



UOHSX00E4A8M

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0333/2020/VZ

Brno 13.11.2020

Číslo jednací: ÚOHS-36402/2020/500/JBě

Úřad pro ochranu hospodářské soutěže příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zahájeném dne 20. 8. 2020 na návrh z téhož dne, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha-Nusle,
- navrhovatel – Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, Pod Cvilínem, 794 01 Krnov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 8. 2020 Mgr. Lucíí Oršulovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09167, se sídlem Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2,
- vybraný dodavatel – ZNAKOM s.r.o., IČO 26264641, se sídlem Zengrova 2694/4, Židenice, 615 00 Brno,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných v otevřeném řízení zahájeném za účelem uzavření rámcové dohody „Rámcová dohoda na stavební práce - obnova vodorovného dopravního značení na území JmK“, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 15. 4. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-012642,

rozhodl takto:

Návrh navrhovatele – Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, Pod Cvilínem, 794 01 Krnov – ze dne 20. 8. 2020 se podle § 265 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha-Nusle (dále jen „zadavatel“) – zahájil dne 15. 4. 2020 podle § 56 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“ nebo „ZZVZ“)¹ odesláním oznámení o zahájení zadávacího řízení k uveřejnění otevřeného řízení za účelem uzavření rámcové dohody „Rámcová dohoda na stavební práce - obnova vodorovného dopravního značení na území JmK“. Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 4. 2020 pod ev. č. Z2020-012642 (dále jen „zadávací řízení“).

2. V článku 2. „Předmět plnění veřejné zakázky“ je v odst. 2.1. zadávací dokumentace mj. uvedeno, že *„[p]ředmětem plnění veřejné zakázky na uzavření rámcové dohody, která bude v rámci zadávacího řízení uzavřena na dobu trvání 48 měsíců (4 let) s jedním účastníkem, bude provedení stavebních prací a poskytování souvisejících služeb dle této zadávací dokumentace a jejích příloh (dále také ‚stavební práce‘ nebo ‚dílo‘). Na základě rámcové dohody bude zadavatel zadávat vybranému dodavateli jednotlivé dílčí zakázky na stavební práce dle aktuálních potřeb zadavatele.*

Vybraný dodavatel (účastník rámcové dohody) bude povinen zajistit komplexní poskytnutí poptávaných stavebních prací a služeb, včetně prostředků a vybavení potřebných k jejich poskytnutí.

Předmět plnění je podrobněji specifikován v příloze č. 1 Zadávací dokumentace – Rámcová dohoda.“

3. Dle odst. 2.2 „Předpokládaná hodnota veřejné zakázky“ zadávací dokumentace činí předpokládaná hodnota 43 930 000,- Kč bez DPH.

4. Z nedatovaného dokumentu „Protokol o otevírání nabídek v elektronické podobě“ plyne, že zadavatel ve lhůtě pro podání nabídek obdržel osm nabídek, a to mj. nabídku dodavatele ZNAKOM s.r.o., IČO 26264641, se sídlem Zengrova 2694/4, Židenice, 615 00 Brno (dále jen „vybraný dodavatel“ nebo „dodavatel ZNAKOM s.r.o.“) a dodavatele Značky Morava, a.s., IČO 25865871, se sídlem Čsl. armády 1112/27a, Pod Cvilínem, 794 01 Krnov, ve správním řízení zastoupena na základě plné moci ze dne 18. 8. 2020 Mgr. Lucií Oršulovou, advokátkou, ev. č. ČAK 09167, se sídlem Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2 (dále jen „navrhovatel“).

5. Zadavatel „Rozhodnutím o výběru dodavatele“ podepsaným elektronicky dne 16. 7. 2020 (dále též jen „rozhodnutí o výběru dodavatele“) rozhodl o výběru vybraného dodavatele.

¹ Pokud je v tomto usnesení uveden odkaz na zákon, jedná se vždy, není-li uvedeno jinak, o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, tj. ke dni 15. 4. 2020.

6. Zadavatel odeslal navrhovateli dne 17. 7. 2020 prostřednictvím elektronického nástroje Tender arena dokument „Oznámení o výběru dodavatele“ ze dne 16. 7. 2020.
7. Navrhovatel podal dne 29. 7. 2020 zadavateli námitky z téhož dne (dále jen „námitky“ nebo „námitky ze dne 29. 7. 2020“). Námitky směřovaly proti rozhodnutí o výběru dodavatele a proti postupu zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny v případě nabídky dodavatele ZNAKOM s.r.o., tj. nabídky vybraného dodavatele.
8. Zadavatel námitky ze dne 29. 7. 2020 „Rozhodnutím zadavatele o námitkách“ ze dne 13. 8. 2020 (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) jako nedůvodné odmítl.
9. Vzhledem k tomu, že se navrhovatel s rozhodnutím o námitkách neztotožnil, podal dne 20. 8. 2020 k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele z téhož dne (dále jen „návrh“).

II. OBSAH NÁVRHU

10. Návrh navrhovatele směřuje proti rozhodnutí o výběru dodavatele. Podle názoru navrhovatele zadavatel vzal splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona stanoveného zadavatelem v článku 4.5 zadávací dokumentace (dispozice technickým vybavením - specifikovanými značkovacími stroji) u vybraného dodavatele za prokázané, ačkoli jeho splnění vybraný dodavatel prokazoval v rozporu se zákonem a zadávacími podmínkami, resp. splnění předmětného kritéria neprokázal. Podle navrhovatele měl zadavatel vybraného dodavatele vyloučit dle „§ 48 odst. 2 písm. a), c)“ zákona. Navrhovatel dále rozvádí důvody pro svoje závěry.
11. Navrhovatel v návrhu namítá, že vybraný dodavatel prokazoval předmětné kritérium technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby (společnosti Brněnské komunikace a.s., IČO 60733098, se sídlem Renneská třída 787/1a, Štýřice, 639 00 Brno; dále jen „společnost Brněnské komunikace a.s.“) v rozporu se zákonem (konkrétně s § 105 odst. 2 zákona) a zadávacími podmínkami, neboť předmětné kritérium technické kvalifikace se vztahuje k provádění pokládky vodorovného dopravního značení, přičemž ohledně této významné činnosti zadavatel v čl. 18.7. zadávací dokumentace stanovil požadavek, aby ji vybraný dodavatel zajistil vlastními kapacitami, resp. aby ji neplnil prostřednictvím poddodavatele. Současně zadavatel v článku 5.4.4. zadávací dokumentace vyloučil možnost prokazovat prostřednictvím jiné osoby ta kritéria technické kvalifikace, která se vztahují k části veřejné zakázky, která nemůže být plněna prostřednictvím poddodavatele.
12. Navrhovatel na podporu názoru, že prostřednictvím jiné osoby není přípustné prokazovat kritéria kvalifikace vztahující se k vyhrazeným významným činnostem dle § 105 odst. 2 zákona, odkazuje na názor vyjádřený v komentářové literatuře² a v rozhodovací praxi Úřadu, konkrétně na rozhodnutí Úřadu ze dne 9. 10. 2012, sp. zn. S631/2011/VZ a rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 3. 2014, sp. zn. S772/2013/VZ. Navrhovatel má za to, že závěry vyjádřené v citovaných rozhodnutích jsou aplikovatelné, ačkoli byly učiněny ve vztahu k právní úpravě obsažené v zákoně č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZVZ“).

² Jedná se o komentář k § 105 odst. 2 zákona obsažený v: *Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv.* Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 642.

13. Navrhovatel v návrhu dále namítá, že vybraný dodavatel neprokázal splnění předmětného kritéria technické kvalifikace čestným prohlášením dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (formulář 2.2.3.), neboť v rozporu s požadavkem zadavatele toto čestné prohlášení nevyhotovil (nepodepsal) sám vybraný dodavatel jako účastník zadávacího řízení, nýbrž společnost Brněnské komunikace a. s.
14. V návaznosti na uvedená tvrzená pochybení zadavatele směřuje návrh rovněž proti rozhodnutí o námitkách, se kterým se navrhovatel neztotožňuje.
15. Navrhovatel se domáhá, aby Úřad zrušil rozhodnutí o výběru dodavatele a rozhodnutí o námitkách.

PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

16. Dnem 20. 8. 2020, kdy Úřad návrh obdržel, 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.
17. Účastníky správního řízení podle ustanovení § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel.
18. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům přípisem č. j. ÚOHS-26074/2020/522/JKr ze dne 24. 8. 2020.
19. Dne 26. 8. 2020 Úřad obdržel podání navrhovatele, ve kterém navrhovatel informoval Úřad o skutečnostech obsažených v dokumentaci o zadávacím řízení, které považuje za obchodní tajemství.
20. Dne 28. 8. 2020 Úřad obdržel dokumentaci o zadávacím řízení. Dne 31. 8. 2020 pak Úřad obdržel vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 28. 8. 2020 (dále jen „vyjádření zadavatele“).

Vyjádření zadavatele

21. Zadavatel ve svém vyjádření k návrhu uvádí, že postupoval v souladu se zákonem i zadávacími podmínkami, když akceptoval prokázání kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. j) zákona ze strany vybraného dodavatele prostřednictvím jiné osoby a rovněž když akceptoval čestné prohlášení o technickém vybavení podepsané společností Brněnské komunikace a.s. jako poddodavatelem vybraného dodavatele.
22. Rozhodnutí o výběru dodavatele tak dle zadavatele není stíženo vadami, které by způsobovaly jeho nezákonnost. Zadavatel uvádí, že neměl důvod vyloučit vybraného dodavatele podle § 48 odst. 2 písm. a) nebo c) zákona.
23. Zadavatel se dále vyjadřuje k jednotlivým námitkám - důvodům, pro které považuje navrhovatel kritérium technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. j) zákona ze strany vybraného dodavatele za neprokázané, přičemž odkazuje rovněž na obsah rozhodnutí o námitkách (jeho obsah je proto v tomto popisu obsahu vyjádření zadavatele k návrhu zohledněn).

24. Pokud jde o namítanou skutečnost, že vybraný dodavatel prokazoval předmětné kritérium technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, zadavatel argumentuje tím, že „*možnost výhrady ve smyslu § 105 odst. 2 ZZVZ je ex lege omezena toliko na činnosti, a proto její dopad do prokazování kvalifikace musí být také omezen pouze na ta kritéria kvalifikace, která spočívají ve výkonu činnosti, a nemůže mít dopad do poskytnutí technického vybavení či materiálu, které nepředstavuje výkon činnosti. Z toho důvodu nemůže být omezena možnost vybraného dodavatele prokázat technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ prostřednictvím poddodavatele, neboť samotný fakt, že si vybraný dodavatel zajistil technické zařízení od jiné osoby, vůbec nevypovídá o tom, kdo bude vykonávat činnost, k níž je technické zařízení určeno, resp. že by neměla být splněna zadávací podmínka zakazující provádět některé významné činnosti jinou osobou než vybraným dodavatelem.*“
25. Podle zadavatele přestože požadované technické vybavení může být potřebné k provádění zadavatelem vyhrazených významných činností, skutečnost, zda vybraný dodavatel k provedení těchto činností použije technické vybavení vlastní, nebo poskytnuté mu jinou osobou, nemá na jeho schopnost tyto činnosti řádně provést žádný vliv.
26. Zadavatel dále poukazuje na odlišnost úpravy možnosti výhrady dle § 105 odst. 2 zákona a úpravy dle § 44 odst. 6 ZVZ. Podle zadavatele ustanovení § 44 odst. 6 ZVZ umožňovalo zadavateli stanovit širší výhradu, když umožňovalo vyhradit k plnění vybraným dodavatelem v podstatě jakoukoliv část předmětu veřejné zakázky, tj. i takovou, která případně nespočívala v činnosti. Podle § 105 odst. 2 zákona mohou být takto vyhrazeny pouze významné činnosti při plnění veřejné zakázky. Zadavatel proto uvádí, že s ohledem na uvedené, tj. současnou právní úpravu, nemohl vymezit zadávací podmínky v rozporu se zákonem a v rozporu se zákonem je vykládat. Zadavatel má z uvedených důvodů za to, že závěry plynoucí z rozhodovací praxe Úřadu, na kterou navrhovatel v návrhu odkazuje a která se týká právní úpravy obsažené v ZVZ, již nelze aplikovat v plném rozsahu.
27. Zadavatel argumentuje rovněž tím, že v rámci kritéria technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. j) zákona lze po dodavateli požadovat prokázání dispozice s minimálním technickým vybavením, nicméně v souladu s konstantní rozhodovací praxí Úřadu a soudní judikaturou je nepřípustné, aby zadavatel požadoval pouze vlastnictví tohoto vybavení sloužícího k plnění předmětu veřejné zakázky a nepřipustil i jiný právní titul jeho užívání.
28. Pokud jde o namítanou skutečnost, že vybraný dodavatel nepředložil k prokázání předmětného kritéria technické kvalifikace čestné prohlášení dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (formulář 2.2.3.), neboť toto čestné prohlášení nevyhotovil (nepodepsal) sám vybraný dodavatel jako účastník zadávacího řízení, nýbrž společnost Brněnské komunikace a.s., zadavatel v první řadě upozorňuje na to, že toto tvrzení navrhovatele představuje skutečnost, kterou navrhovatel netvrdil vůči zadavateli již v námitkách, ačkoli tak mohl učinit. Proto by dle zadavatele Úřad k této nové skutečnosti neměl s ohledem na § 251 odst. 4 zákona přihlížet. Z důvodu procesní opatrnosti se nicméně zadavatel k této skutečnosti dále rovněž vyjádřil.
29. Zadavatel se neztotožňuje s názorem navrhovatele, že předložením čestného prohlášení poddodavatele vybraný dodavatel neprokázal splnění předmětného kritéria technické kvalifikace.

30. Zadavatel nespatřuje nedostatek v prokázání daného kritéria technické kvalifikace, když čestné prohlášení o technickém vybavení vystavila společnost Brněnské komunikace a.s. jako vlastník předmětného technického vybavení, neboť vybraný dodavatel předložil rovněž Smlouvu o spolupráci uzavřenou s touto společností, která obsahuje závazek poskytnout technické vybavení k dispozici vybranému dodavateli za účelem prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. j) a § 83 odst. 1 zákona a následně pro plnění veřejné zakázky. Zadavatel tomuto čestnému prohlášení naopak přiznává vyšší věrohodnost z důvodu jejího vystavení právě osobou, která toto technické vybavení vlastní.
31. Zadavatel současně uvádí, že v uvedeném případě by lpění na předložení čestného prohlášení o technickém vybavení podepsaného vybraným dodavatelem představovalo přepjatý formalismus.
32. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh ve všech jeho částech zamítl dle § 265 písm. a) zákona. Ve vztahu k části návrhu týkající se akceptace čestného prohlášení o technickém vybavení dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (formulář 2.2.3.), které nebylo vyhotovené samotným vybraným dodavatelem, pak zadavatel navrhuje zastavení řízení podle § 257 písm. h) zákona.

Další průběh správního řízení

33. Usnesením č. j. ÚOHS-28349/2020/522/JKr ze dne 10. 9. 2020 určil Úřad zadavateli lhůtu k podání informace o dalších úkonech, které provede v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
34. Usnesením č. j. ÚOHS-29590/2020/522/JKr ze dne 23. 9. 2020 určil Úřad zadavateli lhůtu k zaslání písemného vyjádření, ve kterém zadavatel měl zdůvodnit svůj postup v zadávacím řízení, kdy vzal v případě vybraného dodavatele za prokázané splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby, navzdory podmínce stanovené v čl. 5.4.4. zadávací dokumentace, a to za situace, kdy se uvedené kritérium technické kvalifikace (disponování určitými značkovacími stroji) evidentně vztahuje ke konkrétním částem veřejné zakázky, resp. významným činnostem při plnění veřejné zakázky (položky kód Helios č. 3751 vodorovné dopravní značení barvou hladké, 3752 vodorovné dopravní značení plastem strukturální/profilované a 3753 vodorovné dopravní značení plastem strukturální/profilované s akustickým efektem), ve vztahu ke kterým zadavatel v čl. 18.7. zadávací dokumentace požadoval, aby byly plněny přímo vybraným dodavatelem.
35. Dne 29. 9. 2020 Úřad obdržel vyjádření zadavatele z téhož dne, kterým navrhovatel reagoval na usnesení Úřadu č. j. ÚOHS-29590/2020/522/JKr ze dne 23. 9. 2020.

Vyjádření navrhovatele ze dne 29. 9. 2020

36. Zadavatel odkázal na obsah vyjádření k návrhu a shrnul a doplnil svoje hlavní argumenty.
37. Zadavatel uvádí, že na základě dokladů předložených vybraným dodavatelem vzal za prokázané splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby, neboť vycházel ze závěru právního posouzení, že toto kritérium technické kvalifikace (disponování vymezeným technickým vybavením) se nevztahuje ve smyslu čl. 5.4.4. zadávací dokumentace k významným činnostem při plnění veřejné zakázky

(položky kód Helios č. 3751, 3752 a 3753), jejichž plnění je v čl. 18.7. zadávací dokumentace vyhrazeno pouze vybranému dodavateli.

38. Na tomto závěru a východiscích, které zadavatel uvedl již ve vyjádření k návrhu, dle zadavatele nic nemění formulace článku 5.4.4. zadávací dokumentace. Podle zadavatele je třeba tento článek zadávací dokumentace chápat v kontextu § 105 odst. 2 zákona, který neumožňuje zadavateli vyhradit si k plnění přímo vybraným dodavatelem jakoukoliv část veřejné zakázky, ale pouze některé „významné činnosti při plnění veřejné zakázky“. Ze skutečnosti, že zadavatel v tomto článku použil obrat „vztahuje-li se určité kritérium technické kvalifikace ke konkrétní části veřejné zakázky“, a nikoliv „vztahuje-li se určité kritérium technické kvalifikace ke konkrétní významné činnosti při plnění veřejné zakázky“, nelze dle zadavatele dovozovat, že by zadavatel touto formulací v zadávací dokumentaci rozšířil dopady výhrady podle § 105 odst. 2 zákona do prokazování technické kvalifikace i na ta kritéria kvalifikace, která nespočívají ve výkonu činnosti, tj. zejména na kritérium technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. j) zákona. Takové interpretaci dle zadavatele brání právě dikce ustanovení § 105 odst. 2 zákona, které hovoří o „významných činnostech při plnění veřejné zakázky“.
39. V článku 18.7. zadávací dokumentace, na který fakticky odkazuje čl. 5.4.4. zadávací dokumentace, je potom v souladu s § 105 odst. 2 zákona uvedeno, že dodavateli je vyhrazeno plnění tam vymezených „významných činností při plnění veřejné zakázky“ (nikoliv „částí veřejné zakázky“).
40. Zadavatel poukazuje na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-50342/2018/VZ-18305/2019/513/EPI ze dne 1. 7. 2019, ze kterého vyplývá, že „Významné činnosti lze charakterizovat jako činnosti, které nemůže plnit jakýkoliv dodavatel působící v konkrétním oboru, ale pouze takový, který je vysoce kvalifikovaným odborníkem se speciální kvalifikací, zkušenostmi a schopnostmi“. Z uvedeného rozhodnutí dle zadavatele jednoznačně vyplývá, že se omezení dle § 105 odst. 2 zákona vztahuje výlučně na určité, zadavatelem vymezené činnosti při plnění veřejné zakázky, a nikoli na technické vybavení, jehož prostřednictvím lze významné činnosti případně realizovat.

Další průběh správního řízení

41. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-30540/2020/522/JKr ze dne 1. 10. 2020 Úřad z moci úřední nařídil podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření, kterým zadavateli uložil zákaz uzavřít rámcovou dohodu v zadávacím řízení.
42. Usnesením č. j. ÚOHS-36402/2020/500/JBě ze dne 8. 10. 2020 Úřad určil účastníkům správního řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
43. Dne 9. 10. 2020 Úřad obdržel podání zadavatele z téhož dne, ve kterém zadavatel požádal o zaslání obsahu správního spisu.
44. Dne 12. 10. 2020 Úřad umožnil zadavateli nahlédnout do správního spisu formou zaslání části obsahu spisu do datové schránky zadavatele a dne 13. 10. 2020 formou zaslání části obsahu spisu do e-mailové schránky zadavatele, přičemž Úřad dodává, že takovýto postup byl zvolen s ohledem k omezení provozu pro veřejnost v době nouzového stavu.
45. Dne 12. 10. 2020 Úřad obdržel podání navrhovatele z téhož dne, ve kterém zadavatel požádal o zaslání části obsahu správního spisu.

46. Usnesením č. j. ÚOHS-32699/2020/522/JK ze dne 16. 10. 2020 Úřad navrhovateli na základě jeho žádosti ze dne 13. 10. 2020 prodloužil lhůtu, ve které se mohl vyjádřit k podkladům rozhodnutí.
47. Dne 14. 10. 2020 Úřad umožnil navrhovateli nahlédnout do správního spisu formou zaslání části obsahu spisu do datové schránky zadavatele, přičemž Úřad dodává, že takovýto postup byl zvolen s ohledem k omezení provozu pro veřejnost v době nouzového stavu.
48. Dne 15. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření zadavatele z téhož dne k podkladům rozhodnutí, ve kterém zadavatel v plném rozsahu odkazuje na svá předchozí vyjádření a dále konstatuje, že trvá na svém návrhu, aby Úřad návrh zamítl dle § 265 písm. a) zákona a aby správní řízení v části týkající se akceptace čestného prohlášení o technickém vybavení dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (formulář 2.2.3.) nevyhotoveného samotným vybraným dodavatelem zastavil podle § 257 písm. h) zákona.
49. Dne 22. 10. 2020 obdržel Úřad vyjádření navrhovatele ze dne 21. 10. 2020 k podkladům rozhodnutí.

Vyjádření navrhovatele ze dne 21. 10. 2020

50. Navrhovatel odmítá tvrzení zadavatele, dle kterého navrhovatel v námitkách nenamítal skutečnost, že vybraný dodavatel nepředložil k prokázání kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona čestné prohlášení dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (formulář 2.2.3.), neboť toto čestné prohlášení nevyhotovil (nepodepsal) sám vybraný dodavatel jako účastník zadávacího řízení, nýbrž společnost Brněnské komunikace a.s., a že se tak jedná o novou skutečnost, kterou navrhovatel netvrdil vůči zadavateli v námitkách. Podle navrhovatele jeho tvrzení v III. části návrhu odpovídají podaným námitkám, oproti námitkám neobsahují nové skutečnosti a navrhovatel jimi pouze reaguje na tvrzení zadavatele v rozhodnutí o námitkách. Poukaz zadavatele na § 251 odst. 4 zákona považuje navrhovatel za nepřipadný.
51. Dále navrhovatel konstatuje, že zadavatel ve vyjádření ze dne 23. 9. 2020 neuvedl přesvědčivé skutečnosti na podporu svého postupu. Dále navrhovatel uvádí, že závěry uvedené v rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0342/2018/VZ-18305/2019/513/EPi ze dne 1. 7. 2020 podporují názor navrhovatele, tj. že v šetřeném případě stanovené kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona, resp. dispozice se specifikovanými značkovacími stroji souvisí s výkonem významných činností vyhrazených dle § 105 odst. 2 zákona vybranému dodavateli, tato výhrada se na předmětné kritérium vztahuje a dodavatel je povinen prokázat splnění předmětného kritéria sám.
52. Vybraný dodavatel se ve lhůtě určené k vyjádření k podkladům rozhodnutí ani později v průběhu správního řízení již dále nevyjádřil.

III. ZÁVĚRY ÚŘADU

53. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů pro rozhodnutí, zejména relevantních částí obdržené dokumentace o zadávacím řízení a vyjádření účastníků řízení konstatuje, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. K tomu Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K postavení zadavatele

54. V šetřeném případě se Úřad nejprve zabýval otázkou, zda je splněn předpoklad stanovený v § 4 zákona, tedy zda je Ředitelství silnic a dálnic ČR zadavatelem ve smyslu zákona. Ustanovení § 4 odst. 1 zákona taxativně vymezuje pět skupin subjektů, které spadají pod definici „veřejného zadavatele“. Jedním z těchto subjektů je podle § 4 odst. 1 písm. c) zákona také státní příspěvková organizace.
55. V úplném znění zřizovací listiny Ředitelství silnic a dálnic ČR (tj. zadavatele) ve znění ze dne 21. 2. 2020 je na více místech uvedeno, že se jedná o státní příspěvkovou organizaci. Taktéž z webových stránek zadavatele (<https://www.rsd.cz/wps/portal/web/rsd/Reditelstvi-silnic-a-dalnic>) vyplývá, že Ředitelství silnic a dálnic ČR je státní příspěvkovou organizací, která byla zřízena Českou republikou – Ministerstvem dopravy.
56. S ohledem na shora uvedené skutečnosti Úřad tudíž tuto otázku uzavírá s konstatováním, že zadavatel, tj. Ředitelství silnic a dálnic ČR, coby státní příspěvková organizace, je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. c) zákona.

Relevantní ustanovení zákona

57. Podle § 28 odst. 1 písm. a) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávacími podmínkami veškeré zadavatelem stanovené
1. podmínky průběhu zadávacího řízení,
 2. podmínky účasti v zadávacím řízení,
 3. pravidla pro snížení počtu účastníků zadávacího řízení nebo snížení počtu předběžných nabídek nebo řešení,
 4. pravidla pro hodnocení nabídek,
 5. další podmínky pro uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 104 zákona.
58. Podle § 28 odst. 1 písm. b) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí zadávací dokumentací veškeré písemné dokumenty obsahující zadávací podmínky, sdělované nebo zpřístupňované účastníkům zadávacího řízení při zahájení zadávacího řízení, včetně formulářů podle § 212 zákona a výzev uvedených v příloze č. 6 k tomuto zákonu.
59. Podle § 28 odst. 1 písm. c) zákona se pro účely tohoto zákona rozumí kvalifikací způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku.
60. Podle § 36 odst. 2 zákona zadávací podmínky zadavatel uvede v zadávací dokumentaci nebo je sdělí účastníkům zadávacího řízení při jednání.
61. Podle § 37 odst. 1 zákona podmínky účasti v zadávacím řízení může zadavatel stanovit jako
- a) podmínky kvalifikace,
 - b) technické podmínky vymezující předmět veřejné zakázky včetně podmínek nakládání s právy k průmyslovému nebo duševnímu vlastnictví vzniklými v souvislosti s plněním smlouvy na veřejnou zakázku,
 - c) obchodní nebo jiné smluvní podmínky vztahující se k předmětu veřejné zakázky, nebo

d) zvláštní podmínky plnění veřejné zakázky, a to zejména v oblasti vlivu předmětu veřejné zakázky na životní prostředí, sociálních důsledků vyplývajících z předmětu veřejné zakázky, hospodářské oblasti nebo inovací.

62. Podle § 39 odst. 1 zákona zadavatel postupuje v zadávacím řízení podle pravidel stanovených tímto zákonem a je přitom povinen dodržet stanovené zadávací podmínky. Pokud pravidla pro průběh zadávacího řízení tento zákon nestanoví, určí je zadavatel v souladu se zásadami podle § 6 zákona.
63. Podle § 48 odst. 1 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení pouze z důvodů stanovených tímto zákonem, a to kdykoliv v průběhu zadávacího řízení.
64. Podle § 48 odst. 2 zákona zadavatel může vyloučit účastníka zadávacího řízení, pokud údaje, doklady, vzorky nebo modely předložené účastníkem zadávacího řízení
- a) nesplňují zadávací podmínky nebo je účastník zadávacího řízení ve stanovené lhůtě nedoložil,
 - b) nebyly účastníkem zadávacího řízení objasněny nebo doplněny na základě žádosti podle § 46 zákona, nebo
 - c) neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohou mít vliv na posouzení podmínek účasti nebo na naplnění kritérií hodnocení.
65. Podle § 48 odst. 8 zákona vybraného dodavatele zadavatel vyloučí z účasti v zadávacím řízení, pokud zjistí, že jsou naplněny důvody vyloučení podle § 48 odst. 2 zákona nebo může prokázat naplnění důvodů podle § 48 odst. 5 písm. a) až c) zákona.
66. Podle § 52 zákona pro zadání veřejné zakázky v podlimitním režimu může zadavatel použít
- a) zjednodušené podlimitní řízení s výjimkou veřejné zakázky na stavební práce, jejíž předpokládaná hodnota přesáhne 50 000 000 Kč, nebo
 - b) druhy zadávacích řízení pro nadlimitní režim; v takovém případě zadavatel postupuje podle části čtvrté obdobně s tím, že
 1. jednací řízení s uveřejněním může zadavatel použít i bez splnění podmínek podle § 60 zákona,
 2. u jednacího řízení bez uveřejnění musí být splněna také podmínka nemožnosti dodržet lhůty pro zjednodušené podlimitní řízení, jde-li o podlimitní veřejnou zakázku, kterou by jinak zadavatel mohl zadat ve zjednodušeném podlimitním řízení,
 3. ustanovení části čtvrté se nepoužijí pro lhůty stanovené v § 54 zákona.
67. Podle § 73 odst. 3 zákona v nadlimitním režimu může zadavatel požadovat prokázání
- a) ekonomické kvalifikace podle § 78 zákona nebo
 - b) technické kvalifikace podle § 79 zákona.
68. Podle § 73 odst. 5 zákona zadavatel je povinen v zadávací dokumentaci stanovit, které údaje, doklady, vzorky nebo modely k prokázání splnění požadovaných kritérií kvalifikace požaduje.

69. Podle § 73 odst. 6 zákona pokud zadavatel požaduje prokázání ekonomické nebo technické kvalifikace, musí v zadávací dokumentaci přiměřeně vzhledem ke složitosti a rozsahu předmětu veřejné zakázky stanovit,
- a) která kritéria ekonomické nebo technické kvalifikace požaduje a
 - b) minimální úroveň pro jejich splnění.
70. 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.
71. Podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona může k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel požadovat seznam stavebních prací poskytnutých za posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení včetně osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z těchto prací; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než posledních 5 let před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
72. Podle § 79 odst. 2 písm. b) zákona může k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele; zadavatel může stanovit, že budou zohledněny doklady i za dobu delší než poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, pokud je to nezbytné pro zajištění přiměřené úrovně hospodářské soutěže.
73. Podle § 79 odst. 2 písm. j) zákona může k prokázání kritérií technické kvalifikace zadavatel požadovat přehled nástrojů nebo pomůcek, provozních nebo technických zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici.
74. Podle § 83 odst. 1 zákona dodavatel může prokázat určitou část ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 zákona požadované zadavatelem prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli předložit
- a) doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 zákona jinou osobou,
 - b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,
 - c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 zákona 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.
75. Podle § 83 odst. 2 zákona se má za to, že požadavek podle § 83 odst. 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. 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 § 83 odst. 1 písm. d) zákona obsahovat závazek, že jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.

76. Podle § 105 odst. 1 zákona zadavatel může v zadávací dokumentaci požadovat, aby účastník zadávacího řízení v nabídce
- a) určil části veřejné zakázky, které hodlá plnit prostřednictvím poddodavatelů, nebo
 - b) předložil seznam poddodavatelů, pokud jsou účastníkovi zadávacího řízení známi a uvedl, kterou část veřejné zakázky bude každý z poddodavatelů plnit.
77. 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.
78. Podle § 131 odst. 1 zákona rámcovou dohodou mezi sebou jeden nebo více zadavatelů a jeden nebo více dodavatelů ujednávají rámcové podmínky týkající se zejména ceny nebo jiných podmínek plnění veřejné zakázky, které jsou závazné po dobu trvání rámcové dohody.
79. Podle § 131 odst. 2 zákona zadavatel může uzavřít rámcovou dohodu pouze na základě zadávacího řízení, které by byl oprávněn použit na veřejnou zakázku obdobného předmětu a předpokládané hodnoty.
80. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 zákona nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).
81. Podle § 241 odst. 2 zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti
- a) všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté zákona, včetně stanovení zadávacích podmínek,
 - b) volbě druhu zadávacího řízení nebo režimu veřejné zakázky, nebo
 - c) postupu zadavatele, který směřuje k zadání veřejné zakázky mimo zadávací řízení v rozporu s tímto zákonem.
82. Podle § 242 odst. 2 zákona námitky proti úkonům oznamovaným v dokumentech, které je zadavatel povinen podle tohoto zákona uveřejnit či odeslat stěžovateli, musí být doručeny zadavateli do 15 dnů od jejich uveřejnění či doručení stěžovateli.
83. Podle § 249 zákona řízení o přezkoumání úkonů zadavatele se zahajuje na písemný návrh stěžovatele (dále jen „navrhovatel“) nebo z moci úřední.
84. Podle § 251 odst. 1 zákona musí návrh vedle obecných náležitostí podání stanovených správním řádem obsahovat označení zadavatele, v čem je spatřováno porušení zákona, v jehož důsledku navrhovateli vznikla nebo hrozí újma na jeho právech, návrhy na provedení důkazů, a čeho se navrhovatel domáhá. Navrhovatel je povinen k návrhu připojit v elektronické podobě písemné důkazní prostředky, jejichž provedení navrhl, nejsou-li součástí dokumentace o zadávacím řízení. Součástí návrhu je doklad o složení kauce podle

§ 255 odst. 1 nebo 2 zákona a v případě návrhu zasílaného Úřadu před uzavřením smlouvy na veřejnou zakázku rovněž doklad o doručení námitek zadavateli.

85. Podle § 251 odst. 4 zákona náležitosti návrhu podle § 251 odst. 1 věty první a druhé zákona nemohou být dodatečně měněny ani doplňovány s výjimkou odstranění nedostatků návrhu ve lhůtě stanovené Úřadem; Úřad k takovým změnám a doplněním nepřihlíží. K novým skutečnostem uvedeným v návrhu oproti skutečnostem obsaženým v námitkách podaných zadavateli přihlédne Úřad jen tehdy, jde-li o takové skutečnosti, které navrhovatel nemohl tvrdit již vůči zadavateli; navrhovatel je povinen prokázat, že jde o takové nové skutečnosti, které nemohl tvrdit již vůči zadavateli.
86. Podle § 257 písm. h) zákona Úřad zahájené řízení usnesením zastaví, jestliže návrhu nepředcházely řádně a včas podané námítky; to neplatí pro návrhy podle § 254 zákona.
87. Podle § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo pro zvláštní postup podle části šesté zákona, přičemž tím ovlivní nebo může ovlivnit výběr dodavatele nebo výběr návrhu, a dosud nedošlo k uzavření smlouvy, Úřad zruší zadávací řízení nebo soutěž o návrh nebo jen jednotlivý úkon zadavatele.
88. Podle § 265 písm. a) zákona Úřad návrh zamítne, pokud nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.

Zjištěné skutečnosti

89. V čl. 4 „Požadavky zadavatele na kvalifikaci“ zadávací dokumentace zadavatel stanovil mj.: *„Dodavatelé jsou povinni prokázat splnění kvalifikace podle § 73 až § 80 ZZVZ předložením dokladů uvedených v příslušném sloupci v tabulkách v čl. 4.1 až 4.7. Zadavatel neumožňuje ve smyslu § 86 odst. 2 zákona nahrazení požadovaných dokladů jiným, než v zadávací dokumentaci výslovně připuštěným čestným prohlášením dodavatele (tím není dotčeno právo dodavatele nahradit požadované doklady jednotným evropským osvědčením pro veřejné zakázky).*

(...)

Kvalifikovaným pro plnění veřejné zakázky je v souladu s § 73 ZZVZ dodavatel, který:

- a) *splní základní způsobilost podle § 74 ZZVZ,*
 - b) *splní profesní způsobilost podle § 77 ZZVZ a*
 - c) *splní technickou kvalifikaci podle § 79 ZZVZ.“*
90. V čl. 4.5 „Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ“ zadávací dokumentace, konkrétně v čl. 4.5.1. zadavatel stanovil: *„V níže uvedené tabulce jsou uvedeny minimální požadavky zadavatele na nástroje, pomůcky, provozní a technická zařízení, které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Dodavatel ve formuláři č. 2.2.3. uvede požadované údaje o svém technickém vybavení, splnění zde uvedeného kvalifikačního předpokladu však bude posuzováno pouze ve vztahu k zařízením uvedeným v následující tabulce:“*
 91. V čl. 4.5 „Technická kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ“ zadávací dokumentace, konkrétně v čl. 4.5.2 „Kritéria technické kvalifikace a jejich prokazování“ zadavatel uvedl následující tabulku:

Zadavatel k zajištění dostatečného technického vybavení dodavatele při realizaci stavebních prací požaduje minimálně následující nástroje, pomůcky, provozní a technická zařízení, které bude mít dodavatel při plnění zakázky k dispozici:	Způsob prokázání:
<ul style="list-style-type: none"> • 2 ks - samojízdné značkovací stroje pro značení plastem, s minimálním výkonem 1 250 m²/den, (minimálně jeden stroj pro plast s akustickým efektem[]) • 2 ks - samojízdné značkovací stroje pro značení barvou, s minimálním výkonem 2 500 m²/den • 2ks - ručně vedené značkovací stroje, s minimálním výkonem 200 m²/den (jeden stroj pro plast a jeden stroj pro barvu) 	Čestné prohlášení o technickém vybavení (formulář 2.2.3.)

92. V čl. 5.4. „Prokázání části kvalifikace prostřednictvím jiných osob“ zadávací dokumentace, konkrétně v čl. 5.4.1. zadavatel stanovil: „Dodavatel může určitou část technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti požadované zadavatelem, s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 ZZVZ, prokázat prostřednictvím jiných osob. Dodavatel je v takovém případě povinen zadavateli podle § 83 odst. 1 ZZVZ předložit

- a) doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 ZZVZ jinou osobou,
- b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,
- c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 ZZVZ 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. Má se za to, že tento požadavek 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) ZZVZ vztahující se k takové osobě, musí písemný závazek obsahovat rovněž závazek, že jiná osoba bude realizovat stavební práce, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje.“

93. V čl. 5.4.4. pak zadavatel stanovil: „Vztahuje-li se určité kritérium technické kvalifikace ke konkrétní části veřejné zakázky, ve vztahu ke které si zadavatel vyhradil, že nemůže být plněna prostřednictvím poddodavatele, nelze toto kritérium prokázat prostřednictvím jiné osoby dle výše uvedeného.“

94. V čl. 18.7. zadávací dokumentace zadavatel stanovil: „Dodavatel je oprávněn zajišťovat plnění předmětu veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele/ů, avšak zadavatel v souladu s § 105 odst. 2 ZZVZ požaduje, aby dodavatel (případně společně dodavatelé, kteří podali nabídku v rámci společné účasti) realizoval minimálně následující významné činnosti při plnění veřejné zakázky vlastními kapacitami, tj. nikoliv prostřednictvím poddodavatelů: veškeré činnosti prováděné osobou v pozici stavbyvedoucího VDZ a zástupce stavbyvedoucího

dle obecně platných právních předpisů VDZ, položky kód Helios č. 3751 vodorovné dopravní značení barvou hladké, 3752 vodorovné dopravní značení plastem strukturální/profilované a 3753 vodorovné dopravní značení plastem strukturální/profilované s akustickým efektem.“

95. V čl. 19. „Seznam příloh“ zadávací dokumentace je uvedeno, že „[s]oučástí zadávací dokumentace jsou následující přílohy:

Příloha č. 1 – Rámcová dohoda

Příloha č. 2 – Formuláře k prokázání kvalifikace, jiných zadávacích podmínek a dalších skutečností“.

96. V příloze č. 1 „Rámcová dohoda“ zadávací dokumentace (dále jen „rámcová dohoda“) je v čl. 2.1 uvedeno, že „[p]ředmětem Rámcové dohody je závazek Dodavatele dodávat (resp. poskytovat) ŘSD na základě jednotlivých dílčích smluv sjednaných na základě Rámcové dohody a způsobem v Rámcové dohodě stanoveným řádně a včas plnění specifikované v příloze č. 1 Rámcové dohody s názvem ‚Specifikace Plnění‘ (dále jen ‚Plnění‘), a to vždy dle aktuálních potřeb ŘSD.“
97. V příloze č. 1 „Specifikace plnění“ rámcové dohody je potom v bodě 3.1 „Specifikace“ mj. uvedeno: „Obnova vodorovného dopravního značení (VDZ) se rozumí obnova VDZ, které nesplňuje retroreflexi dle platných předpisů a ohrožuje pak bezpečnost silničního provozu.“ V témže dokumentu je v bodě 3.3 „Popis položek“ v tabulce č. 1 uveden následující seznam položek a jejich popis:

„č.pol.“	Název položky	MJ	Popis položky
3751	VDZ v barvě (dělicí a vodící čáry)	m ²	Značení dělicích a vodících čar provedené barvou
3752	VDZ v strukturálním/profilovaném plastu (dělicí a vodící čáry) - dvousložkový plast, termoplast	m ²	Značení dělicích a vodících čar provedené dlouhoživotným materiálem - dvousložkový plast, termoplast
3753	VDZ v strukturálním/profilovaném plastu s akustickým efektem (dělicí a vodící čáry) - dvousložkový plast	m ²	Značení vodících případně i dělicích čar provedené dlouhoživotným materiálem s akustickým efektem - dvousložkový plast
3521	VDZ plošné v barvě (stíny, nápisy, stop čáry ...)	m ²	Značení barvou stínů, nápisů, šipek, stop čar ...
3533	VDZ plošné ve strukturálním plastu (přechody pro chodce)	m ²	Značení přechodů pro chodce ve strukturálním plastu
3534	VDZ plošné ve stěrkovém plastu (stíny, nápisy)	m ²	Značení plastem stínů, nápisů, šipek, stop čar ...
3811	odstranění VDZ	m ²	Odstranění VDZ destruktivní nebo nedestruktivní metodou (větší plochy musí být odstraněny nedestruktivní metodou) s odklizením vzniklé suti“

98. Vybraný dodavatel předložil ve své nabídce dokument „FORMULÁŘ 2.2.3. ČESTNÉ PROHLÁŠENÍ O TECHNICKÉM VYBAVENÍ“ vystavený společností Brněnské komunikace a.s. ze dne 18. 5. 2020, ve kterém je mj. ve vztahu k blíže specifikovaným značkovacím strojům (část formuláře „STROJE, POMŮCKY, TECHNICKÁ ZAŘÍZENÍ“) uvedeno: „*Společnost: Brněnské komunikace a.s.[,] se sídlem: Renneská třída 787/1a, 639 00 Brno-Štýřice[,]* IČO: 607 33 098 (...) *jakožto účastník v zadávacím řízení na veřejnou zakázku na stavební práce ‚Rámcová dohoda na stavební práce - obnova vodorovného dopravního značení na území JmK‘, ev. č. dle Věstníku veřejných zakázek Z2020-012642 (dále jen ‚účastník‘), tímto prohlašuje, že pro účely realizace stavebních prací disponuje nebo bude disponovat při plnění veřejné zakázky následujícím technickým vybavením (budou vyplněny všechny sloupce níže uvedené tabulky) ve smyslu požadavku na kvalifikaci dle čl. 4.5 zadávací dokumentace shora uvedené zakázky: (...)*“ [následuje seznam značkovacích strojů s uvedením údaje o značce/výrobci/typu, počtu kusů pro stavbu, výkonu (účinnosti), druhu stroje dle kvalifikačního předpokladu a v posledním sloupci nadepsaném „Vlastní nebo najaté (smluvně zajištěné) V/N“ je jako údaj o tom, zda je stroj vlastní nebo najatý (resp. smluvně zajištěný) ve všech řádcích uveden symbol „V“, pozn. Úřadu].
99. Vybraný dodavatel předložil ve své nabídce dokument „SMLOUVA O SPOLUPRÁCI Při prokazování splnění kvalifikace a smlouva o uzavření budoucí rámcové smlouvy o dílo uzavřená podle zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších změn“ (dále také jen „smlouva o poskytnutí technického vybavení“). Tuto smlouvu vztahující se k předmětné veřejné zakázce uzavřel dne 19. 5. 2020 vybraný dodavatel (ve smlouvě označovaný jako budoucí objednatel) se společností Brněnské komunikace a.s. (ve smlouvě označovanou jako budoucí zhotovitel).
100. Ve smlouvě o poskytnutí technického vybavení je v oddíle A (Smlouva o spolupráci při prokazování splnění kvalifikace) uvedeno:
- v článku I odst. 3: „*Budoucí objednatel prohlašuje, že není schopen prokázat splnění určité části technické kvalifikace požadované veřejným zadavatelem ve smyslu ust. § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ a je oprávněn splnění kvalifikace v chybějícím rozsahu prokázat prostřednictvím subdodavatele.*“
 - v článku II odst. 1: „*Budoucí zhotovitel souhlasí s tím, že budoucí objednatel v souladu s § 83 ZZVZ a způsobem dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ prokáže technické kvalifikační předpoklady doložením, že budoucímu objednateli poskytne k dispozici technické vybavení stanovené v bodu 4.5.2 zadávací dokumentace k zakázce, tj.: 2 ks samojízdného značkovacího stroje pro značení plastem, s minimálním výkonem 1250 m²/den (minimálně 1 stroj pro plast s akustickým efektem), 2 ks samojízdného značkovacího stroje pro značení barvou, s minimálním výkonem 2500 m²/den, 2 ks ručně vedených značkovacích strojů s minimálním výkonem 200 m²/den (1 stroj pro plast a 1 stroj pro barvu).*“
 - v článku II odst. 2: „*Budoucí zhotovitel prohlašuje, že technické vybavení uvedené v bodu (1) tohoto článku vlastní ve stavu způsobilém k plnění předmětu zakázky a současně se v případě uzavření rámcové smlouvy o dílo mezi budoucím objednatel a budoucím zhotovitelem zavazuje jej poskytnout k dispozici budoucímu objednateli k plnění předmětu zakázky.*“
101. Ve smlouvě o poskytnutí technického vybavení je v oddíle B (Smlouva o uzavření budoucí rámcové smlouvy o dílo) uvedeno:

- v článku I odst. 1: „*Budoucí objednatel se zavazuje bez zbytečného odkladu, nejpozději do 15 dní ode dne uzavření rámcové smlouvy se zadavatelem k realizaci zakázky, uzavřít rámcovou smlouvu o dílo s budoucím zhotovitelem týkající se této zakázky.*“
 - v článku I odst. 3: „*Předmětem rámcové smlouvy o dílo bude provádění díla obnovy vodorovného dopravního značení na území JmK vyjma položek č. 3751, 3752 a 3753 uvedených v soupisu prací.*“
 - v článku I odst. 4: „*Zhotovitel dále poskytne pro plnění díla objednatele, následující techniku: 2 ks samojízdného značkovacího stroje pro značení plastem, s minimálním výkonem 1250 m²/den (minimálně 1 stroj pro plast s akustickým efektem), 2 ks samojízdného značkovacího stroje pro značení barvou, s minimálním výkonem 2500 m²/den, 2 ks ručně vedených značkovacích strojů s minimálním výkonem 200 m²/den (1 stroj pro plast a 1 stroj pro barvu).*“
 - v článku I odst. 5: „*Smluvní strany se dohodly, že rámcová smlouva o dílo mezi budoucím objednatelem a budoucím zhotovitelem bude respektovat obchodní podmínky obsažené v zadávací dokumentaci k předmětné zakázce, obsah této smlouvy a obsah rámcové smlouvy uzavřené mezi zadavatelem a budoucím objednatelem, s výjimkou těch jejich ustanovení, která by byla v rozporu s ujednáním smluvních stran uvedených v oddílu B čl. I odst. 4 a v oddílu B čl. II této smlouvy.*“
102. Ve smlouvě o poskytnutí technického vybavení je v oddíle C (Ostatní a společná ujednání) v článku I odst. 1 uvedeno: „*Smluvní strany se dohodly, že vůči zadavateli budou vázáni společně a nerozdílně za plnění veřejné zakázky výše uvedené. Ve vzájemném vztahu je budoucí zhotovitel samostatně odpovědný za řádné provádění svého rozsahu činnosti v souladu s rámcovou smlouvou. Budoucí objednatel a budoucí zhotovitel odpovídají za případné škody, které vznikly v souvislosti s prováděním svého podílu díla druhé smluvní straně. Pokud budou vůči budoucímu zhotoviteli vzneseny nároky, které plynou z provádění příslušné části díla budoucího objednatele, je tento povinen tyto uplatněné nároky neprodleně uspokojit. Jedná se zejména o nároky vyplývající z odpovědnosti za škodu, odpovědnosti z prodlení, odpovědnosti za vady příslušné části díla, odpovědnosti ze smluvní pokuty apod.*“
103. Z rozhodnutí o výběru dodavatele se podává, že zadavatel v předmětném zadávacím řízení rozhodl o výběru účastníka zadávacího řízení dodavatele ZNAKOM s.r.o. (tj. vybraného dodavatele) k uzavření smlouvy, resp. rámcové dohody. V odůvodnění tohoto rozhodnutí je uvedeno mimo jiné, že „*[n]abídka výše uvedeného účastníka zadávacího řízení byla vyhodnocena jako ekonomicky nejvýhodnější podle výsledku hodnocení nabídek, přičemž účastník splnil podmínky účasti stanovené v zadávací dokumentaci Zakázky a ZZVZ.*“
104. Z dokumentu „OZNÁMENÍ O VÝBĚRU DODAVATELE“ ze dne 16. 7. 2020, č. j.: 03PU-002299, se podává, že zadavatel oznamuje, že rozhodl o výběru účastníka zadávacího řízení dodavatele ZNAKOM s.r.o. (tj. vybraného dodavatele) k uzavření smlouvy, resp. rámcové dohody. Přílohami tohoto dokumentu zadavatel učinil zprávu o hodnocení nabídek a výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele.
105. V dokumentu „VÝSLEDEK POSOUZENÍ SPLNĚNÍ PODMÍNEK ÚČASTI VYBRANÉHO DODAVATELE“ (dále jen „výsledek posouzení“) je v seznamu dokladů, kterými vybraný

dodavatel prokazoval kvalifikaci uveden ve vztahu ke splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona mimo jiné identifikován dokument: „*Čestné prohlášení o technickém vybavení (formulář 2.2.3) vystavené společností Brněnské komunikace a.s. (podepsal Ing. Luděk Borový, generální ředitel) ze dne 18.5.2020 o tom, že dodavatel disponuje požadovaným množstvím stavebních strojů, kterým prokazuje splnění technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ: (...)*“ [následuje seznam značkových strojů s uvedením údajů obsažených v čestném prohlášení – pozn. Úřadu].

106. Vybraný dodavatel předložil ve své nabídce dokument „FORMULÁŘ 2.3.1. SEZNAM PODDODAVATELŮ A JINÝCH OSOB“ ze dne 19. 5. 2020, ve kterém vybraný dodavatel uvedl s odkazem na § 105 odst. 1 zákona společnost Brněnské komunikace a.s. jako poddodavatele, jejímž prostřednictvím hodlá plnit části veřejné zakázky, konkrétně 3521 - VDZ plošné v barvě, 3533 - VDZ plošné plastem, 3534 - VDZ stěrkový plast.
107. V námitkách ze dne 29. 7. 2020 v bodě 6 navrhovatel uvedl: „*Zadavatel v případě kvalifikačního požadavku dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ (čl. 4.5. zadávací dokumentace) požaduje, aby dispozici s požadovanými značkovacími stroji prokázal právě uchazeč (dodavatel), neboť je to on, kdo bude s ohledem na výhradu dle čl. 18.7. zadávací dokumentace pokládku vodorovného dopravního značení těmito stroji realizovat. Nedává žádný smysl a je v rozporu s výhradou dle čl. 18.7. a požadavkem dle čl. 5.4.4. zadávací dokumentace, aby toto kritérium kvalifikace za vítězného uchazeče prokazovala společnost Brněnské komunikace a.s. (poddodavatel), která není oprávněna pokládku vodorovného dopravního značení realizovat. Předložením čestného prohlášení společnosti Brněnské komunikace a.s. o technickém vybavení tedy vítězný uchazeč neprokázal splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ a nesplnil tak podmínky dle čl. 4.5. zadávací dokumentace.*“

Právní posouzení

K prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby

108. Podstata návrhu míří proti postupu zadavatele spočívajícího v tom, že vzal v případě vybraného dodavatele za prokázané splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona stanoveného v článku 4.5 zadávací dokumentace, ačkoli splnění předmětného kritéria vybraný dodavatel prokazoval dle názoru navrhovatele v rozporu se zákonem a zadávacími podmínkami (čl. 5.4.4. a 18.7. zadávací dokumentace) prostřednictvím jiné osoby.
109. Úřad předně v obecné rovině uvádí, že účelem prokazování kvalifikace je snaha zajistit, aby se o veřejnou zakázku ucházeli, resp. aby ji plnili pouze ti dodavatelé, kteří jsou objektivně schopni konkrétní veřejnou zakázku řádně a včas splnit, tedy mají veškeré předpoklady pro její řádnou realizaci. Za kvalifikaci je tedy třeba považovat způsobilost (schopnost) dodavatele realizovat zadavatelem požadovanou veřejnou zakázku [viz § 28 odst. 1 písm. c) zákona]. Skutečnost, že dodavatel prokáže splnění požadované kvalifikace, zadavateli poskytuje určitou jistotu, že bude moci uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky s dodavatelem, který je po všech stránkách způsobilý veřejnou zakázku splnit.

110. Kritéria technické kvalifikace pak podle § 79 odst. 1 zákona zadavatel stanoví za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Účelem prokazování kritérií technické kvalifikace je tedy obecně zajištění, aby byla veřejná zakázka plněna dodavatelem, který je k jejímu řádnému plnění dostatečně zkušený a technicky a personálně vybavený.
111. Dodavatel může prokázat svoji kvalifikaci sám (prostřednictvím vlastních zdrojů a kapacit) nebo v přípustném rozsahu i prostřednictvím jiných osob (tzv. poddodavately), tj. může prokázat splnění určité části kvalifikace prostřednictvím jiných osob, resp. prostřednictvím zdrojů a kapacit těchto osob. K prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob zákon v § 83 odst. 1 stanoví, že dodavatel může prokázat prostřednictvím jiných osob určitou část zadavatelem požadované ekonomické kvalifikace, technické kvalifikace nebo profesní způsobilosti (s výjimkou kritéria podle § 77 odst. 1 zákona).
112. Zákon tedy dodavateli umožňuje, aby (například v situaci, kdy sám určitou částí kvalifikace nedisponuje) určitou např. chybějící část kvalifikace prokazoval prostřednictvím jiné osoby (poddodavatele). Pokud tak dodavatel učiní, musí se tato osoba písemně zavázat 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 [požadavek podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona].
113. Dodavatel je pak v případě prokazování určité části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby povinen dle § 83 odst. 1 zákona předložit zadavateli kromě shora uvedeného závazku jiné osoby rovněž další doklady (doklady prokazující splnění profesní způsobilosti podle § 77 odst. 1 zákona jinou osobou, doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby a doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 zákona jinou osobou).
114. Zákon umožňuje, aby zadavatel v určitých případech omezil možnost plnění veřejné zakázky prostřednictvím poddodavatele. Možnost omezení „poddodavatelského řetězce“ je dle § 105 odst. 2 zákona přípustná v případě veřejné zakázky na služby nebo stavební práce nebo v případě veřejné zakázky na dodávky zahrnující umístění nebo montáž. V uvedených případech mohou zadavatelé v zadávací dokumentaci požadovat, aby zadavatelem určené významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem, tedy jinak řečeno aby tyto činnosti neplnil poddodavatel, nýbrž sám a přímo dodavatel.
115. Výhrada dle § 105 odst. 2 zákona je výhradou týkající se činností při plnění veřejné zakázky ve smyslu plnění určitých činností, resp. určité aktivity dodavatelem (nikoli poddodavatelem) při plnění veřejné zakázky. Touto výhradou se sleduje zvýšená kontrola a dohled nad plněním zásadních částí veřejné zakázky. V této souvislosti lze odkázat na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0342/2018/VZ-18305/2019/513/EPi ze dne 1. 7. 2019, v němž Úřad uvedl mimo jiné, že „[ú]čelem poddodavatelského omezení podle § 105 odst. 2 zákona je získat zvýšenou kontrolu a dohled nad zásadními částmi plnění veřejné zakázky. Významné činnosti lze charakterizovat jako činnosti, které nemůže plnit jakýkoliv dodavatel působící v konkrétním oboru, ale pouze takový, který je vysoce kvalifikovaným odborníkem se speciální kvalifikací, zkušenostmi a schopnostmi.“

116. Stanoví-li zadavatel požadavek dle § 105 odst. 2 zákona, může to nepochybně ovlivnit možnost dodavatele prokazovat určitou část kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, neboť s ohledem na zásadu vnitřní souladnosti a bezrozpornosti právního předpisu nelze vykládat a aplikovat ustanovení § 105 odst. 2 zákona a ustanovení § 83 zákona izolovaně.
117. Úřad na tomto místě připomíná, že jestliže má prokazování kvalifikace, resp. kritérií technické kvalifikace plnit svůj účel, tj. poskytovat zadavateli určitou míru jistoty, že veřejná zakázka bude plněna řádně a včas, logicky musí vypovídat o způsobilosti (schopnosti) právě té osoby, která bude fakticky veřejnou zakázku nebo určitou její část/vymezenou činnost plnit. Neplnilo by tedy účel prokazování kvalifikace, pokud by určitá osoba prokazovala určitou část kvalifikace za dodavatele, ale současně se odpovídajícím způsobem fakticky neúčastnila plnění veřejné zakázky. Zákon na naplnění účelu prokazování kvalifikace pamatuje, když pro případ prokazování kvalifikace prostřednictvím jiné osoby stanoví požadavek na předložení písemného závazku podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona a dále stanoví související pravidla v § 83 odst. 2 zákona (viz k tomu výše odůvodnění tohoto rozhodnutí).
118. Pokud zadavatel ve smyslu ustanovení § 105 odst. 2 zákona požaduje, aby určitou významnou činnost při plnění veřejné zakázky plnil přímo vybraný dodavatel, znamená to jinými slovy, že tuto významnou činnost nesmí plnit jiná osoba (poddodavatel). V takovém případě však může být případné prokazování určité části kvalifikace související s touto významnou činností prostřednictvím jiné osoby nepřipustné, neboť by takové prokazování prostřednictvím jiné osoby sice vypovídalo o schopnosti poddodavatele vykonávat významnou činnost, avšak z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona by ji při plnění veřejné zakázky právě tento poddodavatel (resp. ani žádný jiný) vykonávat nesměl. Oproti tomu by nic nevyovídalo o schopnostech vybraného dodavatele tuto významnou činnost realizovat. Pokud tedy z důvodu požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona nesmí plnit vymezenou významnou činnost jiná osoba, nýbrž toliko sám vybraný dodavatel, pak musí právě sám vybraný dodavatel prokázat splnění odpovídající části kvalifikace.
119. Stanovení požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona však neznamená nepřipustnost prokazování jakéhokoli kritéria kvalifikace souvisejícího s určitou významnou činností prostřednictvím jiné osoby. Při posuzování přípustnosti prokazování konkrétního kritéria kvalifikace prostřednictvím jiné osoby je třeba zohlednit charakter předmětného kritéria a smysl jeho prokazování, resp. zohlednit, zda je vzhledem k jeho charakteru a smyslu jeho vyloučení z obecné možnosti prokazovat jeho splnění prostřednictvím třetí osoby opodstatněné.
120. Prokazování určité části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby lze nepochybně považovat za nepřipustné například v případě, kdy by o způsobilosti (schopnosti) plnit zadavatelem určenou významnou činnost dle § 105 odst. 2 zákona vypovídalo kritérium stanovené dle § 79 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona, tj. předkládanými referencemi by byly prokazovány zkušenosti s činnostmi vyhrazenými vybranému dodavateli. Smyslem předkládání tzv. referencí je prokázání zkušenosti s plněním obdobného charakteru, jaký má plnění, které je předmětem veřejné zakázky. Uvedenými kritérii se tedy sleduje způsobilost (schopnost) reálně plnit veřejnou zakázku (případně významné činnosti dle § 105 odst. 2 zákona z tohoto plnění nevyjímaje), přičemž o této způsobilosti (schopnosti) vypovídají zkušenosti právě té osoby, která referenci získala a tyto zkušenosti jsou na tuto osobu fakticky vázány.

Za situace, kdy se na plnění činností vyhrazených vybranému dodavateli nemůže podílet jiná osoba (poddodavatel), nemůže být v tomto případě prokazováním kvalifikace prostřednictvím jiné osoby naplněn účel prokazování kvalifikace vůbec, protože by se tato osoba prokazující za dodavatele kvalifikaci, tj. způsobilost (schopnost) plnit tuto významnou činnost na plnění této významné činnosti ve skutečnosti nepodílela (tj. její schopnosti by nebyly využity).³ V popsaném případě tedy má opodstatnění, že možnost prokazovat splnění daného kritéria kvalifikace prostřednictvím jiné osoby není připuštěna.

121. Jiná je však situace, která nastala rovněž v šetřeném případě, kdy zadavatel stanoví požadavek na prokázání splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona, přičemž určitá požadovaná věc (nástroj nebo pomůcka, provozní nebo technické zařízení) – ve vztahu ke které má dodavatel dle tohoto požadavku prokázat, že ji bude mít při plnění veřejné zakázky k dispozici – je věcí související s významnou činností, jejíž plnění zadavatel vyhradil dle § 105 odst. 2 zákona vybranému dodavateli, a to v tom smyslu související, že se jedná o věc sloužící (používanou) k výkonu dané významné činnosti.
122. Úřad v první řadě předesílá, že ustanovení § 105 odst. 2 zákona dává zadavateli možnost ve stanovených případech vymínit si, aby přímo vybraný dodavatel plnil určenou významnou „činnost“ při plnění veřejné zakázky. Možnost výhrady dle § 105 odst. 2 zákona se tedy omezuje na činnosti. Netýká se věcí, které bude dodavatel při plnění veřejné zakázky používat, potažmo dispozice s nimi. Uvedené ustanovení nedává možnost vymínit si, aby přímo vybraný dodavatel obecně při plnění veřejné zakázky, příp. konkrétně při plnění významné činnosti vyhrazené vybranému dodavateli disponoval určenými „věcmi“ (měl tyto věci zajištěny vlastními „kapacitami“, tj. aby byl jejich vlastníkem).
123. Pro posouzení přípustnosti prokazování kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby nelze vycházet pouze z toho, že věc, kterou má dodavatel disponovat při plnění veřejné zakázky, souvisí s významnou činností vyhrazenou vybranému dodavateli, tedy z toho, že se jedná o věc sloužící (používanou) k výkonu dané významné činnosti. Pro posouzení této otázky je třeba zohlednit charakter předmětného kritéria a smysl jeho prokazování.
124. Kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona se vztahuje na věci (určité vybavení), které bude mít dodavatel při plnění veřejné zakázky k dispozici. Netýká se tak přímo samotného plnění ve smyslu realizace činností při plnění veřejné zakázky (používání těchto věcí), nýbrž pouze dispozice s požadovanými věcmi jako s určitým materiálně technickým předpokladem k plnění těchto činností. Je proto třeba mít na zřeteli, že ačkoli věci, které má mít dodavatel dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona při plnění veřejné zakázky k dispozici, budou sloužit k činnostem vykonávaným při plnění veřejné zakázky, smyslem prokazování předmětného technického kvalifikačního kritéria je toliko prokázání skutečnosti, že dodavatel disponuje, resp. bude disponovat požadovanými věcmi při plnění veřejné

³ V souvislosti s vyloučením možnosti prokazovat splnění kritéria technické kvalifikace spočívajícího v předkládání tzv. referencí prostřednictvím jiné osoby lze odkázat například na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S772/2014/VZ-6408/2014/511/ABr ze dne 25. 3. 2014, ve kterém Úřad, byť ve vztahu k právní úpravě obsažené v ZVZ, konstatoval mj.: „Úřad má za to, že by bylo proti účelu zákona, pokud by dodavatel mohl prokazovat kvalifikaci subdodavatelem v té části, ve které by subdodavatel zakázku stejně plnit nemohl.“ Dále lze odkázat na rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASH ze dne 9. 10. 2012, které bylo potvrzeno rozhodnutím předsedy Úřadu č. j. ÚOHS-R297/2012/VZ-13367/2013/310/MMI ze dne 16. 7. 2013.

zakázky. Předmětné kritérium tedy vůbec nesleduje prokázání toho, že zadavatel je schopen tyto věci používat, čili že umí s těmito věcmi vykonávat činnosti (třeba i ty vyhrazené vybranému dodavateli) při plnění veřejné zakázky. Z hlediska samotného plnění ve smyslu plnění (realizace) určité činnosti, tj. používání těchto věcí, a pro prokázání této schopnosti je předmětné kritérium (a tedy i způsob jeho prokazování) irelevantní, a to i v případě, že by tyto věci měly být používány k plnění významné činnosti vyhrazené vybranému dodavateli dle § 105 odst. 2 zákona. O schopnosti dodavatele realizovat určitou činnost (logicky s využitím potřebného vybavení) a dosáhnout touto činností určitého požadovaného výsledku může vypovídat například již shora zmíněné kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) a b) zákona (tzv. reference), nikoli však kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona.

125. Smysl prokazování kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona, tj. prokázání skutečnosti, že dodavatel bude při plnění veřejné zakázky disponovat požadovanými věcmi, je naplněn jak v případě, že je dané kritérium prokazováno samotným dodavatelem (dodavatel bude disponovat vlastními věcmi), tak v případě, že je prokazováno prostřednictvím jiné osoby (dodavateli potřebné věci poskytne jiná osoba), přičemž uvedené platí bez ohledu na to, zda věci, kterých se předmětné kritérium týká, bude k plnění veřejné zakázky používat sám dodavatel či jiná osoba (poddodavatel). Rozhodující je zde skutečnost, že dodavatel bude mít potřebné věci při plnění veřejné zakázky k dispozici.
126. Vzhledem k tomu, že se předmětným kritériem prokazuje pouze dispozice věcmi, nikoli způsobilost (schopnost) k samotnému plnění (používání těchto věcí), nemá pro naplnění smyslu prokazování tohoto kritéria význam, zda bude činnosti, při kterých budou tyto věci použity, plnit sám dodavatel či jiná osoba (poddodavatel).
127. Skutečnost, že určitou činnost při plnění veřejné zakázky bude plnit dodavatel sám, neznamená, že by dodavatel musel k plnění této činnosti disponovat vlastními věcmi a prokazovat dispozici s nimi sám, resp. že by nebyl oprávněn prokázat dispozici těmito věcmi prostřednictvím jiné osoby.
128. Není logický důvod pro to, aby tomu bylo jinak, tj. aby prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby nebylo přípustné v případě, že požadované věci bude používat vybraný dodavatel k plnění významné činnosti vyhrazené zadavatelem dle § 105 odst. 2 zákona pro plnění přímo vybraným dodavatelem. Skutečnost, že tuto činnost nebude vybraný dodavatel plnit sám o své vůli, nýbrž v důsledku požadavku zadavatele dle § 105 odst. 2 zákona, na tom nic nemění. Smysl prokazování předmětného kritéria technické kvalifikace (prokázání dispozice požadovanými věcmi) bude i v takovém případě naplněn prokázáním prostřednictvím jiné osoby, stejně jako by byl naplněn, kdyby dodavatel toto kritérium prokazoval sám. Používat požadované věci pak při plnění významné činnosti vyhrazené přímo vybranému dodavateli může pochopitelně (v souladu s výhradou) pouze sám dodavatel. Jestli však používá věci vlastní, nebo věci cizí (např. pronajaté), je ve vztahu k výhradě dle § 105 odst. 2 irelevantní.
129. Jak již Úřad naznačil výše, ze samotné skutečnosti, že dodavateli potřebné věci poskytne jiná osoba (tj. dodavatel bude prokazovat dispozici požadovanými věcmi prostřednictvím jiné osoby, namísto toho aby dodavatel disponoval vlastními věcmi a dispozici s nimi prokazoval sám) nelze bez dalšího vyvozovat nějaký dopad na samotné plnění, resp. na způsobilost

(schopnost) dodavatele k samotnému plnění veřejné zakázky, resp. na činnosti, při kterém budou tyto věci použity.

130. Stanovením požadavku na výkon určitých významných činností přímo vybraným dodavatelem se z věcí, které budou používány k plnění těchto významných činností, ani nestávají jakési „významné věci“, kterými by vybraný dodavatel musel z tohoto důvodu – na rozdíl od jiných věcí používaných při plnění veřejné zakázky – disponovat sám a rovněž sám případně prokazovat splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona týkajícího se těchto věcí.
131. Pokud tedy zadavatel ve smyslu § 105 odst. 2 zákona vyhradí plnění významných činností vybranému dodavateli, dodavatel sice nemůže prokazovat například způsobilost (schopnost) plnit tuto vyhrazenou činnost v rámci kritéria kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona prostřednictvím jiné osoby, nicméně možnost prokazovat dispozici věcí (určitým vybavením) sloužící (používanou) k plnění dané významné činnosti v rámci kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby je dodavateli zachována.
132. Výklad zákona v tom smyslu, že by z možnosti prokazování kvalifikace prostřednictvím jiných osob bylo vyjmuto kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona v situaci popsané shora (prokazování dispozice věcmi k plnění významných vyhrazených činností) by byl neracionální, odporoval by charakteru a smyslu prokazování předmětného kritéria technické kvalifikace a ve svém důsledku by mohl omezit hospodářskou soutěž o veřejné zakázky tím, že by bezdůvodně nutil dodavatele k zajištění zadavatelem stanovovaných věcí k plnění veřejných zakázek vlastními kapacitami.
133. Pokud jde o rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S772/2014/VZ-6408/2014/511/ABr ze dne 25. 3. 2014 a rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S631/2011/VZ-3443/2012/510/ASh ze dne 9. 10. 2012, na která navrhovatel odkazuje v návrhu, Úřad se v těchto případech nezabýval otázkou přípustnosti prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby, resp. obdobného kritéria dle ZVZ prostřednictvím subdodavatele.
134. Pokud jde o rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S0342/2018/VZ-18305/2019/513/EPi ze dne 1. 7. 2020, na které navrhovatel odkazuje ve vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 21. 10. 2020, Úřad se v tomto případě vůbec nezabýval otázkou přípustnosti prokazování splnění kritéria technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby.
135. Úřad tedy konstatuje, že skutečnost, že při plnění činností vyhrazených dodavateli budou používány věci, jejichž dispozici má dodavatel prokázat, bez dalšího nezbavuje dodavatele možnosti prokázat dispozici těmito věcmi prostřednictvím jiných osob.
136. V šetřeném případě zadavatel využil možnosti vyhradit významnou činnost při plnění veřejné zakázky pro plnění přímo vybraným dodavatelem, když v čl. 18. 7 zadávací dokumentace dle § 105 odst. 2 zákona stanovil, že určité významné činnosti při plnění veřejné zakázky – konkrétní vybrané způsoby vodorovného dopravního značení bude dodavatel provádět sám, tj. nikoli prostřednictvím poddodavatele (viz bod 94 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
137. V čl. 4.5. zadávací dokumentace zadavatel stanovil v rámci kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona požadavek, aby dodavatel měl k dispozici při plnění veřejné

zakázky určité technické vybavení v podobě blíže specifikovaných značkových strojů (viz body 90 a 91 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

138. Předmětné značkové stroje souvisejí s prováděním vodorovného dopravního značení, tedy s činností, kterou zadavatel vyhradil dle § 105 odst. 2 zákona pro plnění přímo vybraným dodavatelem.
139. Jak plyne z předloženého čestného prohlášení o technickém vybavení a ze smlouvy o poskytnutí technického vybavení, vybraný dodavatel prokazoval splnění předmětného kritéria technické kvalifikace, tj. dispozici předmětnými značkovacími stroji, prostřednictvím jiné osoby (viz body 98 až 102 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
140. Vzhledem k výše uvedenému závěru Úřadu o přípustnosti prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby v případě prokazování dispozice věcí (určitým vybavením) sloužící (používanou) k plnění významné činnosti vyhrazené pro plnění přímo vybraným dodavatelem, Úřad konstatuje, že vybraný dodavatel byl v šetřeném případě oprávněn prokazovat prostřednictvím jiné osoby splnění předmětného kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona stanoveného v 4.5. zadávací dokumentace.
141. Pokud jde o zadávací podmínku stanovenou zadavatelem v čl. 5.4.4. zadávací dokumentace, podle které *„[v]ztahuje-li se určité kritérium technické kvalifikace ke konkrétní části veřejné zakázky, ve vztahu ke které si zadavatel vyhradil, že nemůže být plněna prostřednictvím poddodavatele, nelze toto kritérium prokázat prostřednictvím jiné osoby dle výše uvedeného“*, Úřad uvádí, že k nazírání na uvedenou zadávací podmínku je třeba přistupovat racionálně s ohledem na smysl a účel příslušných ustanovení zákona, resp. institutů v něm zakotvených, čili v kontextu závěrů, které o možnosti poddodavatelského prokazování splnění předmětného kritéria technické kvalifikace z hlediska zákonné úpravy učinil Úřad shora. Při takovém přístupu nelze dle Úřadu uvedenou zadávací podmínku vykládat formalisticky tak, že by zapovídala možnost prokazování splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiných osob v situaci, kdy má dodavatel prokázat dispozici věcmi k plnění významných vyhrazených činností. Předmětná zadávací podmínka tedy nic nemění na závěru, že vybraný dodavatel byl v šetřeném případě oprávněn prokazovat prostřednictvím jiné osoby splnění předmětného kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona stanoveného v 4.5. zadávací dokumentace.
142. Jak již bylo uvedeno výše, vybraný dodavatel předložil ve své nabídce čestné prohlášení a smlouvu o poskytnutí technického vybavení, z nichž vyplývá, že kritérium technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona je prokazováno prostřednictvím jiné osoby (poddodavatele). Úřad si položil otázku, co přesně (materiálně) vybraný dodavatel uvedenými dokumenty prokazuje. Z čestného prohlášení a smlouvy o poskytnutí technického vybavení vyplývá, že ačkoliv je čistě formálně předmětné technické kritérium prokazováno prostřednictvím poddodavatele, bude to právě vybraný dodavatel, kdo bude v době plnění disponovat požadovaným technickým vybavením. V daném případě tak vybraný dodavatel mohl v souvislosti s kritériem technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona v čestném prohlášení ve sloupci nadepsaném „Vlastní nebo najaté (smluvně zajištěné) V/N“ uvést, že technické vybavení bude najaté, resp. smluvně zajištěné, neboť z nabídky vybraného dodavatele neplyne, že by neměl v úmyslu plnit sám významné činnosti vyhrazené pro plnění

vybraným dodavatelem s využitím značkových strojů, ve vztahu k nimž prokazoval dispozici. Vybraný dodavatel prokázal, že těmito značkovacími stroji bude disponovat, ve vztahu k významným činnostem vyhrazeným dodavateli vybraný dodavatel neuvádí poddodavatele a plnění těchto činností ze strany poddodavatele (jehož prostřednictvím vybraný dodavatel prokazoval dispozici značkovacími stroji) je ze smlouvy o poskytnutí technického vybavení výslovně vyňato (viz body 98 až 102 a 106 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

143. Akceptaci prokázání splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona stanoveného v 4.5. zadávací dokumentace učiněného v případě vybraného dodavatele prostřednictvím jiné osoby nelze s ohledem na shora uvedené považovat za postup zadavatele rozporný se zákonem a se zadávacími podmínkami (zejména pak s pravidly stanovenými čl. 5.4.4. zadávací dokumentace). Úřad tedy neshledal, že by zadavatel tímto postupem nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, potažmo neshledal nezákonnost výběru, resp. neshledal nezákonnost v tom, že zadavatel nevyloučil vybraného dodavatele z navrhovatelem namítaného důvodu.

K předloženému čestnému prohlášení o technickém vybavení

144. Úřad se dále zabýval v návrhu namítanou skutečností, že zadavatel – dle navrhovatele v rozporu se zadávacími podmínkami – akceptoval v případě vybraného dodavatele pro prokázání splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona čestné prohlášení dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (formulář 2.2.3.), které nevyhotovil (nepodepsal) sám vybraný dodavatel jako účastník zadávacího řízení, nýbrž společnost Brněnské komunikace a. s.
145. Úřad v této souvislosti předně uvádí, že vůbec zvažoval, zda navrhovatel tuto skutečnost namítal v námitkách ze dne 29. 7. 2020. Pokud by tomu tak nebylo, musel by Úřad s ohledem na ust. § 257 písm. h) zákona řízení v této části zastavit, neboť podání řádných a včasných námitek je podmínkou pro meritorní projednání návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele.
146. Úřad uvádí, že přezkoumal kompletní obsah námitek ze dne 29. 7. 2020⁴ a shledal, že podstata námitek se vztahuje k rozhodnutí o výběru dodavatele, konkrétně pak k tomu, že zadavatel vzal v případě vybraného dodavatele za prokázané splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona stanoveného v článku 4.5 zadávací dokumentace, ačkoliv jeho splnění vybraný dodavatel prokazoval – dle navrhovatele v rozporu se zákonem a zadávacími podmínkami – prostřednictvím jiné osoby (poddodavatele), a dále k postupu zadavatele v souvislosti s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny v případě nabídky vybraného dodavatele.
147. K odkazu navrhovatele na bod č. 6 námitek, ve kterém měl namítat, že pochybením zadavatele byla rovněž ta skutečnost, že akceptoval čestné prohlášení vyhotovené společností Brněnské komunikace a. s., ačkoliv dle zadávacích podmínek mělo být toto čestné prohlášení vyhotoveno vybraným dodavatelem, Úřad uvádí, že dle obsahu tohoto bodu námitek (zejména odkazy na čl. 5.4.4. a 18.7. zadávací dokumentace – viz k tomu bod

⁴ Úřad vycházel z uvedených námitek, neboť z předložené dokumentace o zadávacím řízení nevyplývá (a navrhovatel to ani netvrdí), že by v průběhu zadávacího řízení na veřejnou zakázku před podáním návrhu k Úřadu doručil navrhovatel zadavateli i jiné námítky.

107 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a dle kontextu, ve kterém byl v námitkách uveden [v souvislosti s tvrzenou nepřipustností prokazování kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby] tvrzení uvedená v tomto bodu námitek míří primárně právě na nepřipustnost prokazování předmětného kritéria technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, v šetřeném případě konkrétně prostřednictvím společnosti Brněnské komunikace a.s., kterou se Úřad zabýval výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí. Úřad nepřehlídí pasáže bodu 6 cit. námitek, ve kterých navrhovatel uvádí nejprve, že „[z]adavatel v případě kvalifikačního požadavku dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ (čl. 4.5. zadávací dokumentace) požaduje, aby dispozici s požadovanými značkovacími stroji prokázal právě uchazeč (dodavatel), (...)“ a následně navrhovatel uzavírá, že „[p]ředložením čestného prohlášení společnosti Brněnské komunikace a.s. o technickém vybavení tedy vítězný uchazeč neprokázal splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) ZZVZ a nesplnil tak podmínky dle čl. 4.5. zadávací dokumentace.“ Pokud však navrhovatel měl v úmyslu v uvedeném bodu námitek ze dne 29. 7. 2020 namítat nedostatky samotného čestného prohlášení, resp. tu skutečnost, že mělo být předloženo čestné prohlášení vybraného dodavatele a nikoliv čestné prohlášení jiné osoby, dle Úřadu tak učinil nepřehledně a zmatečně. Úřad považuje obsah námitek, zejména jeho bod č. 6 za hraniční pro posouzení, zda předmětná námitka v námitkách ze dne 29. 7. 2020 obsažena byla, či nikoli, a tedy i pro posouzení naplnění podmínek pro zastavení řízení dle § 257 písm. h) zákona. Přes právě uvedené však Úřad uvádí, že lze – s jistou mírou tolerance – namítanou skutečnost zahrnout pod podstatu námítky týkající se oprávnění vybraného dodavatele prokazovat splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona prostřednictvím jiné osoby, neboť obě uvedené skutečnosti úzce souvisí s otázkou, zda vybraný dodavatel prokázal splnění předmětného kritéria. Opačný závěr by byl dle názoru Úřadu projevem přepjatého formalismu. Úřad se proto zabýval i touto skutečností.

148. Úřad konstatuje, že skutečnost, že vybraný dodavatel pro prokázání splnění kritéria technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. j) zákona předložil čestné prohlášení dle článku 4.5.2. zadávací dokumentace (tj. formulář 2.2.3.), které vyhotovila (podepsala) společnost Brněnské komunikace a. s., nikoli sám vybraný dodavatel jako účastník zadávacího řízení (jak by odpovídalo formulaci čestného prohlášení, tj. formuláři 2.2.3. poskytnutého zadavatelem a čl. 4.5.1. zadávací dokumentace, kde je uvedeno „[d]odavatel ve formuláři č. 2.2.3. uvede požadované údaje {...}“), nemá žádný negativní vliv na samotné prokázání skutečnosti, že vybraný dodavatel bude pro účely plnění veřejné zakázky disponovat značkovacími stroji, které zadavatel specifikoval v čl. 4.5.2 zadávací dokumentace. Skutečnost, že těmito značkovacími stroji bude pro účely plnění veřejné zakázky vybraný dodavatel disponovat (neboť mu je poskytné právě společnost Brněnské komunikace a.s.), plyne ze smlouvy o poskytnutí technického vybavení uzavřené mezi vybraným dodavatelem a právě společností Brněnské komunikace a.s., kterou vybraný dodavatel předložil v nabídce. O tom, že vybraný dodavatel prostřednictvím dokumentů, které učinil součástí své nabídky, prokázal dispozici předmětnými značkovacími stroji, tak nemůže existovat jakákoli relevantní a reálná pochybnost. Neexistuje proto žádný důvod, pro který by měl Úřad v této souvislosti přistoupit k uložení jakéhokoli nápravného opatření; hypotéza § 263 odst. 2 zákona by nemohla být (minimálně z hlediska alespoň potenciálního vlivu na výběr) nikdy naplněna.

Shrnutí

149. S ohledem na výše uvedené Úřad uzavírá, že po přezkoumání všech rozhodných skutečností dospěl k závěru, že nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad proto rozhodl tak, jak je uvedeno ve výroku tohoto rozhodnutí, tj. návrh navrhovatele zamítl.

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 má 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

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží:

1. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha-Nusle
2. Mgr. Lucie Oršulová, advokátka, Lazarská 13/8, 120 00 Praha 2
3. ZNAKOM s.r.o., Zengrova 2694/4, Židenice, 615 00 Brno

Vypraveno dne

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