

Č. j.: R080/2007/02-09824/2007/310-Hr

V Brně dne 21. května 2007

Ve správním řízení o rozkladu podaném dne 5.3.2007 společností

- **VHS Břeclav, s. r. o., se sídlem Fügnerova 1161/1, 690 40 Břeclav**, zast. jednatelem Ing. Lubošem Kuchynkou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 21.11.2006 advokátkou JUDr. Radkou Buzrlovou, se sídlem Záhumní 439, 691 01 Moravský Žižkov,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.2.2007 č. j. S340/2006-02628/2007/520-AB, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele, společnosti

- **Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav**, zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Parolkem a místopředsedou představenstva Ing. Lubošem Kuchynkou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.4.2006 společností S-Invest CZ s. r. o., IČ 25526171, se sídlem Obilní trh 11, 602 00 Brno, zast. jednatelkou Ing. Eliškou Kudělkovou,

učiněných při zadání veřejné zakázky „**Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje – část A**“, formou otevřeného řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, jehož oznámení bylo uveřejněno na centrální adrese dne 23.6.2006 pod ev. č. 50020369 a v Úředním věstníku EU dne 27.6.2006 pod č. 2006/S119-126700, ve kterém jsou dalšími účastníky správního řízení společnosti

- **D. I. S., spol. s r. o., se sídlem Křížíkova 2960/72, 612 00 Brno**, zast. jednatelem Ing. Richardem Langem, a
- **Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking, Rakousko**, zast. jednatelem Alfredem Angerlehnerem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 17.10.2006 společností D. I. S., spol. s r. o., Brno,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění zákona č. 413/2005 Sb., na základě návrhu rozkladové komise, ustavené podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 12.2.2007 č. j. S340/2006-02628/2007/520-AB

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

a podaný rozklad

## **z a m í t á m.**

## **O d ů v o d n ě n í**

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

1. Vodovody a kanalizace Břeclav, a. s., IČ 49455168, se sídlem Čechova 23, 690 11 Břeclav, zast. předsedou představenstva Ing. Jaroslavem Parolkem a místopředsedou představenstva Ing. Lubošem Kuchynkou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 11.4.2006 společností S-Invest CZ s. r. o., IČ 25526171, se sídlem Obilní trh 11, 602 00 Brno, zast. jednatelkou Ing. Eliškou Kudělkovou (dále jen „zadavatel“), zadal formou otevřeného nadlimitního řízení podle zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), jehož oznámení bylo uveřejněno dne 23.6.2006 na centrální adrese pod ev. č. 50020369 a dne 27.6.2006 v Úředním věstníku EU pod č. 2006/S119-126700, veřejnou zakázku „Břeclavsko – rekonstrukce a výstavba vodohospodářské infrastruktury v povodí řeky Dyje – část A“.
2. Dne 13.10.2006 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“), podnět s upozorněním na neprokázání oprávnění k podnikání k projektové činnosti ve výstavbě a výkonu zeměměřičských činností jedním z uchazečů. Úřad si od zadavatele vyžádal dokumentaci o zadání předmětné veřejné zakázky a protože po jejím přezkoumání získal pochybnosti o správnosti úkonů zadavatele, učiněných při zadávání předmětné veřejné zakázky, zahájil ve věci správní řízení z vlastního podnětu, ve kterém jako účastníky správního řízení označil zadavatele a uchazeče VHS Břeclav, s. r. o., se sídlem Fügnerova 1161/1, 690 40 Břeclav, zast. jednatelem Ing. Lubošem Kuchynkou, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 21.11.2006 advokátkou JUDr. Radkou Buzrlovou, se sídlem Záhumní 439, 691 01 Moravský Žižkov (dále jen „uchazeč VHS Břeclav“), kterému byla přidělena veřejná zakázka. Správní řízení bylo zahájeno dne 27.11.2006.
3. Dne 16.11.2006 Úřad rozhodnutím č. j. VZ/S340/2006-20333/2006/520-AB uložil zadavateli jako předběžné opatření zákaz uzavřít smlouvu v šetřeném zadávacím řízení.
4. Usnesením ze dne 18.12.2006 č. j. S340/2006-22263/2006/520-AB pak Úřad přibral jako účastníka správního řízení rovněž společnosti D. I. S., spol. s r. o., se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, zast. jednatelem Ing. Richardem Langem, a Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055

Pucking, Rakousko, zast. jednatelem Alfredem Angerlehnerem, ve správním řízení zast. na základě plné moci ze dne 17.10.2006 společností D. I. S., spol. s r. o., Brno (dále jen „uchazeč D. I. S.“), neboť se jednalo o osoby, které mohly být přímo dotčeny rozhodnutím Úřadu ve věci.

### **Napadené rozhodnutí**

5. Po přezkoumání všech rozhodných skutečností vydal Úřad dne 12.2.2007 rozhodnutí č. j. S340/2006-02628/2007/520-AB, kterým v části I. výroku konstatoval, že zadavatel při zadávání veřejné zakázky nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 zákona, když nevyločil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, přestože tento uchazeč neprokázal splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, když nepředložil své oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, přičemž tento úkon zadavatele podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek. V části II. výroku pak Úřad uložil zadavateli ve smyslu § 101 odst. 1 zákona jako opatření k nápravě povinnost zrušit rozhodnutí o přidělení předmětné veřejné zakázky a provést nové posouzení a hodnocení nabídek, a to ve lhůtě do jednoho měsíce od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí. V části III. výroku napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli uhradit náklady řízení ve výši paušální částky 1 000,- Kč.
6. V odůvodnění svého rozhodnutí Úřad uvádí, že zadavatel v oznámení otevřeného zadávacího řízení v bodě 5.5 blíže charakterizoval předmět veřejné zakázky tak, že se jedná o rekonstrukci a výstavbu vodohospodářské infrastruktury na Břeclavsku: Část A – Břeclav – ČOV a kanalizace, Podivín – ČOV a kanalizace + opční právo. Dle bodu 13.2. Svazku 1 zadávací dokumentace měl uchazeč prokázat oprávnění k podnikání pro celý předmět plnění veřejné zakázky doložením stejnopisu nebo úředně ověřené kopie příslušného dokladu o oprávnění k podnikání s tím, že pokud podává nabídku více dodavatelů společně, musí prokázat oprávnění k podnikání alespoň jeden z nich. Z vymezené charakteristiky předmětu veřejné zakázky považuje Úřad za prokázané, že na plnění celého předmětu této veřejné zakázky je nutné, aby uchazeč ve své nabídce v souladu s § 30 odst. 2 písm. c) zákona prokázal oprávnění k podnikání i v oblasti zeměměřičských činností. K prokázání skutečnosti, že předmětem veřejné zakázky jsou činnosti vyžadující živnostenské oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, odkazuje Úřad na stanovisko Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního ze dne 29.1.2007. Nabídka společnosti VHS Břeclav oprávnění k podnikání týkající se provádění zeměměřičských činností neobsahuje, v nabídce jsou v rámci předpokládaných subdodávek ve Formuláři 6.5 uvedeni mimo jiné subdodavatelé AQUA PROCON, s. r. o., Brno, s živnostenským oprávněním na Projektovou činnost ve výstavbě a CZK, s. r. o., Brno, s živnostenským oprávněním na Výkon zeměměřičských činností. Nejedná se však o společné dodavatele ve smyslu § 30 odst. 5 zákona.
7. Z protokolu ze 3. jednání hodnotící komise a zprávy o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 24.8.2006 vyplývá, že hodnotící komise rozhodla, že jsou všechny nabídky úplné a nadále je bude všechny hodnotit. Úřad konstatoval, že zadavatel nesplnil povinnost stanovenou v § 39 odst. 2 zákona, když nevyločil z další účasti v zadávacím řízení uchazeče VHS Břeclav, přestože nabídka tohoto uchazeče nebyla v souladu se zadávacími podmínkami, protože neobsahovala doklad o splnění kvalifikace prokázání požadovaného oprávnění k podnikání. Postup zadavatele, kterým zadavatel nerozhodl o vyloučení uchazeče VHS Břeclav, pak dle názoru Úřadu podstatně ovlivnil stanovení pořadí úspěšnosti nabídek, neboť se nabídka tohoto uchazeče umístila jako první

v pořadí. Úřad proto uložil zadavateli jako opatření k nápravě povinnost zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky a v návaznosti na tuto skutečnost pak provedení nového posouzení a hodnocení nabídek.

8. Úřad v rámci předmětného správního řízení rovněž zkoumal splnění kvalifikačních předpokladů podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, tedy předložení oprávnění k provádění zeměměřičských činností, rovněž u uchazeče D. I. S., avšak zjistil, že tento uchazeč řádně prokázal oprávnění k podnikání k celému předmětu plnění veřejné zakázky, a proto Úřad v této souvislosti nekonstatoval pochybení na straně zadavatele.

## II. Námitky rozkladu

9. Proti rozhodnutí Úřadu podal uchazeč VHS Břeclav dne 5.3.2007 rozklad. Nesouhlasí s jeho tvrzením, že není zákonnou povinností zadavatele vymezovat, která oprávnění k podnikání budou ke konkrétnímu předmětu veřejné zakázky potřebná, protože taková úvaha je na uchazečích a uvádí, že povinností zadavatele v rámci zásady transparentnosti zadávacího řízení je jasně a jednoznačně vymezit doklady, kterými má každý dodavatel prokázat svoji kvalifikaci. Každý dodavatel by měl dle názoru uchazeče VHS Břeclav již z oznámení zadávacího řízení poznat, je-li kvalifikovaným dodavatelem či nikoliv, protože v opačném případě by si zbytečně vyžadoval zadávací či kvalifikační dokumentaci, aby následně zjistil, že kvalifikaci nesplňuje a nákladnou dokumentaci odložil jako nepotřebnou. Takový postup považuje uchazeč VHS Břeclav za netransparentní a za rozpor s ustanovením § 30 odst. 3 zákona, podle kterého požadavky na kvalifikaci včetně dokladů požadovaných k jejich prokázání uvede zadavatel v oznámení zadávacího řízení. Leží-li tedy příčina domnělého nesplnění kvalifikace na straně zadavatele, nemůže být uchazeč za chybu zadavatele vyloučen.
10. Uchazeč VHS Břeclav prokázal, že pro celý rozsah veřejné zakázky je dostatečně kvalifikován sám a pro velmi malý rozsah veřejné zakázky pak prostřednictvím svého subdodavatele. Uchazeč si vědom zákonné konstrukce, která takovou formu prokázání kvalifikace výslovně neuváděla, ale uvádí, že v době podání nabídek byl již publikován zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách s účinností od 1.7.2006, který na základě vývoje právního názoru takový postup umožňuje. Dle názoru uchazeče není možné posuzovat celý případ pouze z pohledu příslušného právního předpisu, ale je nutné přihlídnout i k vývoji práva, které odstraňuje nedostatky původního předpisu. Právní úprava účinná v době zadání veřejné zakázky, zákon č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, je dle názoru uchazeče VHS Břeclav v rozporu se zásadou poctivého obchodního styku, když nutí dodavatele, jehož podíl na plnění veřejné zakázky činí 0,05 %, aby ručil společně a nerozdílně za splnění celé veřejné zakázky. Úřad k vývoji právního názoru v napadeném rozhodnutí podle uchazeče již přihlédl, když konstatuje, že uchazeč měl předložit oprávnění k podnikání pro celý rozsah veřejné zakázky, ačkoliv takové ustanovení v zákoně není a je obsaženo až v zákoně č. 137/2006 Sb.
11. Uchazeč odkazuje rovněž na smysl zákonných ustanovení o kvalifikaci, kterým je potřeba zabezpečit, aby veřejnou zakázku nezískal uchazeč, který není způsobilý veřejnou zakázku realizovat, případně uchazeč, který neplní své závazky vůči státu, či uchazeč, který nedisponuje technickými a ekonomickými předpoklady, dávajícími záruku řádného provedení stavby. Všechny tyto skutečnosti pak dle názoru uchazeče VHS Břeclav lze z jím předložených dokladů poměrně jasně a jednoznačně dovodit. Při

posuzování kvalifikace proto nelze vycházet z formalistického posuzování, protože hlavní zásadou pro posuzování je smysl zákona.

12. Zadavatel měl dle mínění uchazeče VHS Břeclav ve formuláři oznámení zadávacího řízení v bodě 7 za povinnost vymezit klasifikaci předmětu veřejné zakázky podle příslušných kódů CPV, tedy že se jedná o provedení stavebních prací, a následně měl zadavatel výslovně uvést, že součástí jsou zeměměřičské činnosti. V rozhodujícím dokumentu pro zadání veřejné zakázky tak zadavatel uvedl výlučně stavební práce a své požadavky upřesnil až v zadávací dokumentaci, čímž je v rozporu se zákonem rozšířil, neboť dle § 30 odst. 3 zákona zadavatel není oprávněn požadovat splnění kvalifikace nad rámec požadavků na splnění kvalifikace stanovených úplným výčtem v oznámení zadávacího řízení. V oznámení je o vypracování projektové dokumentace pouze jediná zmínka v bodě 5.15 nazvaná Dokumentace projektu a realizace, přičemž co je to dokumentace projektu není uchazeči známo. O zeměměřičské činnosti není v oznámení zmínka vůbec. Argumentace napadeného rozhodnutí, že dodavatel musí být dostatečně způsobilý posoudit, jaké doklady pro prokázání oprávnění k podnikání má zadavateli předložit, postrádá dle názoru uchazeče logiku, protože stejně způsobilý musí být zadavatel, aby vymezil již v oznámení všechny doklady, které požaduje. Úřad porušuje zásadu rovného zacházení, když k jednomu účastníkovi správního řízení přistupuje benevolentně a ke druhému velmi přísně.
13. Uchazeč VHS Břeclav uvádí, že ze stanoviska Českého úřadu zeměměřičského vyplývá povinnost uchazečů o veřejnou zakázku předložit pro bezvadné prokázání kvalifikace v souvislosti s výkonem zeměměřičské činnosti rovněž doklad o odborné způsobilosti ve smyslu § 30 odst. 2 písm. d) zákona. Takový požadavek však zadavatel ve svých podmínkách nevymezil a ani Úřad jej v rozhodnutí nijak nepopisuje, z čehož je zřejmé, že jej vůbec nepřezkoumal. Obdobně i pro živnost Projektová činnost. Při rigorózním výkladu zákona by tedy pro prokázání kvalifikace nestačil samotný doklad o oprávnění k podnikání, přičemž pokud Úřad používá takový formální postup, měl by jej použít ve všech souvislostech kvalifikace dodavatelů. Úřad dle názoru uchazeče VHS Břeclav nezkoumal ani podmínku ověření zadavatelem požadovaných geometrických plánů pro uložení věcných břemen fyzickou osobu, která disponuje úředním oprávněním podle § 13 odst. 1 písm. a) zákona o zeměměřičství.
14. Uchazeč VHS Břeclav dále namítá nesprávné vymezení rozsahu kvalifikace zadavatelem a následně Úřadem, když předmětem veřejné zakázky je podle části 3.1. „Společná specifikace“ v zadávací dokumentaci rovněž „náhradní transport odpadních vod a provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích“. Uchazeči tedy byli povinni prokázat oprávnění k podnikání pro náhradní transport odpadních vod, neboť ten podléhá režimu živnosti „Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu“. Ve stejném dokumentu zadavatel vymezil jako předmět veřejné zakázky rovněž archeologický průzkum, který opět zcela jistě není obsahem živnosti „Provádění staveb...“ a musí být prováděn oprávněnou osobou. Předložení příslušných dokladů ostatními uchazeči Úřad nezkoumal, proto má uchazeč VHS Břeclav za to, že Úřad posoudil celý problém pouze z části a ke škodě uchazeče VHS Břeclav.
15. Vzhledem k tomu, že živnost „zeměměřičské činnosti“ právnické osoby nemůže dle stanoviska Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního naplňovat kvalifikaci podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, když pro výsledky zeměměřičských činností je nutno zajistit ověření a toto ověření může dodat pouze fyzická osoba, a tedy pouze

subdodavatelsky, uchazeč VHS Břeclav navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a nařídil nové projednání věci tak, aby byly vzaty v úvahu všechny argumenty uchazeče VHS Břeclav a byla dodržena zásada rovného zacházení se všemi účastníky správního řízení.

### **III. Řízení o rozkladu**

16. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí ustavenou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu napadené rozhodnutí přezkoumal v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
17. Úřad tím, že svým rozhodnutím ze dne 12.2.2007 č. j. S340/2006-02628/2007/520-AB uložil zadavateli na základě zjištěného porušení zákonné povinnosti zrušit rozhodnutí o přidělení veřejné zakázky, rozhodl správně a v souladu se zákonem. Rovněž s odůvodněním napadeného rozhodnutí jsem se v plné míře ztotožnil.

### **IV. K námitkám rozkladu**

#### **Námítka neúplnosti oznámení zadávacího řízení**

18. Uchazeč VHS Břeclav ve svém rozkladu především namítá, že zadavatel v oznámení zadávacího řízení nepopsal celý předmět plnění veřejné zakázky, když se v něm nikde neuvádí jako součást tohoto plnění rovněž zeměměřičské práce. Podrobnou specifikaci předmětu veřejné zakázky v zadávací dokumentaci (včetně zeměměřičských prací) považuje navrhovatel již za nepřípustné rozšíření požadavků zadavatele v rozporu s § 30 odst. 3 zákona.
19. K tomu uvádím, že zadavatel řádně a v souladu se zákonem uvedl v bodě 9.1 oznámení zadávacího řízení požadavek na prokázání kvalifikace mimo jiné i podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, tj. prokázání oprávnění k podnikání, včetně předložení výpisu z obchodního rejstříku, či jiné evidence ne starší než 90 dnů, má-li v ní být uchazeč nebo zájemce zapsán podle zvláštních právních předpisů. Zadavatel tím naplnil požadavek ustanovení § 30 odst. 3 zákona. Není povinností zadavatele, jak dovozuje uchazeč VHS Břeclav, specifikovat v oznámení zadávacího řízení předmět veřejné zakázky ve všech jeho podrobnostech nezbytných pro zpracování nabídky a ve všech podrobných technických specifikacích, neboť takto podrobný popis předmětu veřejné zakázky musí být v souladu s ustanovením § 48 odst. 1 zákona obsažen až v zadávací dokumentaci. V této souvislosti lze mimo jiné zmínit, že podrobná věcná a technická specifikace předmětu veřejné zakázky již ve formuláři oznámení (zvláště pak u takto složitých a rozsáhlých veřejných zakázek) není ani prakticky možná vzhledem k omezené kapacitě tohoto formuláře, a proto by byl podobný požadavek nejen v rozporu se zákonem, ale rovněž nereálný.
20. Úplnou a konečnou sumu informací nezbytných pro zpracování nabídky tak uchazeč získává až ze souhrnu oznámení zadávacího řízení a zadávací dokumentace, které v tomto smyslu tvoří jediný celek. Na podrobnou věcnou a technickou specifikaci předmětu plnění, která je v zadávací dokumentaci obsažena, proto nelze pohlížet jako na nepřípustné rozšíření tohoto předmětu nad podmínky uvedené v oznámení zadávacího

řízení v rozporu s § 30 odst. 3 zákona, jak to prezentuje uchazeč VHS Břeclav, přičemž uvedené se týká i specifikace všech oprávnění k podnikání, která jsou k realizaci předmětu veřejné zakázky nezbytná. Proto pokud se uchazeč VHS Břeclav domnívá, že již z oznámení zadávacího řízení mu mělo být zřejmé, že není kvalifikovaným dodavatelem, nemá tento názor oporu v zákoně, a to z důvodů výše uvedených. Náklad na pořízení jednoho vyhotovení zadávací dokumentace, který musí uchazeč uhradit při jejím převzetí a který se posléze může ukázat jako zbytečný, když se uchazeč po detailním prostudování této dokumentace rozhodne (ať už z jakýchkoliv důvodů) nabídku nepodat, je potřeba v této souvislosti chápat jako nezbytné podnikatelské riziko, které je spojeno se snahou uchazeče získat takto rozsáhlou veřejnou zakázku, ale nelze jej považovat za rozpor se zákonem, či dokonce formu diskriminace některého z uchazečů o veřejnou zakázku.

21. K námitce uchazeče VHS Břeclav, že zadavatel nesprávně vymezil klasifikaci zakázky, když v oznámení zadávacího řízení v bodě 7 vymezil klasifikaci předmětu veřejné zakázky pouze příslušným kódem CPV stavebních prací a neuvedl, že součástí předmětu plnění jsou rovněž zeměměřičské činnosti, uvádím, že kód zeměměřičských činností by byl zadavatel povinen uvést tehdy, jestliže by se jednalo o veřejnou zakázku na výlučně zeměměřičské činnosti. V případě složitých veřejných zakázek, jakými stavební zakázky bezesporu jsou, není technicky možné v oznámení o zadání veřejné zakázky postihnout veškeré dílčí složky předmětu plnění. CPV kódy slouží pouze k orientačnímu vymezení předmětu veřejné zakázky, přičemž k podrobnému popisu celého předmětu plnění slouží právě zadávací dokumentace, jak již bylo uvedeno výše.

#### **Uvedení konkrétních živnostenských oprávnění**

22. K tvrzení uchazeče VHS Břeclav, že zadavatel měl uvést výčet všech živnostenských oprávnění, nutných k provedení konkrétní veřejné zakázky, pak uvádím, že ani tento požadavek ze zákona nikde nevyplývá a z praktického pohledu opět není ani reálný. Jestliže zadavatel určil v zadávací dokumentaci, že dokumentace skutečného provedení musí obsahovat

- u liniových staveb polohové a výškové geodetické zaměření všech sítí, přeložek a přípojek, lomů, armatur před zásypem (na nových i odkrytých stávajících sítích) ve formátu kompatibilním s GIS

- u budov a ostatních objektů polohové a výškové geodetické zaměření všech charakteristických bodů ve formátu kompatibilním s GIS

- v případě liniových staveb pro uložení břemen geodetický oddělovací plán,

pak je nepochybné, že k provedení těchto činností je nutné oprávnění k provádění zeměměřických činností a že právě uchazeč musí z vymezeného rozsahu veřejné zakázky na stavební práce vědět, která konkrétní oprávnění k podnikání má předložit.

23. Pokud by zadavatel vyjmenoval konkrétní živnostenská oprávnění, která mají uchazeči předložit k prokázání splnění kvalifikace podle § 30 odst. 2 písm. c) zákona, pak by se tím mohl dopustit diskriminace některého z dodavatelů, neboť není vyloučeno, že někteří dodavatelé by mohli plnit zadavatelem vymezený předmět plnění veřejné

zakázky i na základě jiných živnostenských listů, než které zadavatel výslovně vyjmenoval v podmínkách zadávacího řízení.

### **Neprokázání oprávnění k podnikání uchazečem VHS Břeclav**

24. K výše uvedenému je však především nutno zdůraznit, že uchazeč VHS Břeclav si byl nutností předložení oprávnění k výkonu zeměměřičských činností plně vědom již ve fázi přípravy nabídky a tuto skutečnost také ve své nabídce zohlednil. Není proto možno dovozovat, že zadavatel tento svůj požadavek neformuloval dostatečně transparentně a že byl uchazeč VHS Břeclav při přípravě své nabídky jakkoliv poškozen či diskriminován. V tomto smyslu lze výše uvedenou argumentaci rozkladu označit za účelovou.
25. Uchazeč VHS Břeclav ve své nabídce předložil oprávnění k výkonu zeměměřičských činností, avšak toto oprávnění se nevztahovalo přímo k jeho osobě ani k osobě případného druhého dodavatele, podávajícího s uchazečem VHS Břeclav společnou nabídku, ale předmětné oprávnění předložil uchazeč VHS Břeclav od „třetích osob“ ve smyslu § 30 odst. 6 zákona. Prokázání splnění kvalifikace podle tohoto ustanovení zákona prostřednictvím třetích osob však zákon výslovně připouští pouze u kvalifikačních předpokladů podle § 30 odst. 2 písm. d) zákona, tedy při prokázání odborné způsobilosti nebo členství v určité profesní organizaci, je-li pro plnění veřejné zakázky vyžadována podle zvláštních právních předpisů. Pokud by zákonodárce zamýšlel připustit tento způsob prokázání kvalifikace rovněž i podle jiného ustanovení zákona, než jenom § 30 odst. 2 písm. d) zákona, pak by tuto okolnost v zákoně výslovně uvedl. Uchazeči jsou povinni prokazovat splnění kvalifikace v souladu se zákonem, a tedy způsobem, který zákon připouští, nikoliv způsobem, který zákon „nezakazuje“. Jakákoliv jiná než zákonem výslovně připuštěná forma prokazování znamená nenaplnění konkrétního ustanovení zákona.
26. Úřad musel při rozhodování o prokázání kvalifikace z hlediska oprávnění k podnikání vycházet z ustanovení zákona č. 40/2004 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, přestože nový zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, má odlišná pravidla pro prokazování splnění kvalifikace a lze podle něho prokázat oprávnění k podnikání pomocí subdodavatele. Podle nového zákona však není možné předmětnou veřejnou zakázku posuzovat. Stejně tak není možné přihlídnout k uchazečem odkazovanému „vývoji právního názoru“, případně k uchazečem dovozovanému smyslu institutu kvalifikace, neboť Úřad je ve správním řízení vázán platnou a účinnou právní úpravou. Formulační protiklad dotčených ustanovení obou právních norem je pak dalším argumentem, který potvrzuje správnost právního výkladu Úřadu, neboť není možné interpretovat dvě diametrálně odlišně formulované právní normy, které se týkají téhož předmětu úpravy, tak, že obě připouštějí totožné vzorce chování.
27. K tvrzení uchazeče VHS Břeclav, že k bezvadnému prokázání kvalifikace je nutné v souvislosti s výkonem zeměměřičských činností rovněž předložení dokladu o odborné způsobilosti ve smyslu § 30 odst. 2 písm. d) zákona pak uvádím, že tento názor nemá opodstatnění v zadávací dokumentaci. Jestliže zadavatel v zadávací dokumentaci požadoval jako součást smlouvy o dílo zeměměřičské činnosti a výslovně nepožadoval ověřování výsledků zeměměřičských činností oprávněným zeměměřičským inženýrem, nebyl Úřad povinen se k oprávnění k ověřování výsledků zeměměřičských činností



vyjadřovat, neboť je na vůli zadavatele, které činnosti a dodávky učiní součástí předmětu plnění ve smlouvě o dílo. Rovněž ze stanoviska Českého úřadu zeměměřičského a katastrálního úřadu ze dne 29.1.2007 vyplývá, že v případě ověřování výsledků zeměměřičských činností oprávněným zeměměřičským inženýrem, se nejedná o živnost ve smyslu zákona č. 455/1991 Sb., o živnostenském podnikání, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „živnostenský zákon“). Jestliže zadavatel ověřování výsledků zeměměřičských činností oprávněným zeměměřičským inženýrem nepožadoval, stačilo uchazečům předložit živnostenské oprávnění k výkonu zeměměřičských činností.

### **Předložení dalšího oprávnění k podnikání – „Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu“**

28. Uchazeč VHS Břeclav v rozkladu rovněž namítá, že Úřad nevzal v potaz všechny vymezené požadavky zadavatele, když nepožadoval pro náhradní transport odpadních vod zhotovitelem díla oprávnění k podnikání „Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu“.
29. K tomu uvádím, že v zadávací dokumentaci stavby, svazek 3.1. „Společné specifikace“, zadavatel v bodě – Náhradní transport odpadních vod a provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích – mimo jiné uvedl, že „Položka zahrnuje náhradní transport odpadních vod pro zajištění provozu kanalizace po dobu rekonstrukce. Dále jsou předmětem položky veškeré náklady na provizorní propoje a čerpání při rekonstrukcích ČOV. Náhradní transport odpadních vod zajistí zhotovitel v součinnosti s provozovatelem kanalizace. Pro zajištění provozu kanalizace během rekonstrukce zhotovitel mimo jiné provede v součinnosti s provozovatelem následující činnosti:
- Převzetí příslušného úseku kanalizace určeného dle harmonogramu postupu výstavby k rekonstrukci k zajištění náhradního transportu splašků od provozovatele včetně podkladů o připojených nemovitostech.
  - Stanovení podmínek a odsouhlasení způsobu zajištění náhradního transportu s provozovatelem.
  - Zajištění součinnosti provozovatele a jeho odborného dohledu nad zabezpečením náhradního transportu po dobu provádění rekonstrukce příslušného úseku kanalizace.
  - Odsouhlasení způsobu ukončení náhradního transportu s provozovatelem.
  - Protokolární předání zrekonstruovaného úseku kanalizace provozovateli do prozatímního provozu včetně dokladů o vodotěsnosti potrubí a geometrického zaměření, toto předání neznamená předání a převzetí díla objednatel, to se řídí ustanoveními smlouvy o dílo.“
30. Dle § 2 živnostenského zákona je živností soustavná činnost provozovaná samostatně, vlastním jménem, na vlastní odpovědnost, za účelem dosažení zisku a za podmínek stanovených tímto zákonem. Dle bodu 66. nařízení vlády č. 469/2000 Sb., kterým se stanoví obsahové náplně jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů, zahrnuje živnost „Provozování vodovodů a kanalizací a úprava a rozvod užitkové vody“ následující: „Souhrn činností, kterými se zajišťuje dodávka pitné vody nebo odvádění a čištění odpadních vod pro veřejnou i neveřejnou potřebu, zejména provozování zařízení pro odběr, úpravu a dopravu pitné vody včetně manipulací, odvádění, čištění a vypouštění odpadních vod, vedení provozní dokumentace, provozní a fakturační měření,

dohled nad provozuschopností vodovodů a kanalizací, příprava podkladů pro výpočet ceny pro vodné a stočné a další související činnosti. Činnosti spojené se sběrem, čištěním a rozvodem užitkové vody. Obsahem živnosti není správa majetku ani rozvoj v oblasti vodovodů a kanalizací.“

31. Předmětem šetřené veřejné zakázky není provozování vodovodů a kanalizací, nýbrž vybudování a rekonstrukce vodovodu, kanalizace a ČOV, kdy dodavatel stavby nevzniká vůči odběratelům právo a povinnost fakturačního měření a přípravy podkladů pro výpočet vodného a stočného. Dodavatel stavby tak nemůže dosáhnout zisku z provozování vodovodu a kanalizace. Není naplněn ani další znak živnosti, a to soustavné provozování kanalizace a vodovodu zhotovitelem díla. Zajišťování náhradního transportu odpadních vod bude probíhat v úzké součinnosti a pod odborným dohledem provozovatele, který zůstává i po dobu rekonstrukce jediným subjektem, z účastníků smlouvy o dílo, oprávněným k provozování vodovodu a kanalizace ve smyslu zákona č. 274/2001 Sb., o vodovodech a kanalizacích, ve znění změn a doplňků.
32. Z uvedeného je tedy zřejmé, že k realizaci veřejné zakázky není nutné oprávnění k podnikání „Provozování vodovodů a kanalizací pro veřejnou potřebu“ a uchazeči proto nebyli povinni toto oprávnění k podnikání prokázat. Argumentace rozkladu je proto v tomto bodě bezpředmětná.

#### **Předložení oprávnění k provádění archeologického průzkumu**

33. Uchazeč VHS Břeclav rovněž vytýká Úřadu, že nezkoumal, zda všichni uchazeči o veřejnou zakázku předložili příslušné doklady k provádění archeologického průzkumu.
34. K tomu uvádím, že zadavatel uvedl v zadávací dokumentaci stavby, svazek 3.1. „Společné specifikace“, v bodě – Zajištění archeologického průzkumu, že „Položka zahrnuje veškeré náklady spojené s provedením archeologického průzkumu ve vazbě na stavební povolení a zákon č. 20/1987 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Dále položka zahrnuje veškeré náklady spojené s provedením archeogeofyzikální prospekce ve vazbě na stavební povolení a zákon č. 20/1987 Sb., ve znění pozdějších předpisů. Zhotovitel zahrne do svých prací náklady spojené s případným požadovaným průzkumem osobou oprávněnou tento průzkum provádět.“
35. Podle § 22 odst. 2 zákona č. 20/1987 Sb., o státní památkové péči, ve znění pozdějších předpisů, má-li se provádět stavební činnost na území s archeologickými nálezy, jsou stavebníci již od doby přípravy stavby povinni tento záměr oznámit Archeologickému ústavu a umožnit jemu nebo oprávněné organizaci provést na dotčeném území záchranný archeologický výzkum. Je-li stavebníkem právnická osoba nebo fyzická osoba, při jejímž podnikání vznikla nutnost záchranného archeologického výzkumu, hradí náklady záchranného archeologického výzkumu tento stavebník; jinak hradí náklady organizace provádějící archeologický výzkum. Obdobně se postupuje, má-li se na takovém území provádět jiná činnost, kterou by mohlo být ohroženo provádění archeologických výzkumů.
36. Z uvedeného vyplývá, že zakázku na zajištění archeologického průzkumu bude uzavírat zadavatel se subjektem oprávněným k provádění archeologických prací. Smlouvu nebude tedy uzavírat vybraný dodavatel a subjekt oprávněný k provádění archeologických prací proto nebude jeho subdodavatelem. Uchazeči však museli do

svých nabídkových cen zahrnout i riziko nákladů, které mohou vzniknout v důsledku případného archeologického výzkumu (prostoje, změna harmonogramu postupu výstavby, součinnost se subjektem oprávněným k provádění archeologických prací atd.). Požadavek na předložení oprávnění k provádění archeologických prací, který dovozuje uchazeč VHS Břeclav, je tak zcela neodůvodněný.

## V. Závěr

37. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval ve věci v souladu se zákonem a správním řádem, když posoudil případ ve všech jeho vzájemných souvislostech a zhodnotil veškeré písemné podklady, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
38. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno napadené rozhodnutí zrušit nebo změnit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

## Poučení

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

Ing. Martin Pecina, MBA  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

### Obdrží:

1. S-Invest CZ s. r. o., se sídlem Obilní trh 11, 602 00 Brno, zast. Ing. Eliškou Kudělkovou
2. D. I. S., spol. s r. o., se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, zast. Ing. Richardem Langem
3. D. I. S., spol. s r. o., se sídlem Křižíkova 2960/72, 612 00 Brno, jako zplnomocněný zástupce společnosti Angerlehner Hoch – und Tiefbau Gesellschaft m. b. H., Obere Landstraße 19, 4055 Pucking, Rakousko
4. JUDr. Radka Buzrllová, advokátka se sídlem Záhumní 439, 691 01 Moravský Žižkov
5. spis.

Vypraveno dne: viz otisk razítka na poštovní obálce