaných staveb budou osvědčení objednatelů těchto staveb.

Pro účely tohoto čl. 6.7.3. a formuláře č. 4.3.5 se „stavbou“ rozumí souhrn stavebních objektů nebo jejich částí¹ realizovaných:

(i) dodavatelem jako přímým účastníkem smluvního vztahu s objednatelem nebo

(ii) sdružením, jehož byl dodavatel společně a nerozdílně závázaným členem (...), získal Úřad pochybnosti o souladnosti postupu zadavatele se zákonem.

43. Úřad získal pochybnost, zda zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky dodržel postup stanovený v § 44 odst. 1 zákona v návaznosti na § 6 odst. 1 zákona, tedy zda ve výše citovaném bodu 6.7.3 zadávací dokumentace jednoznačně, určitě a transparentním způsobem vymežil okruh subjektů, jež jsou způsobilí prokázat splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, když ve vztahu k referenčním zakázkám uvedl, že za referenční zakázky považuje zakázky realizované dodavatelem jako přímým účastníkem smluvního vztahu s objednatelem, nebo sdružením, jehož byl dodavatel členem, přičemž tato skutečnost může mít vliv na okruh potenciálních dodavatelů a tedy i následně vliv na výběr nejvhodnější nabídky, přičemž zadavatel doposud neuzavřel smlouvu na předmětnou veřejnou zakázku.
44. Úřad předně ve vztahu k zahájení správního řízení, které zadavatel považuje za nedůvodné, uvádí, že jeho působnost je obecně vymezena zákonem č. 273/1996 Sb., o působnosti Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, ve znění pozdějších předpisů. Jak přitom explicitně plyne z § 2 písm. a) a b) citovaného zákona, Úřad vytváří podmínky pro ochranu hospodářské soutěže a vykonává dohled při zadávání veřejných zakázek. Dále pak z ustanovení § 112 odst. 1 zákona vyplývá, že Úřad vykonává dohled nad postupem zadavatele při zadávání veřejných zakázek a tedy rozhoduje o tom, zda zadavatel při zadávání veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem. Stejně tak je dle citovaného ustanovení zákona Úřad oprávněn vydávat předběžná opatření ve smyslu § 117 zákona. Z uvedeného je zřejmé, že Úřad je nadán pravomocí k tomu, aby posuzoval postup zadavatele při zadávání zde šetřené veřejné zakázky. Možnost zahájit správní řízení z moci úřední slouží a priori k tomu, aby ve veřejném zájmu byla určitá věc správním orgánem autoritativně vyřešena, a to zejm. za situace, kdy takto pravomocí nadaný správní orgán získá pochybnosti o zákonnosti postupu zadavatele. Ostatně k právě uvedenému se trefně vyjádřil např. i Ústavní soud ve svém usnesení ze dne 8. 10. 2002, sp. zn. II. ÚS 586/2002, kde je uvedeno, že získá-li správní orgán pochybnost o zákonnosti kroků zadavatele, je oprávněn zahájit správní řízení z moci úřední. Přitom není a nemůže být libovůlí Úřadu, zda správní řízení, jež je možné zahájit pouze ex officio, zahájí či nikoli, poněvadž výkon této pravomoci je ovládán mimo jiné principem oficiality, podle

kterého správní orgán má právo (ale i povinnost) zahájit řízení, jakmile nastane skutečnost předvídaná zákonem, bez ohledu na to, jak ji zjistí.

45. Z uvedeného tedy plyne, pakliže na základě šetření podnětu ve smyslu § 42 správního řádu, které je Úřad povinen přijímat, stejně tak příp. na základě vlastních zjištění získá Úřad pochybnosti o souladnosti postupu zadavatele se zákonem, je povinen zahájit správní řízení z moci úřední. Činnost Úřadu je v tomto totiž ovládána mj. principem oficiality, což znamená, jak ostatně již je shora uvedeno, že správní orgán obecně, čili samozřejmě i Úřad, má právo (a tím i povinnost, jak ostatně uvedl ve svém shora specifikovaném usnesení i Ústavní soud) zahájit správní řízení z moci úřední, jakmile nastane konkrétní skutečnost předvídaná příslušným právním předpisem, tzn. v pozici Úřadu skutečnost předvídaná zákonem o veřejných zakázkách. Úřad k tomu akcentuje, že pro zahájení správního řízení z moci úřední jsou plně postačující „toliko“ pochybnosti o souladu postupu zadavatele se zákonem. Je tomu tak proto, že teprve až po provedeném správním řízení může být ze strany Úřadu autoritativním způsobem rozhodnuto, zda pochybnosti, jež Úřad získal, a na základě nichž zahájil se zadavatelem správní řízení z moci úřední, byly skutečně „opodstatněné“, resp. že jsou natolik „intenzivní“ (zásadní), že vedou k porušení zákona zadavatelem, což s sebou nese uložení konkrétního nápravného opatření, popř. sankce zadavateli. Úřad rovněž podotýká, že fakt, že získá pochybnosti, zda zadavatel při zadávání konkrétní veřejné zakázky postupoval v souladu se zákonem, ještě v žádném případě neznačí, že se zadavatel porušení zákona reálně dopustil.
46. V případě, že Úřad na základě získaných pochybností zahájí správní řízení z moci úřední, současně mu z ustanovení § 46 správního řádu dále vyplývá povinnost řádně vymezit předmět řízení. Podrobněji se k této povinnosti vyjadřuje „Závěr č. 62 ze zasedání poradního sboru ministra vnitra ke správnímu řádu ze dne 26. 11. 2007 – Vymezení předmětu správního řízení“, z něhož vyplývá, že správní orgán je povinen v oznámení o zahájení správního řízení popsat skutek, o kterém bude v řízení jednáno, a správní delikt, který je v tomto skutku spatřován. V odůvodnění citovaného závěru č. 62 se uvádí: „*V sankčních řízeních má vymezení skutku, o kterém bude v řízení jednáno, velký význam. V případě skutkového stavu lze při formulaci oznámení o zahájení řízení vycházet z toho, že správní orgán má pouze omezené informace, které zpravidla postačují pouze pro to, aby odůvodnily zahájení řízení. Správní orgán tak v oznámení o zahájení řízení vymezí předmět řízení pouze jednoduchým popisem skutku, který je předmětem řízení. (...) Předmět řízení musí být dále v oznámení o zahájení řízení vymezen i tím, o jakých právech a povinnostech bude v řízení jednáno. Při tom správní orgán v sankčních řízeních vychází ze skutkových zjištění, která jsou zpravidla minimální, a proto se může právní kvalifikace v průběhu správního řízení měnit v souvislosti se zjišťováním skutkového stavu věci. (...)*“. Úřad k tomu pro úplnost dodává, že ačkoliv se výše předestřené závěry týkají správního řízení z moci úřední zahájeného pro pochybnosti ohledně možného spáchání správního deliktu příslušným subjektem, jsou dané závěry plně přílehlivé i na šetřený případ, který je veden ve věci přezkoumání úkonů zadavatele spojených se zadáváním předmětné veřejné zakázky.
47. Ke stejnému závěru dospěl už Vrchní soud v Praze v rozhodnutí č. j. 6 A 100/94 ze dne 28. 1. 1996: „*(...) z oznámení o zahájení správního řízení, v němž má dojít k uložení sankce za správní delikt, musí být (...) zřejmé, který správní orgán je činí, musí obsahovat vylíčení skutku, který je důvodem pro zahájení řízení, a důvod, proč je řízení zahajováno (...)*. Právní

posouzení věci není nezbytné, neboť kvalifikace správního deliktu se v závislosti na soustředování podkladů pro rozhodnutí může v průběhu správního řízení měnit, a zpravidla se také mění. K jejímu konečnému „ustálení“ proto dochází obvykle až v okamžiku, kdy správní orgán dá účastníku řízení možnost, aby se před vydáním rozhodnutí mohl vyjádřit k podkladu pro rozhodnutí (...), definitivně pak v rozhodnutí samotném (...). Uvede-li však správní orgán ve vyznění vedle skutkového posouzení i posouzení právní („kvalifikaci skutku“), není to zajisté pochybením (právní kvalifikací v zahájení řízení není ostatně vázán), ale také není důvodu, aby v případě, že v průběhu správního řízení dospěje k posouzení odlišnému, řízení zastavoval a zahajoval nové. Takový postup má dokonce fatální důsledek pro možnost uložení sankce vůbec. (...).“ Obdobné závěry byly učiněny v judikatuře Nejvyššího správního soudu, který v rozsudku č. j. 5 A 73/2002-34 ze dne 20. 11. 2003 uvedl, že „(...) vymezení skutku, pro který je řízení podle správního řádu zahájeno, musí být konkrétní, stejně tak jako musí být z oznámení o zahájení řízení podle § 18 odst. 3 správního řádu (jedná se o zákon č. 71/1967 Sb., který předcházel současnému správnímu řádu, pozn. Úřadu) zřejmé, co bude jeho předmětem a o čem bude v řízení rozhodováno, v sankčním řízení je potom vhodné uvést, jaký postih za dané jednání hrozí. Takovou specifikaci nelze považovat za předčasné konstatování odpovědnosti, která je teprve v řízení zkoumána.“

48. Právě i výše uvedené a popsané podmínce spočívající v řádném vymezení předmětu řízení Úřad dostal, když v oznámení o zahájení správního řízení k předmětné veřejné zakázce bylo specifikováno, který postup (jednání) zadavatele je předmětem šetření ze strany Úřadu v rámci správního řízení. Ostatně ani sám zadavatel nikterak řádnost vymezení předmětu správního řízení nerozpouje, naopak sám ve svém vyjádření připouští, že předkládá i argumentaci jdoucí nad rámec vymezeného předmětu řízení, tak jak byl popsán v oznámení o jeho zahájení. Z výše popsaného je tak zcela zřejmé, že Úřad postupoval v intencích zákonných předpisů a ze zákonného postupu nijak nevybočil, vzhledem ke skutečnosti, že získal pochybnosti o řádnosti vymezení zadávacích podmínek zadavatelem, což srozumitelně formuloval v oznámení o zahájení správního řízení, stejně tak zásada proporcionality a legality nebyla Úřadem porušena.
49. Ve vztahu k zahájení správního řízení z moci úřední (ex officio) je možno rovněž doplnit, že je přitom výrazem uplatnění zásady oficiality ve správním řízení, která spočívá v tom, že řízení se nachází v úřední pravomoci příslušného správního orgánu, kdy jeho zahájení a další průběh nezávisí na vůli účastníků řízení. Jak konstatuje Krajský soud v Brně v rozsudku sp. zn. 29 Af 65/2012 ze dne 29. 5. 2014 „Žalovaný dle § 112 odst. 1 zákona o veřejných zakázkách vykonává dohled nad zadáváním veřejných zakázek. Je nasnadě, že v rámci tohoto dohledu je oprávněn provádět též šetření, které slouží k předběžnému posouzení, zda zahájit řízení z moci úřední. Nejedná se o správní řízení, jehož výsledkem by mělo být závazné správní rozhodnutí, ale o specifický kontrolní postup, v jehož rámci je žalovaný oprávněn používat prostředky, které umožňují efektivitu dohledu. Účelem šetření je kontrola dodržování povinností zadavatelů, zjištění nebo prověření případných skutečností, které by mohly odůvodňovat podezření (ať už na základě vlastních poznatků žalovaného, nebo – častěji – na základě podnětu třetí osoby), že se konkrétní zadavatel mohl dopustit porušení uvedených povinností, a shromáždění prvotních informací a podkladů, o něž se takové podezření opírá. Šetření není zahajováno ani ukončováno správním rozhodnutím ani jiným formálním úkonem, probíhá mimo řízení. Vyjdou-li v průběhu šetření najevo skutečnosti, které zakládají podezření, že se konkrétní zadavatel např. mohl dopustit

správního deliktu, může žalovaný z moci úřední zahájit příslušné správní řízení (§ 113 zákona o veřejných zakázkách).“.

50. Výše uvedené lze tedy shrnout do následujícího závěru. Za situace, kdy Úřad získal pochybnosti o možném porušení zákona, a to bez ohledu na zdroj těchto informací, je nejen jeho právem, ale i povinností se takovouto skutečností zabývat a v případě, že nabyde důvodného podezření, že k porušení zákona skutečně došlo, zahájit správní řízení. Jak vyplývá z výše citovaného usnesení Ústavního soudu, je správní orgán povinen zahájit správní řízení z moci úřední, pokud nastane skutečnost předvídaná zákonem, tj. např. důvodné podezření, že došlo k porušení zákona či spáchání správního deliktu. Pro zahájení správního řízení tedy postačuje pouhá možnost (pochybnost), že došlo k porušení zákona, příp. kdy již je uzavřena smlouva na veřejnou zakázku, ke spáchání správního deliktu, neboť teprve v průběhu správního řízení jsou shromažďovány důkazy a poklady. Současně je v průběhu správního řízení účastník řízení oprávněn aktivně vystupovat, tedy navrhopvat a předkládat důkazy, na základě kterých Úřad dospěje ke konečnému závěru, zda k porušení zákona došlo či nikoliv.
51. Jak již bylo v odůvodnění tohoto rozhodnutí konstatováno, pochybnosti, které Úřad v postupu zadavatele při zadávání předmětné veřejné zakázky získal, se týkaly jednoznačnosti a srozumitelnosti nastavených zadávacích podmínek, zejména pak zda bylo řádně a transparentním způsobem vymezeno, co bude zadavatel ve smyslu čl. 6.7.3 zadávací dokumentace považovat za referenční zakázku, resp. jakým subjektem mohla být tato referenční zakázka realizována, tak aby dostála požadavkům zadavatele.
52. Pochybnosti Úřadu spočívaly v tom, zda ze zadávací dokumentace plyne, transparentním a jednoznačným způsobem, možnost prokazování realizace referenční veřejné zakázky subjektem, který se na referenční zakázce podílel v pozici subdodavatele (který by reálně na zadavatelem specifikovaném plnění participoval). Zadavatel totiž v opakovaně citovaném čl. 6.7.3 zadávací dokumentace jmenoval, že za referenční zakázku bude považovat zakázku, která byla realizována dodavatelem jako přímým účastníkem smluvního vztahu s objednatel, popř. sdružením, jehož byl dodavatel společně a nerozdílně závazným členem.
53. Podle § 17 písm. a) zákona se dodavatelem pro účely zákona rozumí fyzická nebo právnická osoba, která dodává zboží, poskytuje služby nebo provádí stavební práce, pokud má sídlo, místo podnikání či místo trvalého bydliště na území České republiky, nebo zahraniční dodavatel, je pojem dodavatel ve smyslu zákona vyložen poměrně obecně, může jím být tedy v zásadě jakákoliv osoba, která poskytuje určitý druh plnění. Bez další specifikace provedené zadavatelem, by tak dodavatelem, který realizoval referenční práce, mohl být bez dalšího kterýkoliv subjekt, který realizoval zadavatelem požadované referenční stavební práce.
54. Pokud však zadavatel pojem dodavatel v zadávací dokumentaci, pro účely splnění technických kvalifikačních předpokladů, specifikoval tak, že se jedná pouze o osobu, která je přímým účastníkem smluvního vztahu s objednatel, získal tím Úřad pochybnosti, zda zadavatel nestanovuje, že se musí jednat o takovou osobu, která nejenže je obecně dodavatelem určitého konkrétního druhu plnění, ale zároveň je v určitém konkrétním vztahu k objednateli takového plnění. Slosloví použité zadavatelem – dodavatel, který je v přímém

smluvním vztahu s objednatelem – by izolovaně tedy mohlo být vykládáno tak, že je to pouze osoba, která byla ve smlouvě na realizaci určitých stavebních prací – v tomto případě stavebních prací spočívajících v realizaci konkrétních dopravních staveb – jako dodavatel označena; takový výklad by totiž mohl odpovídat zadavatelem použité formulaci, že dodavatel musí být v přímém smluvním vztahu s objednatelem.

55. Dále pak v čl. 6.7.3 zadávací dokumentace bylo vymezeno, že dalším subjektem oprávněným předložit osvědčení o referenčních stavbách je dodavatel, který byl společně a nerozdílně zavázaným členem sdružení. I v tomto případě však byl opětovně výslovně uveden „dodavatel“. V případě, že by osvědčení o realizaci stavebních prací bylo vydáno na sdružení jako celek, a nevyplývalo by z něj, v jakém rozsahu plnil dodavatel stavební práce, pak byl dodavatel povinen doložit např. smlouvu o sdružení, ze které by vyplývalo, v jakém rozsahu byl zavázán k realizaci stavebních prací. Je zřejmé, že zadavatel tento požadavek stanovil za účelem posouzení, zda dodavatelem realizovaná část stavebních prací v rámci sdružení odpovídá zadavatelem stanoveným požadavkům na referenční stavební práce.
56. V zákoně pak je sdružení dodavatelů zakotveno v § 51 zákona, a to v souvislosti s podáním společné nabídky, resp. v souvislosti s plněním veřejné zakázky několika dodavateli společně. Zákon tedy o sdružení hovoří v souvislosti s přímým plněním veřejné zakázky takovým sdružením osob a blíže specifikuje jeho závazky, resp. závazky jeho členů vůči zadavateli. Ze zákona tedy vyplývá, že rovněž i dodavatelé, kteří realizovali stavební práce s ostatními členy sdružení, byli přímými účastníky smluvního vztahu s objednatelem, vůči kterému byli zavázáni společně a nerozdílně za řádnou realizaci stavebních prací. Dle citovaného ustanovení zákona (konkr. § 51 odst. 6 zákona) v případě, že má být předmět veřejné zakázky plněn společně několika dodavateli, jsou tito dodavatelé povinni veřejnému zadavateli předložit mimo jiné i 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 vzhledem k právě uvedenému měl Úřad pochybnosti o zákonnosti nastavení zadávacích podmínek, když zadavatel kladl důraz na to, aby osoby, které budou poskytovat reference, byly pouze osoby, které jsou v přímém smluvním vztahu s objednatelem referenčních prací, čímž zdůraznil jejich odpovědnost za plnění těchto prací této osobě.
57. K uvedenému dále Úřad dodává, že jak samostatný dodavatel, který uzavřel přímý smluvní vztah s objednatelem, tak i dodavatelé, kteří byli společně a nerozdílně zavázanými členy sdružení, jsou dodavateli, kteří uzavřeli přímý smluvní vztah s původním (primárním) objednatelem, což ve svém důsledku znamená, že tito dodavatelé měli odpovědnost za řádnou realizaci stavebních prací přímo objednateli uvedenému ve smlouvě uzavřené na plnění konkrétních stavebních prací. Úřad tedy získal pochybnost, zda z uvedeného ustanovení zadávací dokumentace nebylo možno dovozovat, že zadavatel měl zájem na tom, aby dodavatel, který prokazuje svou kvalifikaci k realizaci určitých stavebních prací, byl za provedení těchto stavebních prací odpovědný, a to přímo „primárnímu objednateli“.
58. Ve vztahu k uvedenému nelze přehlédnout fakt, že zákon upravuje i samostatné vymezení pojmu subdodavatel, a to v § 17 písm. i) zákona a definuje jej jako osobu, pomocí které má dodavatel plnit určitou část veřejné zakázky nebo která má poskytnout dodavateli k plnění veřejné zakázky určité věci či práva (viz bod 30 odůvodnění tohoto rozhodnutí). Z definice

pojmu subdodavatel je zřejmé, že se jedná o odlišné vymezení od pojmu dodavatel. Subdodavatelem je ve smyslu zákona tedy míněna osoba, která za dodavatele plní část veřejné zakázky, tedy provádí např. určité stavební práce, popř. pouze poskytuje určité věci či práva. K tomu Úřad dále dodává, že subdodavatel k tomu, aby mohl provádět např. určité stavební práce, neuzavírá na realizaci stavebních prací přímý smluvní vztah se zadavatelem, jakožto „primárním objednatel“. Subdodavatel tak je ve smluvním vztahu „pouze“ vůči dodavateli, za něhož vykonává určité stavební práce. Subdodavatel je tak odpovědný za realizaci stavebních prací pouze vůči dodavateli, se kterým je ve smluvním vztahu. Prvotní odpovědnost vůči „primárnímu objednateli“ za provedení stavebních prací tak nese dodavatel. Subdodavatel tedy není společně a nerozdílně zavázán k realizaci stavebních prací s dodavatelem vůči „primárnímu objednateli“, neboť s ním není v přímém smluvním vztahu, avšak je v přímém smluvním vztahu s dodavatelem, který je v přímém smluvním vztahu k „primárnímu objednateli“. Subdodavatel tak nevstupuje do smluvního vztahu, tzn. neuzavírá smlouvu s „primárním objednatel“, nýbrž právě s ohledem na řetězení dodavatelských vztahů uzavírá smlouvu – tedy vzhledem k původnímu smluvnímu vztahu – s osobou v pozici dodavatele. Subdodavatel je tak dle citované definice „pouze“ subjektem, který je nápomocen dodavateli ke splnění závazku.

59. Z uvedených skutečností vyplývá, že subdodavatel, na rozdíl od dodavatele, s nímž má „primární objednatel“ uzavřenu smlouvu, není přímým poskytovatelem stavebních prací ve prospěch tohoto objednatele. V kontextu zadávacího řízení pak subdodavatel za účelem získání možnosti realizovat určité stavební práce v rámci konkrétní veřejné zakázky nepodává nabídku do zadávacího řízení, není vůči objednateli (zadavateli) odpovědný za splnění těchto prací a není tedy přímým účastníkem takového smluvního vztahu. Postavení dodavatele a subdodavatele je tak ve smyslu zákona chápáno odlišně. Právě i z tohoto důvodu vyvstaly na straně Úřadu pochybnosti o zákonnosti a jednoznačnosti nastavení předmětné zadávací podmínky, týkající se možnosti prokázání technického kvalifikačního předpokladu.
60. Úřad dále v této souvislosti uvádí, že z ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona mimo jiné vyplývá, že zadavatel je oprávněn za účelem prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat předložení seznamu stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací, přičemž zákon v tomto, ani v jiném ustanovení zákona již dále nespecifikuje, kdo je objednatel, tedy zda se musí jednat o „primárního objednatele“. Zadavatelem užitá formulace tedy sama o sobě (izolovaně) mohla vzbuzovat dojem, že zadavatel sám zpřesnil (zpřisnil) výklad tohoto pojmu, když uvedl, že musí existovat přímý smluvní vztah mezi takovým objednatel a dodavatelem.
61. Nicméně Úřad i vzhledem k argumentaci použité zadavatelem v rámci vedeného správního řízení a při dalším posouzení věci dospěl k závěru, že takovýto výše nastíněný výklad zadávací dokumentace v kontextu všech informací v ní obsažených (viz níže v odůvodnění tohoto rozhodnutí) by byl nesprávný. Stejně tak má Úřad za to, že se nejedná o další možný racionální výklad této zadávací podmínky, nemající oporu v celkovém znění zadávacích podmínek; tedy, že by existoval okruh potenciálních dodavatelů, kteří by předmětnou podmínku vykládali tímto výše nastíněným „úzkým“ výkladem, příp. nebyli schopni jednoznačně vyložit znění předmětného požadavku.

62. Jak je uvedeno v bodu 14 odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel se mj. vyjádřil k uvedení slova „přímý“ v předmětném kvalifikačním předpokladu. Uvedené je dle zadavatele nutno chápat tak, že se musí jednat o přímého účastníka smluvního vztahu s objednatel, kdy pojem objednatel může být vykládán jako zadavatel (investor), tak dodavatel, příp. i subdodavatel, pokud pro něj určitou část stavebních prací provedla jiná osoba. Tedy záleží na konkrétní struktuře smluvních vztahů v rámci dané zakázky či dodavatelském řetězci.
63. Pokud tedy zadavatel současně definoval pojem objednatel ve vyjádření ze dne 24. 2. 2017 následujícím způsobem: *(...) objednatel může být jak zadavatel (investor), tak dodavatel a konečně třeba i subdodavatel, pokud pro něj určitou část stavebních prací provedla jiná osoba (záleží na konkrétní struktuře smluvních vztahů v rámci plnění dané zakázky či dodavatelském řetězci). Nicméně vždy zde z povahy věci musí existovat nějaký přímý smluvní vztah s jedním ze subjektů zapojených do realizace konkrétního stavebního projektu.*“, dává Úřad uvedené argumentaci zadavatele za pravdu, že k výkladu zadávací dokumentace je nutno přistoupit tímto způsobem. Pro úplnost je nutno doplnit, že zadavatel skutečně provedl výklad v souladu se zněním tak, jak je uvedeno v zadávací dokumentaci; nejedná se tedy o ex post vytvořený výklad zadávací podmínky zadavatelem obsažené v čl. 6.7.3 zadávací dokumentace.
64. Při přezkoumání obsahu zadávacích podmínek, zejm. pak tedy zadávací dokumentace jako celku, kdy nelze určité věty vytrhávat z kontextu všech informací v ní obsažených, je nutno souhlasit se závěry zadavatele. Nelze totiž při právním hodnocení vymezeného předpokladu, který se jistě jeví na první pohled a při izolovaném nahlížení co do určitosti problematický, přehlédnout skutečnost, že k prokazování technického kvalifikačního předpokladu ve smyslu čl. 6.7.3 zadávací dokumentace náleží i formulář označený 4.3.5, v němž je rozlišen pojem objednatel a investor. Jak bylo uvedeno v bodu 40 odůvodnění tohoto rozhodnutí, zadavatel zde výslovně konstatoval, že *„Objednatel se pro účely tohoto formuláře rozumí osoba objednatel, s níž je dodavatel ve smluvním vztahu na provedení příslušné stavby“* a pojem investor definoval následovně *„Investorem se pro účely tohoto formuláře rozumí osoba, pro niž se stavba prováděla“*. Z uvedeného je tedy zjevné, že zadavatel pro účely tohoto zadávacího řízení vymezil pojem dodavatel širším způsobem a odlišil jej od osoby investora poptávajícího realizaci celé referenční stavební zakázky.
65. Při opětovném komplexním posouzení znění zadávací dokumentace Úřad tedy dochází k závěru, že takto stanovenou podmínku *„dodavatel jako přímý účastník smluvního vztahu s objednatel“* je nutno vykládat následujícím způsobem. Cílem zadavatele v šetřeném zadávacím řízení bylo, aby referenční stavební práce byly vykonány konkrétním subjektem a pro subjekt odlišný, než-li je on sám, tzn. byl v přímém vztahu s dalším subjektem, pro který tyto práce provedl. Právě i s ohledem na upřesnění pojmů ve formuláři 4.3.5 vztahujícímu se ke stanovenému technickému kvalifikačnímu předpokladu v čl. 6.7.3 zadávací dokumentace je třeba dát za pravdu zadavateli s výkladem pojmů dodavatel a objednatel, a tedy celkovému požadavku na přímý smluvní vztah mezi dodavatelem a objednatel. Pojem objednatel je v kontextu znění zadávacích podmínek nutno vykládat širším způsobem, než výše nastínil Úřad své původní úvahy, a to tak, že se jedná o subjekt, který poptává nějaké plnění. Nemusí se tedy jednat o investora akce, tzn. „primárního objednatel“ díla jako celku. Za objednatel se rovněž ve smyslu předmětných zadávacích podmínek musí považovat i další subjekty, které se na předmětné např. stavební akci

vyskytují a dále poptávají plnění pro zvládnutí realizace ve prospěch „primárního objednatele“, a tak se ze zhotovitele (dodavatele) dostávají do pozice objednatele a subjekty, které jim požadované plnění poskytují, jsou tedy rovněž v pozici dodavatele vůči nim.

66. Právě uvedené lze představit na následujícím příkladu. Veřejný zadavatel poptává výstavbu dálnice, tzn. veřejný zadavatel je v pozici investora, stejně tak „primárního objednatele“ díla jako celku. Předmětnou veřejnou zakázku (jako celek) vysoutěží vybraný uchazeč. Stane se tedy dodavatelem (zhotovitelem) předmětného stavebního díla. Nicméně i tento zhotovitel (dodavatel) se může dostat do pozice objednatele, jelikož nemusí rozsah všech stavebních prací realizovat vlastními kapacitami, a za účelem např. pokládky krytu vozovky si poptá tento druh plnění od dalšího dodavatele, který se stane zhotovitelem (dodavatelem) pokládky krytu vozovky. Byť z pohledu veřejného zadavatele „primárního objednatele“ se jedná o subdodavatele, kterého si „najmul“ jeho dodavatel, z pohledu dodavatele „sekundárního objednatele“ se jedná o dodavatele, který pro něj realizuje určité plnění a nese za něj odpovědnost ve vztahu k tomuto „sekundárnímu objednateli“. Dochází tedy k určitému řetězení jak na pozici objednatele, tak na pozici dodavatele. Nicméně právě tento přístup je nutno považovat za prosoutěžní, nečinící překážky v možné účasti v zadávacím řízení, neboť pro zadavatele by mělo být rozhodující, aby se o veřejnou zakázku ucházel subjekt, který měl reálné zkušenosti s určitými činnostmi a z pohledu Úřadu je až druhořadé, zda tento smluvní vztah byl zajištěn s „primárním objednatel“ či až s „dodavatelem sekundárním“ atd.
67. Uvedenému výkladu předmětné zadávací podmínky, tzn., že může docházet k řetězení v rámci dodavatelského schématu, nahrává i další část citovaného čl. 6.7.3 zadávací dokumentace, a to, že zadavatel v textu předmětného článku zadávací dokumentace specifikoval pojem referenční stavby pro účely předmětného zadávacího řízení, když zde uvedl: *„Pro vyloučení pochybností platí, že z hlediska prokázání splnění kvalifikačního předpokladu uvedeného v tomto čl. 6.7.3 stavbou nemusí být pouze souhrn všech stavebních objektů realizovaných dodavatelem (sdružením) na základě jedné smlouvy (stavební zakázky), ale mohou jí být i jen některé stavební objekty či jejich části (splňující podmínky stanovené zadavatelem v tomto čl. 6.7.3) realizované v rámci takové větší stavební zakázky.“*. Z textace právě citované pasáže zadávací podmínky Úřad dovozuje, že právě slovním spojením *„z hlediska prokázání splnění kvalifikačního předpokladu (...) stavbou **nemusí** být pouze souhrn všech stavebních objektů realizovaných dodavatelem (sdružením) **na základě jedné smlouvy (stavební zakázky)**, ale mohou jí být i jen **některé stavební objekty či jejich části**.“* (zvýrazněné části zvýrazněny Úřadem, pozn. Úřadu), zadavatel zesílil již výše uvedený závěr, že se nemusí jednat o vztah mezi „primárním objednatel“ a „primárním dodavatelem“. Mnohdy mezi těmito subjekty vzniká smluvní vztah, kdy „primární dodavatel“ dodává „primárnímu objednateli“ dílo jako celek, za nějž nese vůči „primárnímu objednateli“ celkovou odpovědnost, nicméně, zejm. u rozsáhlých staveb málokdy je celé dílo realizováno pouze a výlučně tímto „primárním dodavatelem“. Za účelem zajištění celkové realizace plnění se často dostává i do pozice objednatele, který objednává dílčí části plnění od (sub)dodavatelů tak, aby byl schopen dostát svému závazku vyplývajícímu ve vztahu k „primárnímu objednateli“. Nicméně reálně tento „primární dodavatel“ nemusí na základě zajištění realizace celé stavební akce získat zkušenosti se všemi činnostmi, které se zde provádějí, neboť tyto poptává od svých dodavatelů, kteří sice vůči „primárnímu objednateli“

nejsou v přímém smluvním vztahu a nezastřešují zvládnutí realizace celkové výstavby, ale naopak disponují konkrétními zkušenostmi s určitými pracemi, které na dané stavební akci byly realizovány. De facto právě popsané zadavatel vystihl ve výše citovaném, když výslovně uvedl, že se může jednat o činnosti jen na některých stavebních objektech či na jejich částech. Stejně tak zadavatel výslovně netrval na tom, aby předmětná zkušenost vznikla na základě jedné smlouvy, tedy bylo připuštěno ono výše uvedené řetězení dodavatelského systému.

68. Na základě výše uvedeného je nutno učinit tedy závěr, že zadavatelem prvotně zachycený předmětný předpoklad není vymezen šťastně, avšak po prostudování dalších částí dokumentace lze konstatovat, že zadavatel v zadávací dokumentaci vyjádřil, že je možno technický kvalifikační předpoklad ve smyslu čl. 6.7.3 prokazovat prostřednictvím prosoutěžního širšího výkladu a že kvalifikace mohla být prokazována v návaznosti na řetězení v rámci dodavatelského systému. Ostatně výše uvedenému odpovídal i postup zadavatele v průběhu zadávacího řízení, při posuzování kvalifikace, jak Úřad zjistil z dokumentace o veřejné zakázce.
69. Zadavatel při posuzování kvalifikace jednoho z uchazečů o předmětnou veřejnou zakázku uznal referenci poskytnutou právě na základě v odůvodnění tohoto rozhodnutí popsaného dodavatelského řetězce, tedy referenci vykonanou (sub)dodavatelem.
70. Zadavatel v šetřené veřejné zakázce obdržel mimo jiné i nabídku sdružení pod názvem společnost „TGS JOINT VENTURE“. Jedním ze společníků jmenovaného sdružení je Společnost s ručením omezeným SP Sine Midas Stroy, se sídlem 9K Smagulova st., Aktobe, Aktobe Oblast, Republika Kazachstán (dále jen „SP Sine Midas Stroy“). Jmenované sdružení ve své nabídce předložilo mimo jiné i osvědčení o provedení výstavby čtyřproudé silnice s betonovým povrchem s úplným profilem v délce 22,970 km. Citované osvědčení bylo vydáno ve prospěch společnosti SP Sine Midas Stroy, která byla v osvědčení označena jako subdodavatel, který však vlastními kapacitami realizoval právě uvedený rozsah stavebních prací. Pro úplnost Úřad dodává, že z uvedeného osvědčení vyplývá, že zhotovitelem, tedy „primárním dodavatelem“ byla jiná společnost z Kazašské republiky, a to společnost Todini Central Azija, se sídlem tř. Saryarka 6, město Astana (dále jen „Todini Central Azija“), která byla v přímém smluvním vztahu s „primárním objednatel“ (investorem) stavebních prací společností AO „KazAvtoŽol“ Alamtinská oblastní pobočka, Kazašská republika a zajišťovala realizaci výstavby silnice v délce 40,915 km, přičemž právě subdodavatel SP Sine Midas Stroy z tohoto rozsahu realizoval stavební práce na úseku v délce 22,970 km.
71. Z popsaného vyplývá, že zadavatel i v průběhu zadávacího řízení přistoupil k výkladu citovaného čl. 6.7.3 zadávací dokumentace, tedy k výkladu, která osoba je považována za dodavatele a tudíž je oprávněna prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona způsobem, který odpovídá znění zadávacích podmínek, stejně tak argumentaci uplatněné zadavatelem v průběhu předmětného správního řízení.
72. S ohledem na výše uvedené Úřad tedy konstatuje, že dané ustanovení zadávací dokumentace nesměřovalo k vyloučení možnosti prokázat splnění předmětného kvalifikačního předpokladu za situace, kdy se dodavatel, resp. uchazeč o předmětnou veřejnou zakázku, nacházel při realizaci referenční zakázky v pozici subdodavatele. Zadávací dokumentace, při reflektování všech relevantních informací v ní obsažených, nepřipouští dle

názoru Úřadu, jiný racionální výklad, než ten, který byl výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí označen za jediný správní a transparentně v souhrnu všech informací vyjádřený. Je tedy na místě konstatovat, že zadávací dokumentace byla v tomto ohledu zadavatelem zpracována v souladu s § 44 odst. 1 zákona, a to i s přihlédnutím k nutnosti dodržení mimo jiného zásady transparentnosti vymezené v ustanovení § 6 odst. 1 zákona, neboť možnosti prokázání technického kvalifikačního předpokladu dle § 56 odst. 3 písm. a) zákona byly stanoveny transparentním způsobem.

73. Úřad připomíná, že podle § 117a písm. f) zákona platí, že Úřad zahájené řízení zastaví, jestliže v řízení zahájeném z moci úřední nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 zákona nebo pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona. Důvody pro uložení sankce podle § 120 nebo § 120a zákona nemohou být v projednávaném případě dány, neboť dosud nedošlo k uzavření smlouvy na předmětnou veřejnou zakázku a správní řízení ani nebylo ve věci spáchání správního deliktu podle § 120 nebo správního deliktu podle § 120a zákona zahájeno, a nelze proto v předmětném správním řízení sankci za spáchání správního deliktu podle § 120 nebo podle § 120a zákona uložit. Vzhledem k tomu, že Úřad konstatoval, že nezjistil důvody ani pro uložení nápravného opatření podle § 118, rozhodl o zastavení správního řízení, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.
74. S ohledem na výše uvedené rozhodl Úřad o zastavení správního řízení, jelikož nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 zákona, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dní ode dne jeho doručení podat rozklad k předsedovi Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, a to prostřednictvím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže – sekce veřejných zakázek, třída Kpt. Jaroše 1926/7, Černá Pole, 604 55 Brno. Včas podaný rozklad má odkladný účinek. Podle § 117c odst. 1 písm. b) zákona se rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu činí v elektronické podobě podepsané uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Josef Chýle, Ph.D.
místopředseda

Obdrží

Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4

Vypraveno dne

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