



UOHSX00DVV3Y

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-S0314/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-30735/2020/511/MMi

Brno: 2. října 2020

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve správním řízení zahájeném dne 6. 8. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 24. 8. 2020 Mgr. Františkem Steidlem, advokátem se sídlem Týnská 12, 110 00 Praha,
- navrhovatel – AQUASYS spol. s r.o., IČO 25344447, se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 14. 9. 2020 Mgr. Jakubem Skořepou, advokátem se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“ v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020,

rozhodl takto:

I.

Zadavatel – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha – **stanovil zadávací podmínky** zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“, zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, **v rozporu s ustanovením § 73 odst. 4** zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, když v čl. 2.1. písm. D) bod t2/ zadávací dokumentace požaduje podle § 79 odst. 2 písm. c) citovaného zákona předložit seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, avšak takový požadavek na kvalifikaci nespadá mezi kvalifikaci uvedenou v § 73 odst. 3 písm. b) citovaného zákona, neboť podle § 79 odst. 2 písm. c) citovaného zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.

II.

Zadavatel – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha – **stanovil zadávací podmínky** zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“, zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, **v rozporu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1** zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ve spojení s ustanovením § 83 odst. 3** citovaného zákona, když v čl. 4.4 odst. 4 zadávací dokumentace stanovil, že prokazuje-li dodavatel určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti dle ustanovení § 83 citovaného zákona prostřednictvím jiných osob, zadavatel si vyhraduje, aby dodavatel a tato jiná osoba nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, k čemuž se smluvně zavázá, ačkoliv dle § 83 odst. 3 citovaného zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky pouze v případě, že dodavatel prostřednictvím této osoby prokazuje kvalifikaci ekonomickou.

III.

Zadavatel – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha – **stanovil zadávací podmínky** zadávacího řízení na veřejnou zakázku „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“, zadávanou v užším řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, **v rozporu se zásadou přiměřenosti** stanovenou v § 6 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ve spojení s § 211 odst. 5** citovaného zákona, když v čl. 1.4 zadávací dokumentace stanovil, že „za elektronickou

komunikaci ve smyslu platných právních předpisů nepovažuje e-mailovou komunikaci nepodepsanou zaručeným elektronickým podpisem (certifikátem)“ a že k takové komunikaci nebude přihlížet a nebude na ni reagovat, ačkoliv podle § 211 odst. 5 zákona je uznávaný elektronický podpis vyžadován pouze v případech zde taxativně uvedených úkonů zadavatele.

IV.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha – uvedeného ve výrocích I., II. a III. tohoto rozhodnutí Úřad pro ochranu hospodářské soutěže podle § 263 odst. 3 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší užší řízení** na zadání veřejné zakázky „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020.

V.

Zadavateli – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha – se podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ukládá zákaz uzavřít smlouvu** v užším řízení na zadání veřejné zakázky „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 5. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824, ve znění opravy uveřejněné dne 25. 6. 2020.

VI.

Podle § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, se zadavateli – Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha – ukládá:

uhradit náklady řízení ve výši 30 000 Kč (třicet tisíc korun českých).

Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel - Městská část Praha 9, IČO 00063894, se sídlem Sokolovská 14/324, 190 00 Praha (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 15. 5. 2020 odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění užší řízení na zadání veřejné zakázky s názvem „Novostavba objektu základní a mateřské školy v lokalitě U Elektry“ (dále jen „veřejná zakázka“ nebo „zadávací řízení“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo ve Věstníku veřejných zakázek

uveřejněno dne 18. 5. 2020 pod ev. č. zakázky Z2020-017001 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 19. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 097-230824.

2. Předmětem veřejné zakázky je dle čl. 1.2 zadávací dokumentace výstavba nového objektu (novostavba) základní a mateřské školy včetně přípojek na síť stávající technické infrastruktury, zpevněných pochozích a pojižděných ploch, opěrných stěn v těsném okolí stavby, oplocení a čistých terénních úprav na pozemcích.
3. Dne 13. 7. 2020 byly zadavateli doručeny námítky navrhovatele – AQUASYS spol. s r.o., IČO 25344447, se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou (dále jen „navrhovatel“) – z téhož dne směřující proti zadávacím podmínkám (dále jen „námítky“). Zadavatel námítky navrhovatele rozhodnutím ze dne 27. 7. 2020 odmítl (dále jen „rozhodnutí o námítkách“).
4. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nesouhlasil s důvody uvedenými v rozhodnutí zadavatele o námítkách, podal dne 6. 8. 2020 návrh na zahájení přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“) k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“). Návrh byl dne 6. 8. 2020 ve stejnopise doručen i zadavateli.

II. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

5. Úřad obdržel návrh navrhovatele dne 6. 8. 2020 a tímto dnem bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele. Zadavatel je ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 24. 8. 2020 Mgr. Františkem Steidlem, advokátem se sídlem Týnská 12, 110 00 Praha.

Obsah návrhu

6. Navrhovatel úvodem uvádí, že nesouhlasí se zadavatelem ohledně opožděnosti doručení svých námitek a že nesouhlasí ani s právním názorem zadavatele uvedeným v rozhodnutí o námítkách.
7. Návrh směřuje proti zadávacím podmínkám, konkrétně proti požadavku zadavatele, aby osoby ze seznamu techniků, jehož předložení požaduje zadavatele k prokázání technické kvalifikace, byly v pracovním poměru nebo v obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, proti požadavku zadavatele, aby hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce a stavbyvedoucí 1 měli autorizaci v oboru pozemní stavby minimálně ve stupni „autorizovaný inženýr“, proti požadavku zadavatele, aby dodavatel a osoba, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní kvalifikace, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, a proti požadavku zadavatele, aby e-mailová komunikace byla podepsána zaručeným elektronickým podpisem.
8. Navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. 2.1. písm. D) bod t2/ zadávací dokumentace, aby osoby ze seznamu techniků (hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce, stavbyvedoucí 1 a stavbyvedoucí 2) byly v pracovním poměru nebo v obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, za rozporný s § 79 odst. 2 písm. c) zákona, jelikož v tomto ustanovení je uvedeno, že zadavatel může pro prokázání technické kvalifikace požadovat seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.

9. Navrhovatel nesouhlasí s argumentací zadavatele z rozhodnutí o námitkách, že požadavkem na pracovní poměr nebo obdobný pracovněprávní vztah si zadavatel zajistil, aby některé činnosti vykonával dle § 105 odst. 2 zákona přímo dodavatel, jelikož nevymezil konkrétní činnosti. Dle názoru navrhovatele je možné postupem podle § 105 odst. 2 zákona vyhradit k přímému plnění vybraným dodavatelem část plnění předmětu veřejné zakázky; v případě veřejné zakázky na stavební práce tedy část stavebních prací. Osoby, u kterých zadavatel vyžaduje zaměstnanecký poměr, přitom dle navrhovatele vykonávají manažerský dohled nad stavbou, tedy dle navrhovatele nerealizují „část těchto stavebních prací“. Dle navrhovatele existuje předpoklad, že činnosti významné pro stavbu předmětu zakázky budou prováděny jinými osobami (např. geodety). Dle navrhovatele činnost stavbyvedoucího není součástí předmětu plnění, zadavatel si neobjednává činnost stavbyvedoucího, ale objednáva si výsledek – stavbu, a proto činnost stavbyvedoucího dle navrhovatele nemůže být vyhrazenou částí plnění dle § 105 odst. 2 zákona.
10. Navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. 2.1. písm. D) bod t2/ zadávací dokumentace, aby hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce a stavbyvedoucí 1 měli autorizaci v oboru pozemní stavby minimálně ve stupni „autorizovaný inženýr“, za nepřiměřený, jelikož podle něj „k realizaci postačí autorizace ve stupni autorizovaný technik“. Navrhovatel uvádí, že podle § 160 odst. 1 zákona č. 183/2006 Sb., stavební zákon, může jako zhotovitel provádět stavbu jen ten stavební podnikatel, který zabezpečí odborné provádění stavby stavbyvedoucím a že stavbyvedoucím je ten, kdo zabezpečuje odborné vedení stavby a má oprávnění podle zákona č. 360/1992 Sb., tzv. autorizační zákon. Navrhovatel dále uvádí, že v tomto zákoně jsou rozlišeny tři stupně autorizace - autorizovaný architekt, autorizovaný inženýr a autorizovaný technik. Dle navrhovatele není s ohledem na předmět veřejné zakázky právními předpisy vyžadována pro splnění předmětu veřejné zakázky autorizace ve stupni autorizovaný inženýr, když k realizaci postačí autorizace ve stupni autorizovaný technik. Navrhovatel dále uvádí výčet činností, které je dle příslušných právních předpisů oprávněn provádět autorizovaný inženýr. Navrhovatel předpokládá, že osoby, u kterých zadavatel vyžaduje stupeň autorizace „autorizovaný inženýr“, nebudou vykonávat ty činnosti, které jsou svěřeny autorizovaným inženýrům oproti autorizovaným technikům, a proto je tento požadavek zadavatele nepřiměřený a nezákonný.
11. Navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. 4.4. zadávací dokumentace, aby dodavatel a osoba, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní kvalifikace, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, za rozporný s § 83 zákona. Dle navrhovatele je pouze na dodavateli, zda předloží doklad podle § 83 odst. 1 písm. d), tedy písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele, nebo doklad podle § 83 odst. 2 zákona, tedy doklad o společné a nerozdílné odpovědnosti dodavatele a poddodavatele. Dle navrhovatele takový závěr vyplývá také z § 83 odst. 3 zákona, který „představuje i jedinou výjimku z uvedeného“. Toto ustanovení dle navrhovatele umožňuje zadavateli požadovat společnou a nerozdílnou odpovědnost, pokud dodavatel prokazuje ekonomickou kvalifikaci podle § 78 zákona prostřednictvím poddodavatele. Navrhovatel uzavírá, že povinnost existence společné a nerozdílné odpovědnosti si tak může zadavatel

vyhradit pouze při prokazování ekonomické kvalifikace, a nikoliv u technické kvalifikace či profesní způsobilosti, jak požadoval zadavatel.

12. Navrhovatel tento požadavek považuje také za rozporný se zásadou přiměřenosti, jelikož nutí osoby, prostřednictvím kterých dodavatel prokazuje kvalifikaci, a které se na předmětu plnění podílejí třeba jen v marginální části, aby nesly společnou a nerozdílnou odpovědnost za celý předmět plnění.
13. Navrhovatel považuje požadavek zadavatele uvedený v čl. 1.4. zadávací dokumentace, aby e-mailová komunikace obsahovala zaručený elektronický podpis, za nepřiměřený a rozporný s § 211 odst. 5 zákona. Dle navrhovatele § 211 odst. 5 zákona stanovuje taxativní výčet případů, kdy musí být elektronická zpráva opatřena zaručeným elektronickým podpisem. Dle navrhovatele má zaručený elektronický podpis zpravidla statutární orgán společnosti, ovšem běžnou komunikaci se zadavatelem provádějí řadoví zaměstnanci. Dle navrhovatele zadavatel nemá důvod zpochybňovat důvěryhodnost běžné e-mailové komunikace, zejména pokud je zjevně činěna řadovým zaměstnancem z domény dodavatele. Navrhovatel uzavírá, že zákon e-mailovou komunikaci se zaručeným elektronickým podpisem krom úkonů uvedených v § 211 odst. 5 zákona nevyžaduje, a tedy tento požadavek zadavatele je nezákonný a nepřiměřený.
14. Navrhovatel se domáhá uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení.

Další průběh správního řízení

15. Účastníky správního řízení jsou podle § 256 zákona zadavatel a navrhovatel.
16. Zahájení správního řízení oznámil Úřad účastníkům řízení přípisem č. j. ÚOHS-S0314/2020/VZ-24318/2020/511/MMi ze dne 7. 8. 2020 (dále jen „oznámení o zahájení správního řízení“)
17. Dne 14. 8. 2020 obdržel Úřad od zadavatele podání označené „Vyjádření zadavatele k návrhu na zahájení řízení“ z téhož dne (dále jen „vyjádření k návrhu“).

Vyjádření k návrhu

18. Zadavatel úvodem svého vyjádření uvádí, že zadávací podmínky jsou zákonné, že jeho postupem navrhovateli nemohla vzniknout újma a že žádné z dílčích ustanovení zadávacích podmínek nemohlo omezit účast navrhovatele v zadávacím řízení.
19. Zadavatel uvádí, že reviduje svůj závěr, že ta část námitek, která směřovala proti kvalifikačním podmínkám, byla podána opožděně, a potvrzuje, že námitky navrhovatele byly podány včas. Dle zadavatele však bylo nicméně zareagováno na každou námitku včetně těch, které jím byly nesprávně vyhodnoceny jako opožděné.
20. Zadavatel ke svému požadavku, aby technici uvedení v seznamu techniků byli v pracovněprávním vztahu, uvádí, že § 105 odst. 2 zákona zadavatelem výslovně umožňuje, aby si v zadávací dokumentaci vyhradil plnění významných činností přímo vybraným dodavatelem. Dle zadavatele je takovou významnou činností vrcholné řízení lidských zdrojů při realizaci stavební části projektu. Zadavatel uvádí, že si požadavkem na pracovněprávní vztah hodlal zajistit plnění daných významných činností přímo dodavatelem. Dle zadavatele

je ze zadávacích podmínek podle obsahu patrné, že zadavatel dle § 105 odst. 2 zákona nepřipouští, aby stavbyvedoucími na hlavní části plnění byli subdodavatelé.

21. Dle zadavatele § 79 odst. 2 písm. c) zákona dává zadavateli právo požadovat po dodavateli předem, v rámci prokazování technické kvalifikace, jmenovitý seznam techniků i v případech, kdy nejde o jeho zaměstnance. Dle zadavatele toto ustanovení nejde vykládat tak, že by zadavatel nemohl využít postup podle § 105 odst. 2 a požadovat, aby dodavatel svěřil úkoly nejvýznamnějších techniků osobám, které jsou s ním „v závislém právním vztahu“.
22. Zadavatel uvádí, že nepožaduje pouze pracovní poměr, ale umožňuje také dohody o pracích konaných mimo pracovní poměr. Dle svého tvrzení tím neomezuje přístup dodavatelů, kteří nedisponují danými osobami v pracovním poměru, ale pouze vyžaduje, aby odpovědnost za hlavní organizační činnost byla pro realizaci dané zakázky svěřena přímo dodavateli, nikoliv subdodavateli.
23. K části návrhu týkající se požadavku zadavatele, aby hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce a stavbyvedoucí 1 měli autorizaci v oboru pozemní stavby minimálně ve stupni „autorizovaný inženýr“, zadavatel uvádí, že se neztotožňuje s názorem, že je nepřiměřené požadovat po technících autorizaci ve stupni „autorizovaný inženýr“, z důvodu, že jde o běžný a pravidelný požadavek zadavatelů u rozsáhlejších stavebních zakázek. Zadavatel uvádí, že je zadávána nadlimitní stavební zakázka na novostavbu objektu základní a mateřské školy s odhadovanými investičními náklady ve výši 399 milionů korun a dodává, že jsou s tím spojeny vysoké nároky na kvalitu provedení, bezpečnost stavby, termíny dodání, záruka apod. Dle zadavatele je tedy požadavek, aby odborná kvalifikace vedoucích pracovníků na vrcholu organizační hierarchie byla na nejvyšším stupni, oprávněný.
24. Dle zadavatele se povaha a předpokládaná hodnota veřejné zakázky nutně a oprávněně vztahují „ke spektru dodavatelů s dostatečně silným hospodářským i personálním zázemím k realizaci takto rozsáhlé stavby“, a tedy dodavatel, který nedisponuje kandidáty s nejvyšší odbornou kvalifikací ani na vrcholné pozice realizačního týmu, neaspiruje na realizaci takového díla přirozeně, nikoliv proto, že by mu zadavatel v přístupu bránil bez spravedlivého a oprávněného důvodu. Zadavatel poukazuje na obvyklou praxi při realizaci rozsáhlejších staveb občanské vybavenosti, kdy je tento stupeň autorizace u nejvyšších vedoucích pracovních týmů požadován pravidelně.
25. Pokud jde o požadavek na společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a osob, prostřednictvím kterých dodavatel prokazuje kvalifikaci, je tento dle zadavatele opodstatněný a zákonný. Dle zadavatele mu zákon nijak nebrání v tom, aby odpovědnost dodavatele a osoby, prostřednictvím které dodavatel prokazuje kvalifikaci, takto koncipoval, naopak mu to výslovně umožňuje § 83 odst. 2 zákona.
26. Zadavatel uvádí, že umožnil dodavatelům zapojit jinou osobu tam, kde dodavatelé nesplňují kvalifikační předpoklady, ale že toto dodavatele nezbavuje odpovědnosti za bezvadné dodání díla. Zadavatel uvádí, že pokud by „dodavatel proti takovému uspořádání brojil, pak by to znamenalo, že sám kvalifikační předpoklady nesplňuje, sám ze svého rozhodnutí vyplní tuto mezeru jinou osobou dle vlastního výběru, ale odmítá nést odpovědnost za osobu, kterou sám vyhledal, aby jeho deficit doplnila“. Zadavatel dodává, že považuje za oprávněné požadovat, aby vybraný dodavatel v plném rozsahu odpovídal za dílo, které se zavazuje pro

zadavatele provést, a aby dodavatel spoluzodpovídal za činnost osoby, kterou namísto sebe navrhne k prokázání kvalifikace.

27. Zadavatel k části návrhu, která se věnuje požadavku zadavatele na elektronický podpis, uvádí, že námitky byly elektronicky podepsány, což považuje za důkaz, že navrhovateli nemohla vzniknout újma. Zadavatel uvádí, že krom e-mailu lze komunikovat prostřednictvím elektronického nástroje a datové schránky, a tedy považuje za nedůvodné, aby navrhovatel napadal „*tuto část zadávacích podmínek*“. Dle zadavatele požadavek na to, aby každá elektronická zpráva zasílána e-mailem byla řádně podepsána, vychází z obecné zákonné úpravy, kdy podpis je podstatnou náležitostí písemného právního úkonu. Dle zadavatele bylo cílem požadavku doložitelnost elektronické komunikace z důvodu transparency zadávacího řízení.
28. Závěrem zadavatel opakuje, že navrhovateli nevznikla ani nemohla vzniknout postupem zadavatele újma. Návrh zadavatel považuje za nedůvodný, a proto navrhuje jeho zamítnutí dle § 265 písm. a) zákona.

Další průběh správního řízení

29. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-25622/2020/511/MMi ze dne 19. 8. 2020 stanovil zadavateli lhůtu k doložení plné moci, ze které bude vyplývat oprávnění Mgr. Františka Steidla, advokáta k podání vyjádření k návrhu, a dále k podání informace o úkonech, které zadavatel provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení.
30. Úřad usnesením č. j. ÚOHS-28333/2020/511/MMi ze dne 11. 9. 2020 stanovil účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
31. Dne 15. 9. 2020 navrhovatel nahlédl do správního spisu vedeného pod sp. zn. S0314/2020/VZ.
32. Dne 18. 9. 2020 doručil Úřadu zadavatel své vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne (dále jen „*vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí*“).

Vyjádření zadavatele k podkladům rozhodnutí

33. Zadavatel úvodem svého vyjádření odkazuje na své vyjádření k návrhu. Dle zadavatele řízení ukázalo, že postupem zadavatele nebyla narušena ani omezena hospodářská soutěž.
34. Dle zadavatele je smyslem přezkumu postupu zadavatele Úřadem zabránění omezení volné hospodářské soutěže, která byla v zadávacím řízení plně zachována. Zadavatel uvádí, že žádost o účast podalo 14 dodavatelů, což je účast, která zaručuje hospodářskou soutěž. Zadavatel dále dodává, že vyloučil 5 dodavatelů a že ani v jednom případě nebylo důvodem vyloučení nesplnění některé z přezkoumávaných zadávacích podmínek. Zadavatel dodává, že žádný z vyloučených dodavatelů nepodal proti svému vyloučení námitky. Zadavatel uzavírá, že za situace, kdy v zadávacím řízení zůstalo 9 dodavatelů, je zachována odpovídající úroveň hospodářské soutěže, návrh zadavatel považuje za nedůvodný a uvádí, že potenciální zrušení zadávacího řízení by hospodářskou soutěž neobohatilo, naopak by s ním byly spojeny nepřiměřené náklady.
35. Zadavatel uvádí, že omezil zapojení subdodavatelů v souladu s ustanovením § 105 odst. 2 zákona tak, že požadoval, aby významné práce spočívající ve vrcholné organizaci pracovního týmu, vykonal dodavatel osobně. Takový postup má zadavatel za oprávněný, zákonný,

v souladu s § 105 odst. 2 zákona i s obecnou úpravou právní odpovědnosti dodavatele ze smlouvy o dílo.

36. Zadavatel dále uvádí, že v souladu se zákonem vyžadoval, aby toliko nejvyšší manažeři pracovního týmu měli vysokoškolské vzdělání a na ně pravidelně navazující autorizaci ve stupni inženýr, a to s ohledem na neobvyklý rozsah stavby v předpokládané hodnotě 399 milionů korun. Dle zadavatele je konkurence takto vzdělaných osob dostatečná, což potvrdilo i množství podaných žádostí o účast.
37. Zadavatel dále uvádí, že požadavek na společnou a nerozdílnost odpovědnost dodavatele a osob, jimiž prokazuje část kvalifikaci, nebyl kvalifikační podmínkou, a že tedy nemohl ze zadávacího řízení žádného účastníka vyloučit na základě nedoložení tohoto závazku, neboť takový doklad v rámci žádosti o účast nepožadoval. Dle zadavatele je napadené ustanovení zadávací dokumentace uvedeno až v závěru v rámci závěrečných informací a má deklarativní funkci, závazek se neobjevuje ani ve smlouvě o dílo. Zadavatel uvádí, že *„pokud by nemohl apelovat na dodavatele, kteří kvalifikaci požadovanou v souladu se zákonem nesplňují, aby spoluzodpovídali za osoby, které za účelem doplnění tohoto svého nedostatku sami vyhledají, pak by mohla být celá konstrukce kvalifikace dle zákona vyřazena z aplikace“*. Zadavatel opakuje, že nešlo o kvalifikační podmínku, nemohl by tedy vyloučit uchazeče, který by v rámci žádosti o účast *„tuto odpovědnost nedoložil“*. Zadavatel má proto za to, že navrhovatel, který žádost o účast nepodal, není oprávněn tuto část zadávací dokumentace napadat. K tomu zadavatel uzavírá, že kdyby se Úřad ztotožnil s právním názorem navrhovatele, má za to, že zde není důvod k nápravnému opatření.
38. Dle zadavatele požadavek, aby podání dodavatele zakládající práva a povinnosti, činěná elektronicky, byla podepsána, vyplývá z obecné právní úpravy právních úkonů (nepodepsaný úkon nevyvolává právní účinky), navíc navazuje na novelizaci zadávacího řízení, kdy se podstatná část komunikace odehrává skrze certifikovaný elektronický nástroj. Zadavatel opakuje, že navrhovatel elektronicky podepsal již svoje námítky, čímž prokázal, že nebyl nikterak omezen v účasti v zadávacím řízení.
39. Zadavatel navrhuje návrh podle § 265 písm. a) zamítnout.

Další průběh správního řízení

40. Dne 18. 9. 2020 doručil Úřadu navrhovatel své vyjádření k podkladům rozhodnutí z téhož dne (dále jen „vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí“).

Vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí

41. V úvodu svého vyjádření k podkladům navrhovatel uvádí, že se seznámil s vyjádřením zadavatele k návrhu, a protože v něm zadavatel uvedl nepravdivá či zavádějící tvrzení, podává k tomu své vyjádření.
42. Navrhovatel uvádí, že zadavatel bagatelizuje své pochybení při vyřízení námitek, které zčásti odmítl pro opožděnost. K tomu dále uvádí, že ačkoliv se zadavatel v rozhodnutí o námítkách zabýval námítkami věcně, pochybení zadavatele při vyřizování námitek, které mělo spočívat v nesprávném odmítnutí námitek pro opožděnost, je důvodem pro zrušení rozhodnutí o námítkách, případně zrušení zadávacího řízení.

43. K tvrzení zadavatele, že navrhovatel nemohla vzniknout újma, navrhovatel uvádí, že na stavebním trhu působí od roku 1997 a že měl zájem o účast v zadávacím řízení, ale protože zadávací podmínky vykazovaly nezákonnost, nemohl podat nabídku, čímž mu vznikla újma. K tomu dodává, že námitky byly podány ve lhůtě pro podání námitek dle zákona a že doba podání námitek nesouvisí s existencí jeho újmy.
44. K tvrzení zadavatele, že požadavkem na pracovněprávní poměr techniků si vyhradil činnosti dle § 105 odst. 2 zákona, navrhovatel uvádí, že § 79 odst. 2 písm. c) zákona zadavateli zakazuje „omezování formy právního vztahu se členy realizačního týmu“. K tomu dále uvádí, že zadávací dokumentace neobsahuje žádné omezení dle § 105 odst. 2 zákona, a to ani v té části zadávací dokumentace, která obsahuje podmínky pro spolupráci s poddodavatelem. Navrhovatel dále uvádí, že smluvní volnost zadavatele končí tam, kde jsou zadávací podmínky v rozporu se zákonem. Navrhovatel dodává, že omezení dle § 105 odst. 2 zákona nemá věcné odůvodnění, protože naopak člen týmu v pozici poddodavatele může být pro zadavatele zárukou vyšší kvality plnění, protože se na něj např. nevztahuje omezení náhrady způsobené škody, které platí pro pracovní poměr, což jej může vést k větší odpovědnosti za předmět plnění.
45. K tvrzení zadavatele, že požaduje autorizaci ve stupni „autorizovaný inženýr“, aby zajistil vyšší kvalitu plnění, navrhovatel uvádí, že zadavatel pomíjí zásadu přiměřenosti, podle které zadavatel nesmí na dodavatele klást takové nároky, které nejsou objektivně odůvodněné, a to zejména v případech, kdy konkrétní otázka je ošetřena jinými právními předpisy, a tyto pro ni předepisují nižší míru požadavků, než formuluje zadavatel. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na rozhodnutí Úřadu sp. zn. S0456/2019/VZ, které se zabývalo zásadou přiměřenosti, a které lze aplikovat na nyní šetřený případ.
46. Navrhovatel uvádí, že zadavatel k argumentaci vztahující se ke společné a nerozdílné odpovědnosti dodavatele a poddodavatele směřuje pouze na „hlavního dodavatele“, který by dle zadavatele měl nést společnou odpovědnost za plněné realizované poddodavatelem. Navrhovatel upozorňuje, že přezkoumávaná zadávací podmínka je problematická v tom, že poddodavatel je nucen ke společné a nerozdílné odpovědnosti za celý předmět plnění veřejné zakázky. Navrhovatel v této věci odkazuje na stanovisko Ministerstva pro místní rozvoj ze dne 2. 6. 2020, které přiložil ke svému vyjádření a které dle navrhovatele dokazuje nepřiměřenost a nezákonnost zadávací podmínky.
47. Navrhovatel dále k požadavku zadavatele, aby emailová komunikace byla podepsána elektronickým podpisem, opakuje argumentaci uvedenou v návrhu.
48. Závěrem svého vyjádření k podkladům navrhovatel navrhuje uložení nápravného opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

49. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech, a po zhodnocení všech podkladů, zejména obdržené dokumentace o zadávacím řízení, vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastních zjištění rozhodl o tom, že zadavatel postupoval při stanovení zadávacích podmínek v rozporu se zákonem, a proto přistoupil ke zrušení zadávacího řízení. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

Relevantní ustanovení právních předpisů

50. Podle § 6 odst. 1 zákona zadavatel při postupu podle tohoto zákona musí dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
51. Podle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku.
52. Podle § 73 odst. 1 zákona zadavatel v nadlimitním režimu musí požadovat prokázání základní způsobilosti podle § 74.
53. Podle § 73 odst. 2 zákona zadavatel v nadlimitním režimu
 - a) musí s výjimkou jednacího řízení bez uveřejnění požadovat prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 a
 - b) může požadovat prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2.
54. Podle § 73 odst. 3 zákona může zadavatel v nadlimitním režimu požadovat prokázání
 - a) ekonomické kvalifikace podle § 78 nebo
 - b) technické kvalifikace podle § 79.
55. Podle § 73 odst. 4 zákona není zadavatel v nadlimitním režimu oprávněn požadovat prokázání jiné kvalifikace, než která je uvedena v odstavcích 1 až 3; tím není dotčen § 48 odst. 5 až 7.
56. Podle § 79 odst. 1 zákona kritéria technické kvalifikace stanoví zadavatel za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
57. Podle § 79 odst. 2 písm. c) zákona k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel může požadovat seznam techniků nebo technických útvarů, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména těch, které zajišťují kontrolu kvality nebo budou provádět stavební práce, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.
58. Podle § 83 odst. 1 zákona dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit
 - a) doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 jinou osobou,
 - b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,
 - c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 jinou osobou a
 - d) písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění

veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.

59. Podle § 83 odst. 2 zákona se má za to, že požadavek podle odstavce 1 písm. d) je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Prokazuje-li však dodavatel prostřednictvím jiné osoby kvalifikaci a předkládá doklady podle § 79 odst. 2 písm. a), b) nebo d) vztahující se k takové osobě, musí dokument podle odstavce 1 písm. d) obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.
60. Podle § 83 odst. 3 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a jiná osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje ekonomickou kvalifikaci podle § 78, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky.
61. Podle § 105 odst. 2 zákona v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž, mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.
62. Podle § 211 odst. 1 zákona komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem v zadávacím řízení a při zvláštních postupech podle části šesté probíhá písemně; není-li v tomto zákoně stanoveno jinak, lze použít i ústní komunikaci, je-li obsah v dostatečné míře zdokumentován, zejména zápisy, zvukovými nahrávkami nebo souhrny hlavních prvků komunikace.
63. Podle § 211 odst. 5 zákona nejde-li o komunikaci uskutečňovanou prostřednictvím elektronického nástroje nebo datové schránky, musí být datová zpráva opatřena platným uznávaným elektronickým podpisem, pokud jde o
 - a) výzvu určenou účastníkům zadávacího řízení,
 - b) oznámení o výběru dodavatele,
 - c) rozhodnutí o nevhodnějším návrhu v soutěži o návrh,
 - d) vyloučení účastníka zadávacího řízení.
64. Podle § 244 odst. 1 v případě námitek proti zadávacím podmínkám, proti volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, proti postupu, který směřuje k zadání zakázky mimo zadávací řízení, nebo proti dobrovolnému oznámení o záměru uzavřít smlouvu podle § 212 odst. 2 musí být také uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí.
65. Podle § 4 nařízení vlády č. 172/2016 Sb., o stanovení finančních limitů a částek pro účely zákona o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „nařízení vlády“), činí finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce 137 366 000 Kč.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

66. Zadavatel v čl. 1.2. „Zakázka“ zadávací dokumentace uvedl mimo jiné, že předpokládaná hodnota činí 399 000 000 Kč bez DPH.
67. Zadavatel v čl. 1.4. „Způsob komunikace“ zadávací dokumentace uvedl mimo jiné, že „za elektronickou komunikaci ve smyslu platných právních předpisů nepovažuje e-mailovou

komunikaci, nepodepsanou zaručeným elektronickým podpisem (certifikátem). K takové komunikaci proto nebude přihlížet a nebude na ni v tomto zadávacím řízení reagovat“.

68. Zadavatel v zadávací dokumentaci v čl. 2.1 „Požadovaná kvalifikace“, bodě D) „Technická kvalifikace“ úvodem uvedl následující: „Zadavatel využívá svého práva dle ust. § 79 ZZVZ a stanoví následující kritéria za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů a odborných schopností a zkušeností dodavatele nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě“.

69. Následně v čl. 2.1 „Požadovaná kvalifikace“ zadávací dokumentace bodě D) „Technická kvalifikace“ odst. 2/ nadepsaném „odborná způsobilost techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky a které uchazeč uvede v seznamu techniků“ zadavatel uvedl:

„Dodavatel je povinen označit konkrétní osoby, které budou zastávat následující pozice:

a) hlavní stavbyvedoucí - vedoucí realizačního týmu

b) stavbyvedoucí na monolitické práce

c) 2x stavbyvedoucí,

přičemž musí jít o 4 odlišné osoby. Osoby budou identifikovány jménem a příjmením, dosaženým vzděláním, délkou praxe, doložením níže uvedené kvalifikace vč. označení referenčních zakázek, dokladem o právním vztahu technika k dodavateli a e-mailovým kontaktem.

Zadavatel pro ně stanoví následující minimální požadavky:

• Hlavní stavbyvedoucí - vedoucí realizačního týmu

- *VŠ vzdělání stavebního zaměření (stavební fakulta)*
- *autorizace v oboru pozemní stavby – min. autorizovaný inženýr*
- *praxe v oboru pozemních staveb v trvání min. 10 let (nezapočítává se praxe před dosažením VŠ vzdělání)*
- *min. 1 referenční stavební zakázka, na níž se podílel jako stavbyvedoucí, spočívající v provedení vícepodlažní (min. 3NP a 1PP) novostavby občanské vybavenosti v zastavěném území s hodnotou min. 400 mil. Kč bez DPH*
- *min. 1 referenční stavební zakázka, na níž se podílel jako stavbyvedoucí, spočívající v provedení vícepodlažní (min. 3NP a 1PP) novostavby charakteru pozemní stavby v zastavěném území s hodnotou min. 200 mil. Kč bez DPH.*
- *pracovní poměr nebo obdobný pracovněprávní vztah k dodavateli (vedoucí pracovník)*

• Stavbyvedoucí na monolitické práce

- *VŠ vzdělání stavebního zaměření (stavební fakulta)*
- *autorizace v oboru pozemní stavby – min. autorizovaný inženýr*
- *praxe v oboru pozemních staveb v trvání min. 10 let (nezapočítává se praxe před dosažením VŠ vzdělání)*
- *aktivní výkon funkce stavbyvedoucího inženýrských staveb v trvání min. tří let*
- *min. 2 referenční stavební zakázky, na nichž se podílel jako stavbyvedoucí, jejichž součástí byly monolitické práce, v hodnotě min. 80 mil. Kč bez DPH / zakázka,*
- *pracovní poměr nebo obdobný pracovněprávní vztah k dodavateli*

• **Stavbyvedoucí 1**

- VŠ vzdělání stavebního zaměření (stavební fakulta)
- autorizace v oboru pozemní stavby – min. autorizovaný inženýr
- praxe v oboru pozemních staveb v trvání min. 10 let (nezapočítává se praxe před dosažením VŠ vzdělání)
- min. 1 referenční stavební zakázka, na níž se podílel jako stavbyvedoucí, spočívající v provedení vícepodlažní (min. 3NP a 1PP) novostavby charakteru pozemní stavby v zastavěném území s hodnotou min. 200 mil. Kč bez DPH
- min. 1 referenční stavební zakázka srovnatelného charakteru (vícepodlažní novostavba), na níž se podílel jako stavbyvedoucí, spočívající ve výstavbě objektu občanské vybavenosti (vzdělávací, lékařské, pečovatelské či obdobné služby v zastavěném území s hodnotou min. 50 mil. Kč bez DPH.
- min. 1 referenční zakázka, jejíž součástí byly stavební práce a dodávky prefabrikátových vazníků o rozměru min. 15 metrů
- pracovní poměr nebo obdobný pracovněprávní vztah k dodavateli

• **Stavbyvedoucí 2**

- min. SŠ vzdělání v oboru pozemního stavitelství
- autorizace v oboru pozemní stavby – min. autorizovaný technik
- praxe v oboru pozemních staveb v trvání min. 10 let (nezapočítává se praxe před dosažením VŠ vzdělání)
- min. 1 referenční stavební zakázka novostavby vícepodlažního objektu, na níž se podílel jako stavbyvedoucí, spočívající ve výstavbě objektu občanské vybavenosti (vzdělávací, lékařské, pečovatelské či obdobné činnosti v zastavěném území s hodnotou min. 80 mil. Kč bez DPH.
- min. 1 referenční stavební zakázka novostavby vícepodlažního objektu, na níž se podílel jako stavbyvedoucí, spočívající ve výstavbě objektu občanské vybavenosti (vzdělávací, lékařské, pečovatelské či obdobné činnosti v zastavěném území s hodnotou min. 50 mil. Kč bez DPH.
- min. 1 referenční zakázka, jejíž součástí byly stavební práce a dodávky prefabrikátových vazníků o rozměru min. 15 metrů
- pracovní poměr nebo obdobný pracovněprávní vztah k dodavateli“

70. Zadavatel v čl. 4.4. „Závěrečné pokyny a informace“ bodě 4 zadávací dokumentace uvedl:

„Prokazuje-li dodavatel určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti dle ust. § 83 ZZVZ prostřednictvím jiných osob, zadavatel si vyhrazuje, aby dodavatel a tato jiná osoba nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, k čemuž se smluvně zaváží“.

K existenci újmy

71. Před samotným právním posouzením je nutno vypořádat se s tvrzením zadavatele, že navrhovateli nemohla vzniknout újma, jelikož žádné z dílčích ustanovení zadávacích podmínek, které navrhovatel napadá, nemůže omezit jeho účast v zadávacím řízení.
72. K samotnému pojmu „újma“ Úřad uvádí, že tento je pojmem širším než pojem „škoda“ a měl by být vykládán extenzivně, aby nedocházelo k omezování možnosti přezkumu postupu

zadavatelů. V této souvislosti lze odkázat např. na rozhodnutí předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R158/2009/VZ-10447/2010/310-ASc ze dne 15. 7. 2010, v němž předseda Úřadu konstatoval, že „(...) v zásadě postačí, aby byla prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Pro úplnost dodávám, že újma je pojmem širším, a tedy v sobě může zahrnovat jak materiální a v daný okamžik vyčíslitelnou škodu, tak škodu, jejíž výši je obtížné či nemožné v okamžiku podání námitek přesně stanovit, a to zejména proto, že v raných stádiích zadávacího řízení před hodnocením nabídek může být přinejmenším obtížné určit, zda by stěžovatelova nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější. Nelze vyloučit ani škodu imateriální“. K tomu Úřad dále s odkazem např. na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0028/2010/VZ-3550/2010/510/IFa ze dne 23. 3. 2010 dodává, že „(...) újma nemusí být vyčíslena, stačí např. obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči stěžovateli, (...)“. Přestože se citovaná rozhodnutí Úřadu váží k předchozí právní úpravě, tj. k zákonu č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon o veřejných zakázkách“), jejich obecné závěry lze plně aplikovat i na nyní účinnou právní úpravu.

73. Jak stanoví § 244 odst. 3 zákona, v námitkách proti zadávacím podmínkám musí být uvedeno, jaká újma stěžovateli vznikla či hrozí. Navrhovatel v námitkách uvedl, že mu hrozí újma spočívající v nemožnosti plnit veřejnou zakázku z důvodu nezákonně stanovených zadávacích a kvalifikačních podmínek. Navrhovatel dodává, že v důsledku nezákonných a diskriminačních zadávacích podmínek se nemohl zúčastnit zadávacího řízení, následně podat nabídku a realizovat výdělek při plnění takto získané veřejné zakázky.
74. Úřad konstatuje, že z ustanovení § 244 odst. 3 zákona nevyplývají požadavky týkající se specifikace újmy, která navrhovateli hrozí nebo vznikla v důsledku nezákonného postupu zadavatele. Úřad má za to, že újma nemusí být vyčíslena, postačí např. obecné vymezení následku jednání zadavatele vůči navrhovateli.
75. V návrhu navrhovatel označil jako svou újmu to, že se nemohl účastnit zadávacího řízení, že tedy nemohl podat nejvhodnější nabídku a realizovat výdělek při plnění zakázky.
76. K tvrzení zadavatele, že navrhovateli nemůže vzniknout újma, protože žádné z dílčích ustanovení zadávacích podmínek, které navrhovatel napadá, nemůže omezit jeho účast v zadávacím řízení, Úřad uvádí, že navrhovatel námitkami i návrhem napadá mj. kvalifikační podmínky zadávacího řízení (tj. požadavek, aby osoby ze seznamu techniků, jehož předložení požaduje zadavatele k prokázání technické kvalifikace, byly v pracovním poměru nebo v obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, a požadavek, aby hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce a stavbyvedoucí 1 měli autorizaci v oboru pozemní stavby minimálně ve stupni „autorizovaný inženýr“). Splnění těchto požadavků je nezbytné pro další účast dodavatele v užším zadávacím řízení, tedy pro to, aby mohl být zadavatelem vyzván k podání nabídky a následně také mohl nabídku podat. Navrhovatelem napadené zadávací podmínky týkající se kvalifikace tedy mohly omezit účast navrhovatele v zadávacím řízení, jelikož nelze vyloučit, že kdyby navrhovatelem napadená kvalifikační kritéria v zadávacích podmínkách nebyla, navrhovatel by podal žádost o účast, následně by mohl být vyzván k podání nabídky a nabídku podat. Zvláště za situace, kdy navrhovatel napadá nezákonné kvalifikační podmínky, lze hovořit o újmě minimálně hrozící, když v případě neprokázání splnění kvalifikace by zadavatel navrhovatele musel z užšího řízení podle § 58 odst. 3 zákona vyloučit.

77. Návrhem je dále napaden požadavek zadavatele, aby dodavatel a osoba, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní kvalifikace, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky. Byť toto není přímo kvalifikační požadavek, do jisté míry s prokazováním kvalifikace souvisí, neboť se týká osob, prostřednictvím nichž by dodavatelé mohli část své kvalifikace prokazovat. Pokud měl tedy navrhovatel v úmyslu prokázat část kvalifikace jinou osobou, požadavek zadavatele na společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a této jiné osoby by zajisté mohlo hledání takové jiné osoby značně ztížit, případně i její nalezení vyloučit. Pokud by přitom navrhovatel sám nespĺňoval celou kvalifikaci, nemohl by podat žádost o účast, resp. úspěšně prokázat kvalifikaci. Úřad uzavírá, že újmu spočívající v tom, že navrhovatel byl omezen ve výběru osoby, prostřednictvím které by prokázal určitou část kvalifikace, nelze vyloučit.
78. K tvrzení zadavatele, že požadavkem zadavatele, aby emailová komunikace byla podepsaná zaručeným elektronickým podpisem, navrhovateli nevznikla ani nemohla vzniknout žádná újma, neboť námitky navrhovatele byly elektronicky podepsány, tedy navrhovatel elektronickým certifikátem disponuje, Úřad uvádí následující. Navrhovatel v návrhu uvedl, že daný požadavek je v rozporu s § 211 odst. 4 a 5 zákona a že zaručený elektronický podpis má zpravidla v obchodních společnostech k dispozici pouze statutární orgán společnosti, přičemž běžnou komunikaci se zadavatelem provádějí řadoví zaměstnanci. Dle navrhovatele by tedy běžnou komunikaci v zadávacím řízení musel provádět vždy statutární zástupce, což jej výrazně omezuje v běžné provozní činnosti. Úřad uzavírá, že újmu spočívající v tom, že by jakoukoli e-mailovou komunikaci se zadavatelem musel provádět statutární zástupce navrhovatele, považuje za reálnou.
79. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že navrhovatel v námitkách i návrhu specifikoval, jaká újma mu v důsledku tvrzeného porušení zákona zadavatelem vznikla nebo hrozí, přičemž nelze vyloučit, že tato újma navrhovateli skutečně může hrozit či vzniknout.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

80. Navrhovatel v podaném návrhu brojí proti požadavku zadavatele, aby osoby ze seznamu techniků, jehož předložení zadavatel požaduje k prokázání technické kvalifikace, byly v pracovním poměru nebo v obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli. Dle navrhovatele je takový požadavek v rozporu s § 79 odst. 2 písm. c) zákona.
81. Zadavatel v čl. 2.1 nazvaném „Požadovaná kvalifikace“ bodě D) nazvaném „Technická kvalifikace“ v odst. 2/ zadávací dokumentace uvedl, že má dodavatel v seznamu techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, označit konkrétní osoby, které budou zastávat pozici hlavního stavbyvedoucího, stavbyvedoucího na monolitické práce a 2x stavbyvedoucího s tím, že musí jít o 4 odlišné osoby. Ve stejném odstavci stanovil požadavky na tyto osoby. Jedním z těchto požadavků u každé pozice bylo, že musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
82. Zadavatel tedy uvedeným požadavkem požadoval, aby dodavatel předložil seznam stavbyvedoucích, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli (dále také jen „přezkoumávaný požadavek“).

83. Dle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se kvalifikací rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Zadavatel prostřednictvím vlastností vztahujících se k osobě dodavatele posuzuje, zda je dodavatel schopný a způsobilý splnit závazky ze smlouvy na veřejnou zakázku. Zadavateli kvalifikace slouží k tomu, aby v zadávacím řízení neuzavřel smlouvu s dodavatelem, u něhož by měl pochybnosti o jeho schopnosti splnit své závazky.
84. Svou podstatou přezkoumávaný požadavek tedy představuje požadavek na kvalifikaci ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) zákona, neboť účelem jeho zakotvení v zadávací dokumentaci bylo prokázání toho, zda je dodavatel dostatečně způsobilý a schopný řádně provést zadavatelem požadované plnění, konkrétně zda disponuje osobami stavbyvedoucích. Přezkoumávaný požadavek je přitom zařazen v bodě 2.1 písm. D) zadávací dokumentace nadepsaném „Technická kvalifikace“, v jehož úvodu zadavatel výslovně uvedl, že níže uvedené kritéria (tedy i seznam techniků) stanoví za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů a odborných schopností a zkušeností dodavatele nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Je tedy zřejmé, že předložení seznamu techniků zadavatel požaduje k prokázání technické kvalifikace ve smyslu § 79 zákona.
85. Podle § 73 odst. 4 zákona není zadavatel v nadlimitním režimu oprávněn požadovat prokázání jiné kvalifikace, než která je uvedena v odstavcích 1 až 3.
86. Podle § 73 odst. 1 – 3 zákona zadavatel v nadlimitním režimu
- musí požadovat prokázání základní způsobilosti podle § 74 zákona,
 - musí s výjimkou jednacích řízení bez uveřejnění požadovat prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 zákona,
 - může požadovat prokázání profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2 zákona a
 - může požadovat prokázání ekonomické kvalifikace podle § 78 zákona nebo technické kvalifikace podle § 79.
87. Jelikož § 73 zákona platí pro nadlimitní režim, Úřad předně ověřil, zda je šetřená veřejná zakázka zadávána v nadlimitním režimu.
88. K tomu Úřad v obecné rovině uvádí, že podle § 24 zákona se režim veřejné zakázky určí podle její přepokládané hodnoty. Podle § 4 nařízení vlády finanční limit pro určení nadlimitní veřejné zakázky na stavební práce činí 137 366 000 Kč. Zadavatel v oznámení o zahájení zadávacího řízení a zadávací dokumentaci uvedl předpokládanou hodnotu 399 000 000 Kč bez DPH; veřejná zakázka je zadávána v užším řízení.
89. Na základě shora uvedených skutečností tak má Úřad za prokázané, že veřejná zakázka je zadávána v nadlimitním režimu, přičemž je v souladu s § 24 zákona povinen dodržet jím určený nadlimitní režim, a proto se na postup zadavatele v zadávacím řízení § 73 zákona aplikuje.
90. V ustanoveních, na něž § 73 odst. 1 – 3 zákona odkazuje, zákon vymezuje jednotlivé druhy kvalifikace (tj. základní a profesní způsobilost, ekonomická a technická kvalifikace) a dále v těchto ustanoveních, resp. v ustanoveních s nimi bezprostředně souvisejících, taxativním výčtem stanoví, jaké doklady zadavatel může po dodavatelích k prokázání konkrétního druhu kvalifikace požadovat. Každý ze zákonem vymezených druhů kvalifikace je tak v zákoně charakterizován prostřednictvím dokladů, kterými může být prokazován. Ustanovení § 73 odst. 4 zákona, podle něhož zadavatel není oprávněn požadovat prokázání jiné než v zákoně

vymezené kvalifikace, je tedy dle Úřadu nutno vykládat tak, že zadavatel může od dodavatelů za účelem prokázání jejich schopnosti a způsobilosti plnit veřejnou zakázku, požadovat pouze ty doklady, jež jsou uvedeny v ust. § 75 a § 77 – 79 zákona (s výjimkou předložení čestného prohlášení dle § 86 odst. 2 zákona), neboť pouze tyto doklady představují kvalifikaci, kterou zákon připouští.

91. Úřad dále obecně uvádí, že podle § 73 odst. 4 zákona není zadavatel v nadlimitním režimu oprávněn požadovat prokázání jiné kvalifikace, než která je uvedena v odstavcích 1 až 3. Současně podle § 73 odst. 3 písm. b) zákona může zadavatel v nadlimitním režimu požadovat prokázání technické kvalifikace podle § 79 zákona, ve kterém je taxativním výčtem stanoveno, jaké doklady zadavatel může po dodavatelích k prokázání technické kvalifikace požadovat.
92. Jak Úřad uvedl výše, seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, které chtěl zadavatel od dodavatelů předložit k posouzení kvalifikace, zadavatel v zadávací dokumentaci vyznačil jako požadavek k prokázání technické kvalifikace.
93. Taxativní výčet dokladů, kterými dodavatel prokazuje splnění kritérií technické kvalifikace, je obsažen v § 79 odst. 2 zákona. Ustanovení § 79 odst. 2 písm. c) zákona přitom zadavateli umožňuje požadovat seznam techniků nebo technických útvarů, které se budou podílet na plnění veřejné zakázky, a to zejména těch, které zajišťují kontrolu kvality nebo budou provádět stavební práce, avšak bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli. Zadavatelem požadovaný seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, nelze považovat za doklad uvedený v § 79 odst. 2 písm. c) zákona (a ani za žádný z jiných dokladů, které zadavatel může požadovat k prokázání splnění kritérií technické kvalifikace). Přezkoumávaný požadavek tedy nelze považovat za přípustný požadavek k prokázání technické kvalifikace.
94. Úřad tedy konstatuje, že zadavatel přezkoumávaným požadavkem požadoval prokázání jiné kvalifikace, než která je uvedena v § 73 odst. 3 písm. b) zákona, neboť seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, není obsažen ve výčtu dokladů, které může zadavatel požadovat k prokázání technické kvalifikace podle § 79 zákona. Úřad dodává, že s ohledem na charakter přezkoumávaného požadavku se nejedná ani o žádnou jinou kvalifikaci předvídanou v § 73 zákona.
95. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu k uvedenému požadavku uvedl, že mu ustanovení § 105 odst. 2 zákona výslovně umožňuje, aby si v zadávací dokumentaci vyhradil plnění významných činností přímo vybraným dodavatelem. Zadavatel uvádí, že požadavkem na pracovněprávní vztah techniků hodlal „zajistit plnění daných významných činností přímo dodavatelem“.
96. K uvedené argumentaci zadavatele Úřad uvádí, že se jeví jako účelová. Pokud si zadavatel hodlá zajistit plnění určitých významných činností vybraným dodavatelem, musí tento požadavek jasně a srozumitelně v zadávací dokumentaci uvést, a to s jasným vymezením činností, kterých se tento požadavek týká. V šetřeném případě však zadavatel v zadávací

dokumentaci pouze v rámci požadavků na technickou kvalifikaci stanovil, že hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce a dva další stavbyvedoucí, jež mají být uvedeni v seznamu techniků předkládaném k prokázání technické kvalifikace, musí být v pracovním poměru či v obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli. Takový požadavek na prokázání kvalifikace je však v rozporu s § 73 odst. 4 zákona, jak Úřad vyložil výše, a tedy i pokud by jím zadavatel fakticky zamýšlel zakotvit omezení dle § 105 odst. 2 zákona, nic to nemění na tom, že v zadávací dokumentaci předmětný požadavek jednoznačně vymezil jako požadavek na kvalifikaci, čímž porušil zákon.

97. Úřad tedy s ohledem na všechny výše uvedené skutečnosti uzavírá, že zadavatel stanovil zadávací podmínky zadávacího řízení v rozporu s ustanovením § 73 odst. 4 zákona, když v čl. 2.1. písm. D) bod t2/ zadávací dokumentace požaduje podle § 79 odst. 2 písm. c) zákona předložit seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, avšak takový požadavek na kvalifikaci nespadá mezi kvalifikaci uvedenou v § 73 odst. 3 písm. b) zákona, neboť podle § 79 odst. 2 písm. c) citovaného zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

98. Navrhovatel v návrhu dále uvádí, že považuje požadavek zadavatele, aby dodavatel a osoba, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní kvalifikace, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, za rozporný s § 83 zákona a se zásadou přiměřenosti.
99. Úřad se proto dále zabýval posouzením souladu požadavku uvedeného v čl. 4.4 odst. 4 zadávací dokumentace se zákonem. V tomto článku zadávací dokumentace zadavatel uvedl, že *„Prokazuje-li dodavatel určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti dle ust. § 83 ZZVZ prostřednictvím jiných osob, zadavatel si vyhrazuje, aby dodavatel a tato jiná osoba nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, k čemuž se smluvně zaváží.“* (viz bod 70. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
100. Co se týče zásady přiměřenosti, zakotvené v § 6 odst. 1 zákona, ta vychází ze skutečnosti, že zákon ponechává zadavatelům značnou míru diskrece ohledně volby konkrétního postupu v zadávacím řízení. V zadávacím řízení se přitom z povahy věci střetávají dva protichůdné principy, totiž omezení dodavatelů (způsobené zejména nastavením zadávacích podmínek zadavatelem, zejména ve vztahu k podmínkám účasti) mezi nimiž může proběhnout soutěž o nejvhodnější nabídku, pouze na ty, kteří splňují podmínky zadavatele a u nichž je tak dán předpoklad kvalitního plnění v budoucnu, a na druhé straně obecný zájem na co nejširším zachování hospodářské soutěže. Postup v souladu se zásadou přiměřenosti tedy primárně (nikoli však výlučně) spočívá v tom, že na jedné straně zadavateli poskytuje dostatečné záruky výběru dodavatele, který skutečně bude schopen veřejnou zakázku kvalitně a v požadovaných termínech realizovat, na druhou stranu se bude jednat o postup, který nad rámec garance výše uvedeného cíle nebude dále nedůvodně omezovat hospodářskou soutěž. Jedná se tak o zásadu, kterou by se měl zadavatel řídit ve všech fázích zadávacího řízení.

101. Dle § 83 odst. 1 může dodavatel prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. V takovém případě je dodavatel povinen podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona předložit písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.
102. Dle § 83 odst. 2 zákona se má za to, že požadavek podle § 83 odstavce 1 písm. d) zákona je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem.
103. Dle § 83 odst. 3 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a jiná osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje ekonomickou kvalifikaci podle § 78, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky.
104. Zadavatel ve svém vyjádření prezentoval názor, že mu § 83 odst. 2 zákona umožňuje formulovat odpovědnost dodavatele tak, jak je uvedeno v čl. 4.4 odst. 4 zadávací dokumentace.
105. Úřad uvádí, že z formulace ustanovení § 83 odst. 2 zákona (konkrétně z formulace „Má se za to ...“) je zřejmé, že se jedná o vyvratitelnou právní domněnku, která stanoví, za jakých okolností je požadavek podle § 83 odstavce 1 písm. d) zákona splněn. Oproti tomu z formulace ustanovení § 83 odst. 3 zákona (konkrétně z formulace „Zadavatel může ...“) vyplývá, že zákonodárce dal tímto ustanovením zadavateli možnost v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a jiná osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje ekonomickou kvalifikaci podle § 78, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky.
106. Úřad tedy nesouhlasí se zadavatelem, že by z § 83 odst. 2 zákona vyplývalo právo zadavatele určit, jestli dodavatel při prokazování určité části ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob předloží písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele, nebo písemný závazek, jehož předmětem je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Ustanovení § 83 odst. 2 pouze stanovuje právní domněnku, že požadavek podle § 83 odstavce 1 písm. d) zákona je splněn, pokud obsahem písemného závazku jiné osoby je společná a nerozdílná odpovědnost této osoby za plnění veřejné zakázky společně s dodavatelem. Volba, zda takový závazek předloží, či nikoli, je přitom na dodavateli, jinými slovy z ustanovení § 83 odst. 2 nelze nijak dovodit, že zadavatel je oprávněn předložit takového závazku vyžadovat.
107. Naopak zákonodárce v ustanovení § 83 odst. 3 zákona vymezil jediný případ, kdy zadavatel může požadovat, aby dodavatel a osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky; tuto možnost má zadavatel pouze v případě, pokud dodavatel touto osobou prokazuje kvalifikaci ekonomickou. A contrario tedy zadavatel nemůže požadovat, aby dodavatel a jiná osoba nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, pokud

prostřednictvím této osoby dodavatel prokazuje jinou než ekonomickou kvalifikaci podle § 78 zákona.

108. Tím, že zadavatel požadoval společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a osoby, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti, ačkoliv podle § 83 odst. 3 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky pouze v případě, že dodavatel prostřednictvím této osoby prokazuje kvalifikaci ekonomickou, tedy fakticky překročil zákonem stanovený limit. Takový postup nelze považovat za souladný se zásadou přiměřenosti podle § 6 odst. 1 zákona, neboť na dodavatele klade vyšší nároky, než připouští zákon.
109. Úřad souhlasí se zadavatelem, že prokázání kvalifikace prostřednictvím jiné osoby dodavatele nezbavuje odpovědnosti za bezvadné dodání díla. K tomu Úřad uvádí, že smlouva o dílo bude uzavřena výhradně s vybraným dodavatelem, a ten je podle čl. 1 odst. 1.2 povinen provést dílo „*tím, že řádně a včas provede kompletní stavební práce, včetně dodávky stavebních materiálů a dalších dodávek a služeb v rozsahu zadávací dokumentace na veřejnou zakázku [...], dále v rozsahu této smlouvy, obecně závazných právních předpisů, ČSN, ČN, EN a ostatních norem, a to včetně převzetí a zařízení staveniště a jeho vyklizení a předání po dokončení díla*“. Článek 16 smlouvy pak podrobně řeší odpovědnost vybraného dodavatele za vady díla. Vybraný dodavatel je tedy na základě uzavřené smlouvy tím, kdo se zavazuje dílo provést a také za jeho řádné provedení zadavateli odpovídá. Poddodavatel pak odpovídá za případné vady jím provedené části díla vybranému dodavateli. Pokud by tedy došlo k vadnému plnění ze strany poddodavatele, zadavatel své nároky z tohoto vadného plnění uplatňuje nikoli vůči poddodavateli, ale vůči vybranému dodavateli, s nímž má uzavřenou smlouvu, a ten je povinen tyto nároky vypořádat. Vybraný dodavatel pak může nároky z vadného plnění uplatňovat u poddodavatele. Odpovědnost vybraného dodavatele vůči zadavateli za provedení celého díla tedy není nijak dotčena tím, že je část kvalifikace dodavatele prokazována prostřednictvím jiné osoby.
110. Úřad také souhlasí se zadavatelem v tom, že je oprávněné požadovat, aby vybraný dodavatel v plném rozsahu odpovídal za dílo, které se zavazuje pro zadavatele provést. V nyní šetřeném případě však zadavatel požadavkem na společnou a nerozdílnou odpovědnost fakticky požadoval, aby kromě vybraného dodavatele (který, jak Úřad vyložil v předchozím bodě odůvodnění tohoto rozhodnutí, za celé dílo v plném rozsahu odpovídá), odpovídal za celé dílo i poddodavatel, což nelze považovat za přiměřené. Takový požadavek by znamenal, že pokud by dodavatel v rámci realizace veřejné zakázky využil poddodavatele např. k provedení prací a dodávek gastro-technologie (viz požadavek zadavatele na prokázání technické kvalifikace 1 stavební zakázkou, jejíž součástí byly práce a dodávky gastro-technologie s hodnotou prací a dodávek gastro-technologie minimálně 3 miliony Kč bez DPH; čl. 2.1. písm. D) bod t1/ zadávací dokumentace), musel by tento poddodavatel zajišťující práce a dodávky gastro-technologie nést společnou a nerozdílnou odpovědnost za celou stavbu mateřské a základní školy v hodnotě stovek miliónů korun, tedy i za ty části plnění, které sám vůbec nerealizoval a ani se jejich realizaci nezavázal. Takový požadavek jednoznačně nelze označit za přiměřený a lze konstatovat, že rovněž i může podstatně

omezovat dodavatele ve výběru poddodavatelů, jelikož by takový poddodavatel musel přistoupit na zjevně pro něj nevýhodné podmínky spolupráce s dodavatelem.

111. K tvrzení zadavatele z jeho vyjádření k podkladům rozhodnutí, že požadavek na společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a poddodavatele není kvalifikační podmínkou, a tudíž by nemohl vyloučit uchazeče, který by v rámci žádosti o účast „*tuto odpovědnost nedoložil*“, Úřad uvádí, že byť se nejedná přímo kvalifikační požadavek, do jisté míry s prokazováním kvalifikace souvisí, neboť jak Úřad dovodil výše, pokud by měl navrhovatel v úmyslu prokázat část kvalifikace jinou osobou, požadavek zadavatele na společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a poddodavatele by mohl vést k tomu, že dodavatel takovou jinou osobu nenalezne, neboť žádný z potenciálních poddodavatelů nebude ochoten na takovou podmínku přistoupit. Pokud by tedy navrhovatel sám nebyl schopen prokázat celou kvalifikaci, mohl by vést tento požadavek zadavatele k tomu, že nepodá žádost o účast, nebo ji sice podá, ale pro nesplnění kvalifikace bude vyloučen.
112. Jak již Úřad uvedl výše, požadavek zadavatele na společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a jiné osoby by s ohledem na ustanovení § 83 odst. 3 zákona bylo možno považovat za přiměřený a tudíž oprávněný, pouze pokud by byl tento požadavek vztažen jen na případy, kdy je jinou osobou prokazována ekonomická kvalifikace. Protože však zadavatel požadoval společnou a nerozdílnou odpovědnost dodavatele a osoby, prostřednictvím které dodavatel prokazuje určitou část nikoliv pouze ekonomické kvalifikace, ale i technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti, byla zásada přiměřenosti v návaznosti na § 83 odst. 3 zákona postupem zadavatele porušena.
113. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel stanovil zadávací podmínky zadávacího řízení v rozporu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s ustanovením § 83 odst. 3 zákona, když v čl. 4.4 odst. 4 zadávací dokumentace stanovil, že prokazuje-li dodavatel určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti dle ustanovení § 83 zákona prostřednictvím jiných osob, zadavatel si vyhrazuje, aby dodavatel a tato jiná osoba nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, k čemuž se smluvně zaváží, ačkoliv dle § 83 odst. 3 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky pouze v případě, že dodavatel prostřednictvím této osoby prokazuje kvalifikaci ekonomickou.

K výroku III. tohoto rozhodnutí

114. Navrhovatel v návrhu dále uvádí, že požadavek zadavatele, aby e-mailová komunikace obsahovala zaručený elektronický podpis, je nepřiměřený a rozporný s § 211 odst. 5 zákona.
115. Zadavatel v čl. 1.4. zadávací dokumentace uvedl, že „*za elektronickou komunikaci ve smyslu platných právních předpisů nepovažuje e-mailovou komunikaci, nepodepsanou zaručeným elektronickým podpisem (certifikátem). K takové komunikaci proto nebude přihlížet a nebude na ni v tomto zadávacím řízení reagovat*“. Zadavatel tedy tímto ustanovením zadávací dokumentace dodavatelům sděluje, že pokud s ním budou v rámci zadávacího řízení komunikovat e-mailem, musí být takové zprávy opatřeny zaručeným elektronickým podpisem.

116. Podle § 211 komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem v zadávacím řízení a při zvláštních postupech podle části šesté probíhá písemně. Podle téhož ustanovení písemná komunikace mezi zadavatelem a dodavatelem musí probíhat elektronicky s výjimkou případů uvedených v odst. 3 tohoto ustanovení. V § 211 odst. 5 obsahuje taxativní výčet případů, kdy musí být datová zpráva opatřena platným uznávaným elektronickým podpisem. Jedná se o případy, kdy se nejedná o komunikaci uskutečňovanou prostřednictvím elektronického nástroje nebo datové schránky a pokud jde o výzvu určenou účastníkům zadávacího řízení, oznámení o výběru dodavatele, rozhodnutí o nejvhodnějším návrhu v soutěži o návrh a vyloučení účastníka zadávacího řízení.
117. Úřad na tomto místě podotýká, že § 211 odst. 5 zákona mluví o „*platném uznávaném elektronickém podpisu*“ a zadávací dokumentace o „*zaručeném elektronickém podpisu*“. K tomu Úřad uvádí, že podle § 6 odst. 2 zákona č. 297/2016 Sb., o službách vytvářejících důvěru pro elektronické transakce, ve znění pozdějších předpisů se uznávaným elektronickým podpisem se rozumí zaručený elektronický podpis založený na kvalifikovaném certifikátu pro elektronický podpis nebo kvalifikovaný elektronický podpis. Zaručený podpis je tedy jednou z forem uznávaného elektronického podpisu, fakticky se tedy jedná o pojmy se stejným významem.
118. Zákodárce tedy v § 211 odst. 5 vymezil ty případy, kdy musí být datová zpráva opatřena platným uznávaným elektronickým podpisem. A contrario tedy v ostatních případech komunikace činěné mimo elektronický nástroj nebo datovou schránku nemusí být datová zpráva opatřena platným uznávaným elektronickým podpisem. Pokud si tedy zadavatel stanovil, že každá datová zpráva uskutečňována mimo elektronický nástroj nebo datovou schránku musí být opatřena zaručeným elektronickým podpisem, bez ohledu na její charakter, jedná se o požadavek, který jde nad rámec požadavků stanovených zákonem, a jako takový jej nelze považovat za souladný se zásadou přiměřenosti.
119. Úřad dodává, že považuje argumentaci navrhovatele ohledně porušení zásady přiměřenosti postavenou na tom, že zaručeným podpisem běžně nedisponují všichni zaměstnanci dodavatelů, za přílehlavou. Úřad stejně jako navrhovatel nepovažuje za přiměřené, že by běžnou e-mailovou komunikací se zadavatelem musel provádět statutární orgán (případně pouze zaměstnanec disponující zaručeným elektronickým podpisem), případně že by měl dodavatel kvůli komunikaci v předmětném zadávacím řízení zařizovat zaručený elektronický podpis pro větší počet svých zaměstnanců.
120. K argumentaci zadavatele, že lze komunikovat prostřednictvím elektronického nástroje a datové schránky, Úřad uvádí, že z textace ustanovení § 211 odst. 5 zákona je jednoznačné, že zákon umožňuje i jiné způsoby elektronické komunikace, tedy i komunikaci e-mailovou. Ze zadávací dokumentace je současně zjevné, že i sám zadavatel přepokládá, že k e-mailové komunikaci ze strany dodavatelů může dojít, když ji v čl. 1.4. zadávací dokumentace sám zmiňuje a stanovuje pravidla pro její vedení. Pokud je tedy v zadávacím řízení připuštěna i komunikace e-mailem, nemůže pro ni zadavatel stanovovat vyšší požadavky, než jaké plynou ze zákona.
121. K argumentaci zadavatele, že požadavek, aby podání dodavatele zakládající práva a povinnosti, činěná elektronicky, byla podepsána, vyplývá z obecné právní úpravy právních úkonů (nepodepsaný úkon nevyvolává právní účinky), Úřad uvádí, že § 211 odst. 5 zákona

vymezuje, kdy má být právní úkon podepsán platným uznávaným elektronickým podpisem, v ostatních případech tedy postačí jiný typ elektronického podpisu. Pokud by zákonodárce požadoval uznávaný elektronický podpis při každé komunikaci mezi zadavatelem a dodavatelem, neuvedl by v zákoně uzavřený výčet případů, kdy musí komunikace uskutečňována mimo elektronický nástroj nebo datovou schránku obsahovat platný uznávaný elektronický podpis. Úřad dodává, že to, že datová zpráva nebude podepsána platným uznávaným elektronickým podpisem, nutně neznamená, že nebude podepsána vůbec, a tedy nebude vyvolávat právní účinky.

122. Úřad tedy uzavírá, že zadavatel stanovil zadávací podmínky zadávacího řízení v rozporu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s ustanovením ve spojení s § 211 odst. 5 zákona, když v čl. 1.4 zadávací dokumentace stanovil, že *„za elektronickou komunikaci ve smyslu platných právních předpisů nepovažuje e-mailovou komunikaci nepodepsanou zaručeným elektronickým podpisem (certifikátem)“* a že k takové komunikaci nebude přihlížet a nebude na ni reagovat, ačkoliv podle § 211 odst. 5 zákona je uznávaný elektronický podpis vyžadován pouze v případech zde taxativně uvedených úkonů zadavatele.
123. Úřad závěrem dodává, že s odkazem na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci sp. zn. 2 A 2/1999 ze dne 24. 6. 1999 a rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 51/2010 ze dne 5. 1. 2011 se v duchu zásady procesní ekonomie již nezabýval částí návrhu napadající požadavek zadavatele, aby hlavní stavbyvedoucí, stavbyvedoucí na monolitické práce a stavbyvedoucí 1 měli autorizaci v oboru pozemní stavby minimálně ve stupni „autorizovaný inženýr“ (viz bod 10. odůvodnění tohoto rozhodnutí), neboť posouzení této částí návrhu by si vyžádalo další šetření zejména toho, jaké činnosti, resp. oprávnění jsou příslušnými právními předpisy svěřena jednotlivým stupňům autorizace, a jejich porovnáním s reálně prováděnými činnostmi při realizaci předmětu veřejné zakázky. Toto šetření by bylo nadbytečné a správní řízení prodlužující v situaci, kdy existují jiné důvody pro uložení nápravného opatření, přičemž přezkoumání dalšího navrhovatelem uváděného důvodu by v předmětném případě nemohlo mít vliv na rozhodnutí ve věci, resp. na uložení nápravného opatření, spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení.

K výroku IV. tohoto rozhodnutí

124. Podle § 263 odst. 3 zákona stanoví-li zadavatel zadávací podmínky v rozporu s tímto zákonem, Úřad uloží nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení. V případě, že jsou zadávací podmínky stanoveny v rozporu se zákonem, není v dané situaci možné k dosažení nápravy protiprávního stavu uložit jiné nápravné opatření, než nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení.
125. Úřad ve výroku I. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky zadávacího řízení v rozporu v rozporu s ustanovením § 73 odst. 4 zákona, když v čl. 2.1. písm. D) bod t2/ zadávací dokumentace požaduje podle § 79 odst. 2 písm. c) zákona předložit seznam techniků, kteří se budou podílet na plnění veřejné zakázky, s podmínkou, že tito technici musí být v pracovním poměru nebo obdobném pracovněprávním vztahu k dodavateli, avšak takový požadavek na kvalifikaci nespadá mezi kvalifikaci uvedenou v § 73 odst. 3 písm. b) zákona, neboť podle § 79 odst. 2 písm. c) citovaného zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam techniků, kteří se budou podílet

na plnění veřejné zakázky, bez ohledu na to, zda jde o zaměstnance dodavatele nebo osoby v jiném vztahu k dodavateli.

126. Úřad ve výroku II. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky zadávacího řízení v rozporu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s ustanovením § 83 odst. 3 zákona, když v čl. 4.4 odst. 4 zadávací dokumentace stanovil, že prokazuje-li dodavatel určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti dle ustanovení § 83 zákona prostřednictvím jiných osob, zadavatel si vyhrazuje, aby dodavatel a tato jiná osoba nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky, k čemuž se smluvně zaváží, ačkoliv dle § 83 odst. 3 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby dodavatel a osoba, jejímž prostřednictvím dodavatel prokazuje kvalifikaci, nesli společnou a nerozdílnou odpovědnost za plnění veřejné zakázky pouze v případě, že dodavatel prostřednictvím této osoby prokazuje kvalifikaci ekonomickou.
127. Úřad ve výroku III. tohoto rozhodnutí konstatoval, že zadavatel stanovil zadávací podmínky zadávacího řízení v rozporu se zásadou přiměřenosti zakotvenou v § 6 odst. 1 zákona ve spojení s ustanovením ve spojení s § 211 odst. 5 zákona, když v čl. 1.4 zadávací dokumentace stanovil, že „za elektronickou komunikaci ve smyslu platných právních předpisů nepovažuje e-mailovou komunikaci nepodepsanou zaručeným elektronickým podpisem (certifikátem)“ a že k takové komunikaci nebude přihlížet a nebude na ni reagovat, ačkoliv podle § 211 odst. 5 zákona je uznávaný elektronický podpis vyžadován pouze v případech zde taxativně uvedených úkonů zadavatele.
128. Vzhledem k tomu, že došlo k naplnění podmínky dle § 263 odst. 3 zákona, je Úřad povinen rozhodnout o uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení zadávacího řízení. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o uložení nápravného opatření tak, jak je uvedeno ve výroku IV. tohoto rozhodnutí.

K výroku V. tohoto rozhodnutí

129. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
130. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a tedy je účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
131. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku IV. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení, zakázal zároveň ve výroku V. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v předmětném zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K výroku VI. tohoto rozhodnutí

132. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
133. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku IV. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení zadávacího řízení na veřejnou zakázku, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
134. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2020000314.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí lze do 15 dnů 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 proti výrokům I., II., III., IV. a VI. tohoto rozhodnutí má odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroku V. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

v z. Mgr. Michal Kobza

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Mgr. František Steidl, advokát, Týnská 12, 110 00 Praha
2. Mgr. Jakub Skořepa, advokát, Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou

Vypraveno dne

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