



UOHSX00ED4RW

ÚŘAD PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-S0513/2020/VZ

Brno 25.01.2021

Číslo jednací: ÚOHS-02753/2021/500/Alv

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 3. 12. 2020 na návrh ze dne 2. 12. 2020, jehož účastníky jsou

- zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 9. 12. 2020 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, Černá Pole, 613 00 Brno,
- navrhovatel – společnost „CE Jihlava - obchvat“, jež tvoří subjekty
 - COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9,
 - EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4,které uzavřely dne 12. 6. 2020 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky,
- vybraný dodavatel – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 12. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/602 Jihlava - JV obchvat“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-017190, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2020, dne 26. 6. 2020, dne 10. 7. 2020 a dne 27. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 098-232459, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 115-278343, dne 26. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 122-298574, dne 10. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 132-322661 a dne 29. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 145-356369,

rozhodl takto:

I.

Správní řízení vedené ve věci návrhu navrhovatele – společnost „CE Jihlava - obchvat“, jež tvoří subjekty COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9, a EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, které uzavřely dne 12. 6. 2020 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky – ze dne 2. 12. 2020 na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava – učiněných při zadávání veřejné zakázky „II/602 Jihlava - JV obchvat“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-017190, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2020, dne 26. 6. 2020, dne 10. 7. 2020 a dne 27. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 098-232459, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 115-278343, dne 26. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 122-298574, dne 10. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 132-322661 a dne 29. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 145-356369, **se v části návrhu směřující proti netransparentnosti a zmatečnosti postupu zadavatele** v souvislosti s rozhodnutími zadavatele ze dne 18. 10. 2020 a ze dne 22. 10. 2020 o námitkách jmenovaného navrhovatele ze dne 2. 10. 2020 a ze dne 15. 10. 2020, podle ustanovení § 257 písm. e) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **zastavuje**, neboť předmětná část návrhu nebyla Úřadu a zadavateli doručena ve lhůtě podle § 251 odst. 2 citovaného zákona, tedy nejpozději do 29. 10. 2020.

II.

Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava – nedodržel při zadávání veřejné zakázky „II/602 Jihlava - JV obchvat“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-017190, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2020, dne 26. 6. 2020, dne 10. 7. 2020 a dne 27. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 098-232459, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 115-278343, dne 26. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 122-298574, dne 10. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 132-322661 a dne 29. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 145-356369, pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, když **v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1** zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **oznámil výběr dodavatele** prostřednictvím oznámení o výběru dodavatele ve smyslu § 123 citovaného zákona ze dne 22. 10. 2020, **ačkoliv** po přijetí dokladů dle § 122 odst. 3 citovaného zákona **nemohl mít postaveno najisto, jakým způsobem a zda vůbec vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace**, přičemž i samotné závěry zadavatele zachycené v předmětném oznámení

o výběru dodavatele věrohodným způsobem nezachycují skutečnosti o způsobu prokazování technické kvalifikace vybraným dodavatelem, kdy za takového stavu nelze považovat posouzení splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele ve smyslu § 39 odst. 4 citovaného zákona za transparentní a tedy učiněné v souladu se zákonem, přičemž takový postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

III.

Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatele – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava – uvedeného ve výroku II. tohoto rozhodnutí, **Úřad pro ochranu hospodářské soutěže** podle § 263 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, **ruší rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele** – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, ze dne 20. 10. 2020 **a oznámení o výběru citovaného dodavatele** ze dne 22. 10. 2020 **učiněné v zadávacím řízení na veřejnou zakázku** „II/602 Jihlava - JV obchvat“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-017190, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2020, dne 26. 6. 2020, dne 10. 7. 2020 a dne 27. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 098-232459, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 115-278343, dne 26. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 122-298574, dne 10. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 132-322661 a dne 29. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 145-356369.

IV.

Zadavateli – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava – **se** podle § 263 odst. 8 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, až do pravomocného skončení správního řízení vedeného Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže pod sp. zn. S0513/2020/VZ **ukládá zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku** „II/602 Jihlava - JV obchvat“ zadávanou v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 18. 5. 2020 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 20. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-017190, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2020, dne 26. 6. 2020, dne 10. 7. 2020 a dne 27. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 098-232459, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 115-278343, dne 26. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 122-298574, dne 10. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 132-322661 a dne 29. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 145-356369.

V.

Podle ustanovení § 266 odst. 1 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů, v návaznosti na § 1 vyhlášky č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, **se** zadavateli – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava – **ukládá**

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

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

ODŮVODNĚNÍ

I. ZADÁVACÍ ŘÍZENÍ

1. Zadavatel – Kraj Vysočina, IČO 70890749, se sídlem Žižkova 1882/57, 586 01 Jihlava, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 9. 12. 2020 společností Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., IČO 28360125, se sídlem Helfertova 2040/13, Černá Pole, 613 00 Brno, (dále jen „zadavatel“) – který je veřejným zadavatelem dle § 4 odst. 1 písm. d) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „zákon“), odeslal dne 18. 5. 2020 k uveřejnění ve Věstníku veřejných zakázek oznámení o zahájení zadávacího řízení, čímž bylo podle zákona zahájeno zadávací řízení za účelem zadání veřejné zakázky „II/602 Jihlava - JV obchvat“ v otevřeném řízení, přičemž oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 20. 5. 2020 pod ev. č. Z2020-017190, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 6. 2020, dne 26. 6. 2020, dne 10. 7. 2020 a dne 27. 7. 2020, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 20. 5. 2020 pod ev. č. 2020/S 098-232459, ve znění oprav uveřejněných dne 16. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 115-278343, dne 26. 6. 2020 pod ev. č. 2020/S 122-298574, dne 10. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 132-322661 a dne 29. 7. 2020 pod ev. č. 2020/S 145-356369 (dále jen „veřejná zakázka“).
2. V bodě II.1.4) formuláře „Oznámení o zahájení zadávacího řízení“ zadavatel vymezil předmět veřejné zakázky následovně: *»Předmětem veřejné zakázky je zhotovení stavby „II/602 Jihlava – JV obchvat“. Jedná se o novostavbu jihovýchodního obchvatu Jihlavy, který zahrnuje propojení silnic I/38 (konec stávajícího západního obchvatu Jihlavy), silnice II/405 a silnice I/602.«.*
3. Dne 22. 9. 2020 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele – Metrostav Infrastructure a.s., IČO 24204005, se sídlem Koželužská 2246/5, 180 00 Praha 8, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 11. 12. 2020 Mgr. Tomášem Krutákem, advokátem, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., IČO 29415349, se sídlem Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1 (dále jen „vybraný dodavatel“). Předmětné rozhodnutí o výběru dodavatele následně zadavatel oznámil účastníkům zadávacího řízení oznámením o výběru dodavatele ze dne 22. 9. 2020.
4. Dne 6. 11. 2020 zadavatel obdržel námitky účastníka zadávacího řízení – společnosti „CE Jihlava - obchvat“, jež tvoří subjekty COLAS CZ, a.s., IČO 26177005, se sídlem Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9, a EUROVIA CS, a.s., IČO 45274924, se sídlem U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha 4, které uzavřely dne 12. 6. 2020 smlouvu o sdružení ve společnosti za účelem podání společné nabídky, (dále jen „navrhovatel“) z téhož dne, které směřují proti *„Oznámení o výběru dodavatele, Rozhodnutí o výběru dodavatele, posouzení splnění podmínek účasti Vybraného dodavatele v Zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce Vybraného dodavatele, a všem souvisejícím a následným úkonům Zadavatele“.* Rozhodnutím o námitkách signovaným dne 23. 11. 2020, které bylo navrhovateli doručeno téhož dne (dále jen „rozhodnutí o námitkách“) zadavatel výše uvedené námitky navrhovatele odmítl.
5. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o námitkách za učiněné v souladu se zákonem, podal dne 3. 12. 2020 návrh na zahájení řízení

o přezkoumání úkonů zadavatele k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“).

II. OBSAH NÁVRHU

6. Navrhovatel spatřuje nezákonné jednání zadavatele v nepřezkoumatelném vyřízení námitek navrhovatele v rámci rozhodnutí o námitkách, ve vadném posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, ve vadném posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny (dále jen „MNNC“) v nabídce vybraného dodavatele a dalším netransparentním a zmatečným postupu zadavatele.
7. K domnělému nezákonnému a nepřezkoumatelnému rozhodnutí o námitkách navrhovatel uvedl, že neobsahuje podrobné a srozumitelné vyjádření ke všem skutečnostem uvedeným v námitkách navrhovatele, přičemž dále v podrobnostech uvádí konkrétní výhrady vůči vypořádání námitek navrhovatelem. Odůvodnění navrhovatel označil za povrchní, přičemž zadavatel se nevypořádal s novými námitkami (neuvedenými v předchozích námitkách).
8. V další části návrhu označuje navrhovatel postup zadavatele za zcela netransparentní a zmatečný, neboť se zadavatel uchyluje k nestandardním a nesrozumitelným úkonům. Navrhovatel v této souvislosti zmiňuje, že součástí oznámení o výběru dodavatele jsou přílohou celkem čtyři dokumenty nazvané Zpráva o hodnocení nabídek a Záznam o splnění podmínek účasti, které byly součástí již původního rozhodnutí o výběru dodavatele, které bylo zrušeno. Tyto přílohy tedy navrhovatel označil za nesprávné a neaktuální. Kromě toho je podle navrhovatele zřejmé, že zadavatel učinil oznámení o výběru dodavatele na základě zpráv (viz výše), které zrušil. Oznámení o výběru dodavatele tedy podle navrhovatele nenaplnuje požadavky ustanovení § 123 zákona a jedná se o neplatný úkon. K témuž závěru podle navrhovatele dospěl Úřad ve svém usnesení o zastavení původního správního řízení, z něhož cituje.
9. Navrhovatel rovněž upozorňuje, že rozhodnutí o výběru dodavatele a na ně navazující oznámení o výběru dodavatele jsou pouze neplatnými právními jednáními a nepřihlíží se k nim, neboť rozhodnutí o výběru dodavatele časově předcházelo dataci opatření k nápravě č. 2, kterým se rušilo původní rozhodnutí o výběru dodavatele, čímž v jeden okamžik existovala dvě rozhodnutí o výběru dodavatele. Značné nejasnosti pak podle navrhovatele vyvolává situace, kdy v opatření k nápravě č. 2 se nijak neodkazuje na příslušné usnesení Rady kraje, kterým bylo zrušeno rozhodnutí o výběru dodavatele, a účastníkům tak rozhodnutí plynoucí z citovaného usnesení Rady kraje nebylo oznámeno.
10. Netransparentnost zadávacího řízení lze podle navrhovatele demonstrovat také tím, že zadavatel opakovaně spojuje účinky v podobě prokázání splnění podmínek účasti vybraného dodavatele s převodem části závodu Divize 4 vyvozovaného z dopisu ze dne 1. 9. 2020, který však není obsažen v seznamu dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci.
11. Podle názoru navrhovatele postupoval zadavatel netransparentně a zmatečně i tím, když při vyřizování původních námitek navrhovatele (tj. námitek ze dne 2. 10. 2020 – pozn. Úřadu) namísto transparentního vydání jediného rozhodnutí o těchto námitkách, doručil nejprve opatření k nápravě č. 1, teprve poté rozhodnutí o původních námitkách, a následně rovněž

opatření k nápravě č. 2, a na úplný závěr také rozhodnutí o námitkách vztahující se k vyjádření navrhovatele ze dne 15. 10. 2020, které žádnými námitkami nebylo.

12. Navrhovatel v souvislosti s vyřizováním původních námitek poukázal také na porušení § 245 odst. 1 zákona, jehož se zadavatel dopustil tím, že v rámci rozhodnutí o původních námitkách nesdělil, jaká provede opatření k nápravě. Z jazykového výkladu § 245 odst. 1 zákona lze podle navrhovatele dospět k závěru, že zadavatel v rozhodnutí o námitkách oznámí opatření k nápravě, která provede, tedy nikoli opatření již provedená. Zadavatel tak podle jeho názoru svůj postup zatížil nesrozumitelností, neboť navrhovatel si po doručení opatření k nápravě č. 1 nemohl být jist tím, zdali má zadavatel toto opatření za rozhodnutí, kterým vyřizuje původní námitky ve smyslu § 245 odst. 1 zákona, či zdali teprve takové rozhodnutí obdrží.
13. Další prvek netransparentnosti spatřuje navrhovatel v postupu zadavatele, když po odeslání rozhodnutí o námitkách nevyčkal marného uplynutí lhůty pro podání návrhu ve smyslu § 251 odst. 2 zákona, a raději bezodkladně přijal nové rozhodnutí o výběru dodavatele, čímž navrhovatele vystavil obtížné situaci při zvažování vhodného procesního postupu v rámci obrany proti nezákonnému postupu zadavatele (i s ohledem na nutnost složení kauce).
14. Uvedenými postupy podle názoru navrhovatele zadavatel opakovaně a zcela zásadním způsobem porušil § 39 zákona ve spojení zejména s § 6 zákona.
15. V další části návrhu navrhovatel namítá, že zadavatel neprovedl posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele a neodůvodnil jej. Navrhovatel v této souvislosti popisuje, že výrok uvedený ve zprávě o hodnocení ze dne 10. 8. 2020, podle něhož komise nebude posuzovat žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou, posléze zadavatel zrušil svým opatřením k nápravě č. 1, přičemž ponechal v platnosti veškeré dosavadní úkony komise související s posouzením mimořádně nízké nabídkové ceny u vybraného dodavatele, a dále, že v rámci opatření k nápravě č. 1 se zadavatel výslovně ztotožnil s posouzením objasnění položkových cen provedeným komisí a přejal tyto závěry jako objasnění MNNC. K tomu však navrhovatel oponuje, že zadavatel nemohl posoudit MNNC v nabídce vybraného dodavatele, pokud vycházel z úkonů komise, která se však posouzením MNNC nezabývala. Skutečnost, že zadavatel MNNC v nabídce vybraného dodavatele neposuzoval, vyplývá podle navrhovatele rovněž z obsahu žádostí o objasnění a doplnění nabídek, které nebyly transparentně označeny jako žádosti o písemné zdůvodnění způsobu stanovení MNNC, ani neobsahovaly základní náležitosti takových žádostí dle § 113 a § 6 zákona. Objasnění nabídky vybraného dodavatele ze dne 24. 8. 2020 podle navrhovatele nelze považovat za písemné zdůvodnění MNNC, neboť bylo činěno na základě žádosti komise, která se posouzením MNNC nezabývala. Zadavatel rovněž podle názoru navrhovatele posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele řádně nezdůvodnil, jak vyplývá mj. z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 48/2018 ze dne 24. 9. 2019.
16. Navrhovatel upozorňuje, že i přes fakultativnost vyloučení účastníka zadávacího řízení z důvodu mimořádně nízké nabídkové ceny, není zadavatel zbaven povinnosti vystupovat transparentně, k čemuž dokládá závěry z rozhodnutí Úřadu č. j. S383/2012/VZ-702/2013/512/ABr a z rozsudku Krajského soudu v Brně sp. zn. 31 Af 43/2015-63 ze dne 29. 6. 2017, podle něhož s ohledem na zásadu transparentnosti musí být zdůvodnění posouzení MNNC uvedeno v oznámení o výběru dodavatele.

17. Navrhovatel je toho názoru, že v daném případě navíc existují důvodné pochybnosti stran řádného zpracování nabídkové ceny vybraného dodavatele, když jednak nabídková cena vybraného dodavatele je o cca 27 % nižší nežli předpokládaná hodnota veřejné zakázky, a jednak samotná komise v rámci své činnosti poukázala na řadu konkrétních položek rozpočtu v nabídce vybraného dodavatele. Navrhovatel se domnívá, že i s ohledem na tyto skutečnosti byl zadavatel povinen řádně zdůvodnit posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele a toto zdůvodnění uvést v Oznámení o výběru dodavatele, což však neučinil. Tím, že zadavatel neprovedl posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele, se podle navrhovatele se dopustil porušení § 39 ve spojení s § 113 a § 6 zákona.
18. Další část návrhu obsahuje tvrzení navrhovatele, pro něž se domnívá, že zadavatel nesprávně posoudil u vybraného dodavatele splnění podmínek účasti v zadávacím řízení, a to jednak pro nezákonné prokázání celé kvalifikace poddodavatelem, dále pro nezákonné doplňování poddodavatelských referencí a jednak pro nedoložení závazku poddodavatele dle § 83 zákona.
19. K nezákonnému prokázání celé kvalifikace dodavatelem navrhovatel uvedl, že zadavatel nesprávně posoudil prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem, který nedoložil jedinou vlastní referenci, a tudíž neprokázal, že disponuje potřebnými zkušenostmi a prostředky. Navrhovatel zdůraznil znění § 83 odst. 1 zákona, které připouští prokázat prostřednictvím jiných osob pouze určitou část technické kvalifikace, tedy nikoli celou technickou kvalifikaci, a rovněž poukázal na závěr uvedený v rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014-46 ze dne 14. 5. 2015, že *„není žádoucím jevem, aby veřejné zakázky byly zadávány uchazečům, kteří by sami zásadně nesplňovali zadavatelem stanovené (a zakázkou vyžadované) kvalifikační předpoklady.“* V této souvislosti navrhovatel odkázal i na článek Mgr. Ing. Dalibora Šálka, z něhož cituje mj.: *„[m]ožnost plnění technických kvalifikačních předpokladů subdodavateli tedy lze s ohledem na smysl prokázání způsobilosti dodavatele o technických a materiálních předpokladech pro plnění veřejné zakázky vykládat především jako doplnění kvalifikace dodavatele pro určitý specifický prvek veřejné zakázky. (...) lze dovozovat i kvantitativní podmínku, tedy že by dodavatel měl většinu předmětu veřejné zakázky prokázat samostatně.“* Závěr o nemožnosti prokazovat celou kvalifikaci jinou osobou je podle navrhovatele aplikován ze strany jiných zadavatelů v České republice.
20. Navrhovatel zdůraznil, že zadavatel požadoval doložení předchozí zkušenosti s realizací nejméně tří významných staveb, které svým rozsahem pokrývají všechny podstatné stavební práce tvořící součást předmětu veřejné zakázky. Pokud z těchto minimálně tří referenčních staveb nepředložil vybraný dodavatel žádnou, pak podle navrhovatele zjevně nemá vůbec žádnou zkušenost se stavbou obdobného charakteru, a tudíž neprokázal splnění požadované technické kvalifikace. Navrhovatel v tomto kontextu dále argumentuje samotným smyslem požadavku na technickou kvalifikaci. Podle navrhovatele je namíste odmítnutí prokázání splnění technické kvalifikace pro rozpor s § 83 odst. 1 zákona.
21. Navrhovatel dále namítá, že zadavatel nesprávně posoudil prokázání splnění technické kvalifikace vybraného dodavatele, přičemž odmítá, že by vybraný dodavatel splnil technickou kvalifikaci již v nabídce předloženými referenčními stavbami, a vyjádřil nesouhlas se stanoviskem zadavatele, že postačí, bude-li finanční podíl dodavatele (ve sdružení či jako poddodavatele) na realizované stavbě alespoň v rozsahu 200 mil. Kč bez DPH, čímž omezil požadavek zadavatele v rámci požadovaných referencí pouze na finanční plnění (v důsledku

čehož by splnění mohlo být dosaženo realizací zcela libovolných stavebních prací). Tím by však vybraný dodavatel podle navrhovatele neprokázal jakoukoli relevantní zkušenost vztahující se k předmětu plnění veřejné zakázky. Z čl. 8.3. zadávací dokumentace podle navrhovatele jednoznačně vyplývá požadavek na prokázání relevantní zkušenosti s daným typem stavebních prací. Nesprávnost výkladu zadavatele podle navrhovatele podporují závěry ze zpráv z jednání komise ze dne 10. 8. 2020 a 31. 8. 2020, v nichž se uvádí, že komise měla jisté pochybnosti v případě vybraných referenčních staveb, načež doplněné referenční stavby již splňují podmínky technické kvalifikace a teprve na jejich základě vybraný dodavatel splnil podmínky účasti v zadávacím řízení.

22. Nezákonný postup zadavatele navrhovatel dovozuje rovněž ze skutečnosti, že vybranému dodavateli umožnil po uplynutí lhůty pro podání nabídek v rozporu s § 46 odst. 1 a 2 zákona doplnit nabídku o čtyři zcela nové poddodavatelské reference. Připuštění takového doplnění nabídky však zákon podle názoru navrhovatele neumožňuje. Navrhovatel v této souvislosti cituje z § 46 zákona a odkazuje na vybranou rozhodovací praxi Úřadu, z níž vyvozuje mj. závěr, že změna nabídky se primárně zapovídá, lze pouze provést její doplnění či objasnění na základě žádosti zadavatele, a to pouze tehdy, pokud doplněné skutečnosti nejsou předmětem hodnocení. Ve vztahu k zákonnosti doplňování nabídky o poddodavatelské reference dále navrhovatel poukázal na odborný článek v časopise Veřejné zakázky autorů Mgr. Adély Havlové, LL.M. a Mgr. Ondřeje Čurilly, v němž autoři nabádají k ostražitosti v případě doplňování poddodavatelských referencí do nabídek účastníků zadávacích řízení. Naopak se navrhovatel neztotožňuje s komentářem k § 46 zákona autorů Dvořák, Machurek, Novotný, Šebesta a kol., který nezohledňuje skutečnost, že zákon je v souladu s § 1 zákona transpozicí čl. 59 odst. 4 (čl. 56 odst. 3) Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2014/24/EU ze dne 26. února 2014 o zadávání veřejných zakázek a o zrušení směrnice 2004/18/ES (dále jen „Směrnice 2014/24“). V této souvislosti navrhovatel upozorňuje na čl. 51 Směrnice Evropského parlamentu a Rady 2004/18/ES ze dne 31. března 2004 o koordinaci postupů při zadávání veřejných zakázek na stavební práce, dodávky a služby (dále jen „Směrnice 2004/18“), a jeho výklad Soudního dvora Evropské unie v rozsudku Esaprojekt (který doplnění poddodavatelských referencí po uplynutí lhůty pro podání nabídky vylučuje), jehož konkrétní okolnosti blíže popisuje a označuje za přílehlající k právě řešenému případu. Navrhovatel dále zmiňuje soulad závěrů rozsudku Esaprojekt s dalšími rozsudky Soudního dvora Evropské unie C-599/10, C-336/12, C-324/14, C-131/16, C-223/16, C-523/16 a C-536/16. Podle navrhovatele platí, že s ohledem na obdobnou právní úpravu se závěry rozsudku Esaprojekt vztahující se k výkladu čl. 51 Směrnice 2004/18 uplatní rovněž pro výklad čl. 59 odst. 4 Směrnice 2014/24. Navrhovatel rovněž upozorňuje na přímý i nepřímý účinek směrnic.
23. Co se týče namítaného nedoložení závazku poddodavatele ze strany vybraného dodavatele, navrhovatel mj. uvedl, že zadavatel nesprávně posoudil prokázání splnění technické kvalifikace vybraného dodavatele, který řádně nepředložil závazek poddodavatele Metrostav a.s., IČO 00014915 se sídlem Koželužská 2450/4, Libeň, 180 00 Praha 8, (dále jen „Metrostav a.s.“) v souladu s § 83 odst. 1 písm. d) a odst. 2 zákona, resp. tento závazek po uplynutí lhůty pro podání nabídky měnil či doplňoval, což § 46 zákona a obsah rozsudku Esaprojekt neumožňuje. Teprve na základě žádosti komise byla vybraným dodavatelem předložena smlouva, podle které má být poddodavatel Metrostav a.s. zavázán realizovat zemní práce, výstavbu mostů a konstrukci vozovek.

24. Navrhovatel rovněž vyjádřil názor, podle něhož závazek poddodavatele Metrostav a.s. je vymezen jako závazek k realizaci „zemních prací, výstavby mostů a konstrukcí vozovek“, a jedná se tak o závazek formulovaný neurčitě, když spolehlivě nedokládá reálnou míru participace poddodavatele na samotném plnění, k čemuž doplňuje odkaz na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 62 Af 57/2013. Z textace závazku poddodavatele přitom podle navrhovatele v žádném případě nevyplývá, že by měl uvedený závazek zahrnovat provedení veškerých zemních prací, veškerou výstavbu mostů a veškeré konstrukce vozovek.
25. V další části návrhu navrhovatel upozorňuje na okolnosti spojené s dopisem ze dne 1. 9. 2020, jehož obsahem je sdělení, že společnost Metrostav a.s. prodala vybranému dodavateli část závodu Divize 4, přičemž upozornil, že údaje vyplývající z takového dokladu nemohou být relevantní pro posouzení splnění kvalifikace vybraného dodavatele. Navrhovatel nesouhlasí s postupem, kdy zadavatel z uvedeného dopisu vychází při posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, aniž by jej uvedl v oznámení o výběru dodavatele, přičemž odkazuje na § 123 písm. b) body 1 a 2 zákona. Navrhovatel se domnívá, že zadavatel byl povinen objasnit okolnosti převodu části závodu Divize 4 a poté tento převod řádně posoudit z hlediska jeho vlivu na posouzení kvalifikace vybraným dodavatelem.
26. Nadto navrhovatel uvádí, že předmětný dopis nelze považovat za doklad rozhodný pro prokázání splnění podmínek účasti vybraného dodavatele. Ačkoli zadavatel v rozhodnutí o námitkách uvedl, že podrobně posoudil napadený převod části obchodního závodu Divize 4, dle navrhovatele tak neučinil, jelikož předmětem převodu byla pouze část Divize 4, jak vyplývá z příslušného notářského zápisu uvedeného v obchodním rejstříku. Navrhovatel vyjádřil rovněž pochybnosti o faktických účincích převodu části závodu Divize 4, neboť zadavatel vůbec neposuzoval platnost právního jednání v souvislosti s tímto převodem. Navrhovatel v této věci upozornil i na časovou souvislost s probíhajícími trestními stíháními společnosti Metrostav a.s., v jejichž rámci byl podle navrhovatele této společnosti uložen nepravomocně trest zákazu čerpání dotací a subvencí a trest zákazu plnění veřejných zakázek. Navrhovatel se proto domnívá, že zde existuje reálná možnost nepoctivého záměru vybraného dodavatele a společnosti Metrostav a.s. v předmětném převodu, který může spočívat ve vyvedení části obchodního závodu společnosti Metrostav a.s. mimo tuto společnost tak, aby alespoň tato část obchodního závodu společnosti Metrostav a.s. mohla i po případném pravomocném uložení uvedeného trestu veřejné zakázky dále realizovat. Odkazuje přitom na obsah odborného článku JUDr. Dalibora Šellenga v časopise Bulletin advokacie.
27. Navrhovatel je toho názoru, že aby zadavatel mohl dostát svým povinnostem, je povinen posoudit platnost právního jednání, spočívajícího v převodu části závodu Divize 4, přičemž platnost tohoto převodu může být dále dotčena vadami smluvní dokumentace k převodu a účinky převodu pak mohou být dotčeny skutečným rozsahem převáděných práv a povinností, když předmětem převodu ve skutečnosti není celý fungující závod, nýbrž jen jeho velmi omezená část a není postaveno na jisto, že by měly přejít kapacity, kterými byly provedeny referenční stavby. Zadavatel podle navrhovatele neposuzoval, zda referenční stavby realizovala odpovídající část Divize 4 a neparticipovala na ní jiná část společnosti Metrostav a.s., v důsledku čehož není jisté, zda reference vůbec přešly (k čemuž odkazuje na rozsudek Krajského soudu v Brně sp. zn. 30 Af 138/2012-96).

28. Navrhovatel vyslovil pochybnost o faktických účincích převodu části závodu Divize 4 v důsledku okolnosti, že do dnešního dne nedošlo k faktickému předání převáděné části závodu Divize 4, neboť podle notářského zápisu nebyl převod odsouhlasen valnou hromadou, samotný notářský zápis nesplňuje náležitosti dle zákona a navrhovatel má navíc informace, že předmětná transakce je předmětem žalob na prohlášení neúčinnosti.
29. Navrhovatel namítá, že sdělení o převodu části závodu Divize 4 se nestalo součástí nabídky vybraného dodavatele, ani nebylo do nabídky vybraného dodavatele doplněno na základě výzvy dle § 46 odst. 1 zákona či postupem dle § 88 zákona. Postup zadavatele, podle něhož se o převodu části závodu Divize 4 dozvěděl ze strany společnosti Metrostav a.s., nikoli ze strany vybraného dodavatele, označil navrhovatel za netransparentní. Za mylné označuje navrhovatel tvrzení zadavatele, podle něhož účastník zadávacího řízení je oprávněn informovat zadavatele i o takových skutečnostech, které účastník zadávacího řízení není povinen zadavateli sdělovat dle § 88 zákona. Navrhovatel uvádí, že dané ustanovení neopravňuje účastníka zadávacího řízení změnit kvalifikaci, nýbrž mu stanoví oznamovací povinnost pro případ, že ke změně jeho kvalifikace dojde. Nadto navrhovatel upozorňuje, že vybraný dodavatel převod části závodu Divize 4 nikterak nedoložil, a tedy ani neprokázal splnění odpovídající technické kvalifikace ve smyslu rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 10 As 55/2015-46 ze dne 20. 8. 2015.
30. Jako opatření k nápravě navrhovatel požaduje, aby Úřad zrušil rozhodnutí o námitkách, oznámení o výběru dodavatele č. 2 ze dne 22. 10. 2020, rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 20. 10. 2020, posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele v zadávacím řízení, posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele, a všechny související a následné úkony zadavatele provedené v zadávacím řízení.

III. PRŮBĚH SPRÁVNÍHO ŘÍZENÍ

31. Podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „správní řád“), bylo zahájeno správní řízení o přezkoumání úkonů zadavatele dne 3. 12. 2020, kdy Úřad obdržel návrh navrhovatele. Zadavatel obdržel stejnopis návrhu téhož dne.
32. Účastníky správního řízení podle § 256 zákona jsou:
 - zadavatel,
 - navrhovatel,
 - vybraný dodavatel.
33. Zahájení správního řízení oznámil Úřad jeho účastníkům dopisem č. j. ÚOHS-39247/2020/531/MHo ze dne 4. 12. 2020.
34. Usnesením č. j. ÚOHS-40552/2020/533/SWa ze dne 16. 12. 2020 určil Úřad zadavateli lhůtu k provedení úkonu – podání informace Úřadu o dalších úkonech, které zadavatel v šetřeném zadávacím řízení v průběhu správního řízení provede a zaslání příslušné dokumentace o zadávacím řízení pořízené v souvislosti s provedenými úkony.
35. Usnesením č. j. ÚOHS-01229/2021/533/HČi ze dne 12. 1. 2021 určil Úřad účastníkům řízení lhůtu, ve které se mohli vyjádřit k podkladům rozhodnutí.

36. Rozhodnutím č. j. ÚOHS-02399/2021/500/Alv ze dne 21. 1. 2021 Úřad zadavateli nařídil z moci úřední podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na šetřenou veřejnou zakázku.

Vyjádření zadavatele k návrhu ze dne 14. 12. 2020

37. Zadavatel odkazuje v plném rozsahu na svou argumentaci uvedenou v rozhodnutí o námitkách a odmítá některá tvrzení a závěry navrhovatele, jež navrhovatel uvedl v části návrhu nazvané „Splnění podmínek pro podání návrhu“. Zadavatel nesouhlasí s tvrzením navrhovatele, podle něhož od posledního jednání komise nebylo splnění podmínek účasti vybraného dodavatele dále posuzováno a rovněž nesouhlasí s tím, že by přijal nápravné opatření v podobě zrušení rozhodnutí o výběru na základě původních námitek. Upozorňuje, že v odůvodnění přijetí tohoto nápravného opatření jednoznačně uvádí, že bylo přijato na základě vyjádření navrhovatele k rozhodnutí zadavatele o přijetí opatření k nápravě.
38. Ve vztahu k tvrzené nezákonnosti a nepřezkoumatelnosti rozhodnutí o námitkách zadavatel k jednotlivým námitkám, které navrhovatel v návrhu označuje za nevyřešované, uvádí příslušné citace z rozhodnutí o námitkách, čímž podle jeho názoru dokládá, že tyto námitky byly srozumitelným, jednoznačným, přesvědčivým a přezkoumatelným způsobem vyvráceny.
39. V případě namítané netransparentnosti a zmatečnosti postupu zadavatele se zadavatel neztotožňuje s názorem navrhovatele, že spolu se zrušením rozhodnutí o výběru, oznámení o výběru a některých úkonů souvisejících s posouzením MNNC byly zrušeny i všechny předcházející úkony včetně hodnocení nabídek a splnění podmínek účasti. Uvádí, že zprávy o hodnocení nabídek i záznamy o splnění podmínek účasti jsou v pořádku a tedy neexistuje důvod pro jejich zrušení. Zadavatel rovněž nesouhlasí s tvrzením, že oznámení o výběru ze dne 22. 10. 2020 je netransparentní proto, že neobsahuje informace ohledně převodu části obchodního závodu Divize 4 na vybraného dodavatele.
40. Zadavatel je rovněž přesvědčen o tom, že pokud před vydáním původního rozhodnutí o námitkách informoval všechny účastníky zadávacího řízení o přijetí opatření k nápravě, je uvedený postup čitelnější a přehlednější pro všechny účastníky zadávacího řízení. Dodává, že opatření k nápravě, které spočívalo ve zrušení rozhodnutí o výběru ze dne 22. 9. 2020, zadavatel přijal až na základě vyjádření navrhovatele k rozhodnutí zadavatele o přijetí opatření k nápravě, které zadavatel posoudil jako další samostatné námitky. Zadavatel uvádí, že původní námitky vyřídil přehledně a transparentně. Zadavatel dále nesouhlasí s názorem navrhovatele, podle něhož opatření k nápravě ze dne 13. 10. 2020 představovalo rozhodnutí o námitkách. Zadavatel má za to, že podstatná část námitek směřujících na tvrzenou netransparentnost či zmatečnost postupu zadavatele nebyla podána ve lhůtě dle § 242 zákona a navrhuje zastavení správního řízení v příslušném rozsahu.
41. K tvrzenému nesprávnému posouzení MNNC v nabídce vybraného dodavatele zadavatel uvádí, že z dokumentace o zadávacím řízení je patrné, že se zadavatel MNNC v nabídce vybraného dodavatele řádně zabýval (posuzoval ji), a že ji v uvedené nabídce shledal. Dodává, že nedostatky v postupu komise stran posouzení MNNC u vybraného dodavatele odstranil přijetím opatření k nápravě. Dále uvádí, že oznámení o výběru obsahuje všechny náležitosti podle § 123 zákona, přičemž nad rámec zákonem uložených povinností učinil přílohou oznámení o výběru zprávy a informace o přijetí a vykonání nápravného opatření, ve kterých bylo posouzení MNNC popsáno. Zadavatel je přesvědčen, že provedené

posouzení MNNC vybraného dodavatele je dostatečně podrobné, srozumitelné a přezkoumatelné.

42. K tvrzenému nesprávnému posouzení splnění podmínek účasti zadavatel konstatuje, že vybraný dodavatel splnil všechny podmínky účasti v zadávacím řízení. Zadavatel zastává názor, že prokázání splnění technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby, doplnění nabídky o další reference poddodavatele a doplnění nabídky o upravený závazek jiné osoby není v rozporu se zákonem. Dodává, že v průběhu zadávacího řízení na vybraného dodavatele přešly reference ke stavbám předloženým v rámci prokazování technické kvalifikace a vybraný dodavatel tak nadále neprokazuje technickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele, ale splňuje ji sám prostřednictvím vlastních referencí.
43. Zadavatel dodává, že si je vědom toho, že mezi odbornou veřejností nebylo dosaženo shody stran otázky, zda § 83 odst. 1 zákona vylučuje prokázání celé technické kvalifikace prostřednictvím jiné osoby a uvádí, že vzhledem k tomu, že zákon výslovně tento zákaz nestanoví a zadavateli není známa žádná jednoznačná judikatura či rozhodovací praxe, která by názor navrhovatele potvrdila, nemá důvod takovou kvalifikaci vybraného dodavatele neakceptovat. Zadavatel současně upozorňuje, že v daném případě nepožadoval, aby určité významné činnosti při plnění veřejné zakázky byly plněny přímo vybraným dodavatelem.
44. Dále zadavatel zmiňuje, že zákon nevylučuje, aby účastník zadávacího řízení doplnil na základě výzvy podle § 46 zákona nové reference, které v nabídce původně nebyly uvedeny, přičemž upozorňuje, že v daném případě bylo v zadávací dokumentaci stanoveno, že nabídky budou hodnoceny podle nejnižší nabídkové ceny. Doplněné referenční stavby, kterými byla prokazována technická kvalifikace, tedy neměly vliv na hodnocení nabídek a nejednalo se ani o zakázanou materiální změnu nabídky. Nadto zadavatel upozorňuje, že vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace již prostřednictvím referencí předložených v nabídce. Zadavatel se rovněž neztotožňuje s názorem navrhovatele, podle něhož zadavatel nesmí umožnit, aby po uplynutí lhůty pro podání nabídek účastník zadávacího řízení předložil písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky. Zadavatel má za to, že doplnění, resp. upravení poddodavatelského závazku není změnou nabídky, neboť nedochází ke změně parametrů nabízeného plnění a jedná se tak o formální a povolenou změnu nabídky. Zadavatel je přesvědčen, že jeho postup je v souladu se zákonem a aktuální rozhodovací praxí Úřadu.
45. Zadavatel nesouhlasí ani s názorem, že písemný závazek poddodavatele Metrostav a.s. je neurčitý a uvádí, že z jeho obsahu je zřejmé, že poddodavatel je vůči vybranému dodavateli zavázán k provádění zemních prací, výstavbě mostů a konstrukcí vozovek, tj. k činnostem v rozsahu, v jakém za dodavatele prokázal technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 1 písm. a) zákona. Zadavatel má za to, že písemný závazek poddodavatele jednoznačně a určitě dokládá míru participace poddodavatele na plnění veřejné zakázky.
46. K převodu části obchodního závodu Divize 4 zadavatel především uvádí, že pokud sdělení o převodu části závodu není obsaženo v oznámení o výběru, nemůže to mít vliv na splnění podmínek účasti vybraným dodavatelem. Upřesňuje, že v oznámení o výběru jednoznačně uvedl, že vybraný dodavatel k okamžiku posouzení splnění podmínek účasti prokázal podmínky technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s. Po okamžiku posouzení splnění podmínek účasti zadavatel obdržel informaci o převodu části obchodního

závodu Divize 4, kterou vzal na vědomí, avšak s ohledem na to, že se jedná o informaci, která nemůže ovlivnit výběr dodavatele, nepovažoval za vhodné znovu svolat komisi, aby revidovala své závěry, když by dosáhla stejného výsledku. Zadavatel má za to, že „Oznámení věřitelům a dlužníkům společnosti Metrostav a.s.“, na základě kterého, podle názoru zadavatele, přešly na vybraného dodavatele reference společnosti Metrostav a.s., nebylo změnou kvalifikace ve smyslu § 88 odst. 1 zákona, kterou je účastník zadávacího řízení povinen zadavateli oznamovat, neboť podmínky kvalifikace jsou nadále splněny. Zadavatel dále podotýká, že „Oznámení věřitelům a dlužníkům společnosti Metrostav a.s.“ není ani dokladem, kterým vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, ani nenesl údaje rozhodné pro prokázání jednotlivých kritérií kvalifikace. Zadavatel uvádí, že podrobně posoudil napadaný převod části obchodního závodu Divize 4 tím, že nahlédl do obchodního rejstříku vybraného dodavatele a potvrdil si tvrzení společnosti Metrostav a.s., že předmětný převod je platný a účinný. Zadavatel nemá pochybnosti o tom, že vybraný dodavatel nabyl část obchodního závodu Divize 4. Dále zadavatel dodává, že nad rámec uvedeného rovněž posoudil otázku, zda převodem části obchodního závodu Divize 4 došlo i k převodu referencí Metrostav a.s. na vybraného dodavatele. V této souvislosti zadavatel odkazuje na § 2175 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „občanský zákoník“), podle něhož koupí závodu nabývá kupující vše, co k závodu jako celku náleží. Zadavatel dovozuje, že pokud vybraný dodavatel nabyl celou Divizi 4, tj. celý tento závod, nabyl tak všechny reference Divize 4.

47. Zadavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, že „Oznámení věřitelům a dlužníkům společnosti Metrostav a.s.“ nebylo do zadávacího řízení doplněno v souladu se zákonem a dodává, že účastník zadávacího řízení je oprávněn informovat zadavatele i o takových skutečnostech, které účastník zadávacího řízení není povinen zadavateli sdělovat dle § 88 zákona. Zadavatel neshledává jako problematickou ani skutečnost, že předmětné oznámení zaslala zadavateli přímo společnost Metrostav a.s., tedy osoba vystupující jako poddodavatel vybraného dodavatele.
48. Upozornění navrhovatele, že převod části obchodního závodu Divize 4 může být veden nepoctivým záměrem vyhnout se trestu v podobě zákazu plnění veřejných zakázek, považuje zadavatel za irrelevantní, neboť zadavatel není oprávněným orgánem tento převod zneplatnit.
49. Zadavatel rovněž nesouhlasí s názorem, že z jeho postupu není zřejmé, zda vybraný dodavatel prokazuje technickou kvalifikaci v zadávacím řízení prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s., anebo již prostřednictvím vlastních referencí (po převodu části obchodního závodu Divize 4). Zadavatel konstatuje, že v oznámení o výběru jednoznačně uvedl, že vybraný dodavatel (k okamžiku posouzení podmínek účasti) prokázal podmínky technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s. Dále zadavatel uvádí, že po okamžiku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele obdržel informaci o převodu části obchodního závodu Divize 4, kterou prověřil a konstatoval, že vybraný dodavatel s účinností od 1. 9. 2020 má vlastní reference, kterými prokazoval technickou kvalifikaci, a tedy již neproazuje technickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele, ale proazuje ji sám vlastními referencemi.
50. Zadavatel navrhuje, aby Úřad návrh navrhovatele zamítl.

Vyjádření vybraného dodavatele k návrhu ze dne 21. 12. 2020

51. Vybraný dodavatel považuje návrh za zcela nedůvodný. Podle jeho názoru je pro posouzení věci podstatné, že řádně prokázal splnění podmínek účasti. Upřesňuje, že prokázal splnění technické kvalifikace prostřednictvím jiné právnické osoby (Metrostav a.s.), se kterou jej pojí holdingová vazba. Dodává, že postupem podle § 46 zákona nedošlo k materiální změně nabídky, nýbrž byly pouze odstraněny pochybnosti, a to nad rámec toho, co bylo objektivně nutné. Podotýká, že převod části závodu neznamenal změnu kvalifikace a neměl vliv na splnění jakékoli jiné podmínky účasti. Uvádí, že v rámci převodu závodu nabyl jmění (majetek, smluvní vztahy, personální a další zdroje), jehož prostřednictvím byly v minulosti realizovány zakázky spojené s převáděnou částí, včetně referencí, o které šlo v rámci daného zadávacího řízení. Dodává, že zadavatele pouze informoval, že v důsledku nabytí jmění, s nímž se reference pojí, je nadále již on sám osobou disponující s těmito referencemi. Podle názoru vybraného dodavatele se tak na jeho způsobilosti nic nezměnilo, a proto považuje za logické, že zadavatel pouze vzal tuto informaci na vědomí.
52. Vybraný dodavatel považuje za velmi nekorektní argumentaci navrhovatele, podle níž může být uvedenou transakcí sledován nepoctivý záměr vyhnout se hrozícímu trestu. Upozorňuje, že převodem části závodu nedošlo k podstatné změně struktury závodu společnosti Metrostav a.s. (nejde o „vyprázdnění“ společnosti Metrostav a.s.).
53. K posouzení MNNC vybraný dodavatel uvádí, že ze zaznamenaného průběhu zadávacího řízení je patrné, že zadavatel posouzení MNNC provedl. Vybraný dodavatel se domnívá, že pokud zadavatel nepožadoval v žádosti ze dne 13. 10. 2020 opakovaně zdůvodnit MNNC, jedná se o hospodárny přístup ze strany zadavatele, neboť tyto informace zadavatel obdržel již v rámci podrobného objasnění ze dne 24. 8. 2020.
54. Vybraný dodavatel nesouhlasí s výkladem, že není možné prokázat technickou způsobilost v celém rozsahu prostřednictvím zkušeností (referencí) jiné osoby. Upozorňuje, že mezi ním a společností Metrostav a.s. je jasně daná holdingová vazba (Metrostav a.s. je 100 % akcionářem vybraného dodavatele) a tedy vybraný dodavatel měl již z titulu této vazby přístup k holdingovému know-how, což bylo podle jeho názoru potvrzeno též v rámci písemného závazku podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona. Vybraný dodavatel má za to, že v případě prokazování kvalifikace prostřednictvím subjektů v rámci holdingu je třeba na subjekt poskytující předmětné zkušenosti nahlížet nikoli jako na poddodavatele v užším slova smyslu, nýbrž jako na jinou osobu ve smyslu § 83 zákona.
55. Dále vybraný dodavatel uvádí, že již referencemi obsaženými v původní nabídce kvalifikaci prokázal. Pouze pro vyloučení pochybností následně předložil další reference a dodává, že i v případě, kdy by byly tyto doplněné reference z pohledu prokázání kvalifikace nezbytné, nejednalo by se o materiální změnu nabídky. Podle názoru vybraného dodavatele vykládá navrhovatel závěry související rozhodovací praxe nesprávně a účelově.
56. K poddodavatelskému závazku společnosti Metrostav a.s. vybraný dodavatel uvádí, že tento je dostatečně určitý, neboť odpovídá části technické kvalifikace prokazované za vybraného dodavatele – konstrukce vozovek a výstavba mostů. Vybraný dodavatel je toho názoru, že v případě přezkoumávaného postupu zadavatele nedošlo k předložení nových poddodavatelů, ale pouze k upřesnění písemného závazku podle § 83 odst. 1 písm. d) zákona, což je v souladu s § 46 odst. 1 zákona a současně i s čl. 56 odst. 3 Směrnice 2014/24.

57. K převodu závodu vybraný dodavatel uvádí, že dne 25. 8. 2020 došlo mezi společností Metrostav a.s. (jako prodávajícím) a vybraným dodavatelem (jako kupujícím) k uzavření smlouvy o prodeji části závodu, jejímž předmětem je prodej části závodu v podobě části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4. Vybraný dodavatel v rámci převáděné části závodu nabyl majetek, smluvní vztahy, personální a další zdroje, jejichž prostřednictvím byly v minulosti realizovány zakázky s převáděnou částí závodu spojené. Upřesňuje, že na základě předmětné smlouvy přešly na vybraného dodavatele rovněž reference (SOKP 512 D1 – Vestec, Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín, R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice, Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí), kterými před uzavřením dané smlouvy disponovala jiná osoba (společnost Metrostav a.s.), a dodává, že osobou nyní disponující těmito referencemi je tedy vybraný dodavatel.
58. Vybraný dodavatel má za to, že uvedeným postupem nedošlo ke změně kvalifikace účastníka zadávacího řízení, jež by bylo potřeba zadavateli oznámit podle § 88 zákona, neboť podmínky kvalifikace vybraný dodavatel nadále splňoval. Vybraný dodavatel zdůrazňuje, že se nejedná o účelový převod referencí bez vazby na hmotný základ, o který se tyto reference opírají. Uvádí, že na něj v rámci převáděné části závodu vedle realizačního zázemí, jehož prostřednictvím byly v minulosti realizovány příslušné zakázky, přešly též závazky z příslušných smluv (např. závazky týkající se odpovědnosti za vady).
59. Podle názoru vybraného dodavatele nedošlo převodem závodu k situaci, která je navrhovatelem popisována s odkazem na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 138/2012-96 ze dne 19. 2. 2015. Vybraný dodavatel v návaznosti na závěry uvedené v předmětném rozsudku dovozuje, že ačkoliv převodce závodu zůstává zhotovitelem, nevylučuje to skutečnost, aby reference nástupce použil, pokud toto správně vyjádří v nabídce. Uvádí, že je nutno správně uvést u referencí převodce jako skutečného zhotovitele a nikoliv nabyvatele (účastníka zadávacího řízení). Dodává, že v nyní posuzovaném případě nikdy netvrdil, že výše uvedené reference plnil vybraný dodavatel, ale pouze to, že na základě výše uvedené smlouvy je vybraný dodavatel osobou disponující těmito referencemi, což považuje za souladné se závěry uvedeného rozsudku. Vybraný dodavatel dále upozorňuje, že v nyní prověřovaném případě předložil doklad o převodu části závodu, ze kterého vyplývá, že dané reference na něj přešly a rovněž převodce (Metrostav a.s.) zaslal zadavateli oznámení v souladu s § 2177 odst. 2 občanského zákoníku, což neodpovídá případům posuzovaným v rozsudcích, na něž navrhovatel upozorňuje. Vybraný dodavatel podotýká, že splňoval kvalifikaci bez ohledu na převod části závodu, a to prostřednictvím jiné osoby a následně sám (po nabytí účinnosti příslušné smlouvy). Domnívá se, že zadavatel nijak nepochybil, pokud informaci o převodu části závodu vzal na vědomí a použil ji dále jen jako argument v rozhodnutí o námitkách. Vybraný dodavatel nesouhlasí s názorem navrhovatele, podle něhož by sdělení o převodu Divize 4 muselo být součástí oznámení o výběru, neboť má za to, že oznámení o výběru mělo všechny zákonem stanovené náležitosti, přičemž převod závodu nebyl skutečností rozhodnou pro splnění podmínek účasti.
60. K pochybnostem navrhovatele o samotném převodu části závodu vybraný dodavatel uvádí, že tato argumentace je irelevantní, neboť převod je účinný uložením dokladu o koupi závodu do sbírky listin. Dodává, že informace o převodu části závodu je zapsána v obchodním rejstříku, a tedy že z uvedeného zápisu může zadavatel vycházet.

61. Co se týče postupu zadavatele při vyřízení námitek, vybraný dodavatel zastává názor, že uvedený postup zadavatele byl zcela korektní a srozumitelný.
62. Vybraný dodavatel navrhuje, aby byl návrh zamítnut.

Vyjádření navrhovatele ze dne 19. 1. 2021 k podkladům rozhodnutí

63. Důvodnost námitek navrhovatele není podle jeho názoru zpochybněna ani vyjádřeními zadavatele a vybraného dodavatele.
64. Navrhovatel je přesvědčen, že podklady rozhodnutí zcela potvrzují důvodnost jím podaného návrhu a všech námitek v něm uvedených. Odmítá tvrzení zadavatele, dle kterého měla žádost komise ze dne 11. 8. 2020 představovat žádost o objasnění MNNC v nabídce vybraného dodavatele či názor zadavatele, podle něhož „*Oznámení věřitelům a dlužníkům společnosti Metrostav a.s.*“ nemuselo být součástí oznámení o výběru, ačkoli zadavatel fakticky dovozuje prokázání kvalifikace vybraným dodavatelem také prostřednictvím tohoto dokumentu a převodu části obchodního závodu Divize 4 ze společnosti Metrostav a.s. na vybraného dodavatele.
65. Navrhovatel zastává názor, že holdingová vazba mezi vybraným dodavatelem a společností Metrostav a.s., na niž vybraný dodavatel poukazuje, nemá žádný vliv na podmínky prokazování kvalifikace ze strany vybraného dodavatele, které jsou v rozsahu prokazování kvalifikace třetími osobami upraveny komplexně v § 83 a § 84 zákona. Navrhovatel podotýká, že holdingová vazba byla vyloučena jakožto okolnost umožňující odlišný režim prokazování kvalifikace osobou odlišnou od dodavatele také v režimu zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů a odkazuje na související rozhodnutí Úřadu (sp. zn. R148/2015/VZ ze dne 24. 5. 2016) a rozsudek Krajského soudu v Brně (č. j. 62 Af 103/2015 -178).
66. Navrhovatel upozorňuje, že v otázce převodu Divize 4 jde o to, zda tímto převodem skutečně došlo k převedení odpovídajících kapacit a prostředků, které bude moci vybraný dodavatel využít v rámci realizace veřejné zakázky. Dodává, že tuto skutečnost zadavatel předpokládá, ale nemá ji prokázanou. Navrhovatel současně upozorňuje na § 10 zákona č. 418/2011 Sb., o trestní odpovědnosti právnických osob a řízení proti nim, ve znění pozdějších předpisů, podle něhož v důsledku daného převodu dojde k přechodu trestní odpovědnosti společnosti Metrostav a.s. za jí spáchané trestné činy na vybraného dodavatele. K uvedenému doplňuje, že pokud dojde k pravomocnému uložení trestu zákazu uzavírat smlouvy na plnění veřejných zakázek, nebude moci vybraný dodavatel uzavírat nejen takové smlouvy, ale ani jejich dodatky a změny již existujících smluv, což může komplikovat např. i plnění nyní prověřované veřejné zakázky.
67. Navrhovatel rovněž nesouhlasí s názory vybraného dodavatele ve vztahu k postupu zadavatele při posouzení MNNC, ve vztahu k možnostem prokazování technické kvalifikace jinou osobou či ve vztahu k rozhodovací praxi Úřadu týkající se možností doplnění nabídky.
68. Navrhovatel dále uvádí, že ze „Smlouvy o uzavření budoucí Smlouvy o dílo“ uzavřené dne 17. 7. 2020 a ze „Smlouvy o uzavření budoucí Smlouvy o dílo“ uzavřené dne 19. 8. 2020 vyplývá, že vybraný dodavatel předložil v rámci objasnění nabídky zcela nový závazek společnosti Metrostav a.s. ve smyslu § 83 odst. 2 zákona, a tedy nedošlo k jeho pouhé revizi. Dodává, že z uvedených smluvních dokumentů vyplývá rovněž způsob vymezení závazků

společnosti Metrostav a.s., z nichž je podle názoru navrhovatele patrná jejich neurčitost, neboť neobsahují požadovaný rozsah, v jakém mají být dotčené stavební práce provedeny, ani jakékoli další podmínky.

69. Dále má navrhovatel za to, že z písemného objasnění nabídky vybraného dodavatele ze dne 24. 8. 2020 vyplývá, že vybraný dodavatel po uplynutí lhůty pro podání nabídky doplňoval enormní rozsah dokumentů. Navrhovatel považuje předmětné písemné objasnění nabídky vybraného dodavatele za zmatečné a uvádí, že v něm vybraný dodavatel kalkuluje nereálný rozsah provedených prací za stanovenou časovou jednotku, nereálné náklady, že uvádí vzájemně rozporné údaje o kalkulovaných pracích a opomíjí důležité součásti kalkulovaných položek rozpočtu. S ohledem na uvedené skutečnosti navrhovatel navrhuje provedení důkazu znaleckým posudkem.
70. Z údajů uvedených v písemném objasnění nabídky vybraného dodavatele navrhovatel dovozuje, že vybraný dodavatel do rozpočtu nezahrnul dodatečné náklady spojené se střídáním strojníků na jednotlivých strojích, a že v souvislosti s plánovaným enormním výkonem jednotlivých strojů bude docházet k porušování ustanovení o bezpečnosti a ochraně zdraví při práci a povinností vyplývajících z předpisů práva životního prostředí. V této souvislosti upozorňuje na porušení § 48 odst. 5 písm. a) zákona ve spojení s § 48 odst. 8 zákona ze strany zadavatele, když nevyloučil vybraného dodavatele ze zadávacího řízení.
71. Z dokumentů obsahujících dohody o provedení práce pro vybraného dodavatele navrhovatel dovozuje, že zadavatel počítá se zapojením osob na pozici stavbyvedoucích v rámci realizace veřejné zakázky pouze v omezeném rozsahu 100 hodin/měsíc. Dodává, že pokud vybraný dodavatel prokazuje podstatnou část své kvalifikace prostřednictvím těchto osob, naplňuje tak znaky tzv. zakázaného kupování kvalifikace. Upozorňuje, že pokud by měl vybraný dodavatel v úmyslu zapojit uvedené osoby do realizace předmětu veřejné zakázky na plný úvazek, dopouštěl by se porušení pracovněprávních předpisů, což by představovalo důvod pro vyloučení vybraného dodavatele.
72. Z obsahu referencí dodatečně doplněných do nabídky vybraného dodavatele navrhovatel dovozuje, že žádnou z těchto referenčních staveb nemohl vybraný dodavatel technickou kvalifikaci prokázat (neboť v potvrzení pro stavbu silnice S-7 Graňsk je uvedeno, že předmětem této stavby byla silnice kategorie S7, a nikoli kategorie min S7,5; v protokolu o předání ke stavbě Dálnice D3 Bošilec - Ševětín je uvedeno, že Metrostav a.s. nerealizoval na této stavbě kompletní novostavbu obchvatu či přeložku silnice; v osvědčení pro stavbu R7 MUK Vysočany není uvedeno, že Metrostav a.s. kromě vodohospodářských objektů, mostů a ostatních inženýrských a speciálních konstrukcí realizoval také kompletní novostavbu obchvatu či přeložku silnice). Současně je přesvědčen, že vybraný dodavatel nemohl prokázat technickou kvalifikaci ani prostřednictvím referenčních staveb uvedených v nabídce, neboť vybraný dodavatel neobjasnil výhradu zadavatele k těmto referenčním stavbám.
73. Navrhovatel navrhuje, aby Úřad vyhověl podanému návrhu a aby přijal navrhaná opatření k nápravě.

Vyjádření zadavatele ze dne 19. 1. 2021 k podkladům rozhodnutí

74. Zadavatel trvá na svých závěrech učiněných v rozhodnutí o námitkách a ve svém vyjádření k návrhu, přičemž stručně shrnuje argumenty uvedené ve svých předchozích vyjádřeních. Uvádí, že jednání navrhovatele považuje za účelové, obstrukční a zjevně zneužívající práva s cílem zabránit zadavateli uzavření smlouvy s vybraným dodavatelem. Zadavatel je přesvědčen, že nejsou dány důvody pro uložení nápravného opatření.

Vyjádření vybraného dodavatele ze dne 19. 1. 2021 k podkladům rozhodnutí

75. Vybraný dodavatel odkazuje na své vyjádření k návrhu za dne 21. 12. 2020 a opakuje argumentaci v něm uvedenou. Ve vztahu k převodu části závodu uvádí, že tento neznamenal změnu kvalifikace a neměl vliv na plnění jakékoli jiné podmínky účasti. Upozorňuje, že převod části závodu není zakázán ani v průběhu probíhajícího trestního řízení, přičemž převod části závodu společnosti Metrostav a.s. se týkal pouze jedné z ucelených částí, a že podstatná část aktiv zůstává v rámci společnosti Metrostav a.s. Dodává, že průběh trestních řízení vedených proti společnosti Metrostav a.s. nebude touto transakcí dotčen, a že se v daném případě jedná o dílčí změnu struktury činnosti v rámci skupiny, která představuje u rozsáhlých holdingů zcela běžnou obchodní operaci.

76. Vybraný dodavatel je toho názoru, že zadavatel postupoval v zadávacím řízení v souladu se zákonem, na jeho postupu nespátňuje nic netransparentního a zmatečného a navrhuje, aby byl návrh navrhovatele zamítnut.

IV. ZÁVĚRY ÚŘADU

77. Úřad přezkoumal na základě § 248 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména relevantních částí dokumentace o zadávacím řízení a stanovisek předložených účastníky řízení, rozhodl podle § 263 odst. 2 zákona o zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 20. 10. 2020 a oznámení o výběru vybraného dodavatele ze dne 22. 10. 2020, neboť dospěl k závěru, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky podle zákona. Ke svému rozhodnutí Úřad uvádí následující rozhodné skutečnosti.

K výroku I. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení zákona

78. Dle § 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 zákona hrozí nebo vznikla újma (dále jen „stěžovatel“).

79. Dle § 241 odst. 2 písm. a) zákona se námitky podle § 241 odst. 1 zákona podávají písemně a lze je podat proti všem úkonům nebo opomenutím zadavatele v zadávacím řízení a zvláštnímu postupu podle části šesté, včetně stanovení zadávacích podmínek.

80. Dle § 245 odst. 1 zákona odešle zadavatel do 15 dnů od doručení námitek rozhodnutí o námitkách stěžovateli. V rozhodnutí uvede, zda námitkám vyhovuje nebo je odmítá; součástí rozhodnutí musí být odůvodnění, ve kterém se zadavatel podrobně a srozumitelně

vyjádří ke všem skutečnostem uvedeným stěžovatelem v námitkách. Pokud zadavatel námitkám vyhoví, sdělí v rozhodnutí současně, jaké provede opatření k nápravě.

81. Dle § 251 odst. 2 zákona návrh musí být, není-li stanoveno jinak, doručen Úřadu a ve stejnopisu zadavateli do 10 dnů ode dne, v němž stěžovatel obdržel rozhodnutí, kterým zadavatel námitky odmítnul.
82. Podle § 257 písm. e) zákona Úřad zahájení řízení usnesením zastaví, jestliže návrh nebyl doručen Úřadu a zadavateli ve lhůtách podle § 251 odst. 2 nebo 3 nebo podle § 254 odst. 3 zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

83. Dne 2. 10. 2020 podal navrhovatel zadavateli námitky z téhož dne proti rozhodnutí o výběru dodavatele ze dne 22. 9. 2020 a proti oznámení o výběru dodavatele ze dne 22. 9. 2020. Dne 19. 10. 2020 bylo navrhovateli doručeno rozhodnutí ze dne 18. 10. 2020 o těchto námitkách.
84. Dne 13. 10. 2020 zadavatel doručil navrhovateli rozhodnutí z téhož dne o přijetí opatření k nápravě (dále jen „opatření k nápravě č. 1“).
85. Návrh navrhovatele ze dne 2. 12. 2020 byl doručen Úřadu i zadavateli dne 3. 12. 2020.

Právní posouzení

86. Z obsahu návrhu navrhovatele ze dne 2. 12. 2020 vyplývá, že směřuje mj. proti netransparentnosti a zmatečnosti postupu zadavatele, a to mj. při vyřizování námitek navrhovatele ze dne 2. 10. 2020 ve spojení s doručením opatření k nápravě č. 1. Tvrzenou zmatečnost a netransparentnost v souvislosti s tímto úkonem zadavatele navrhovatel spatřuje ve skutečnosti, že zadavatel nevolí standardní postup, nýbrž se uchyluje k postupům nestandardním a nesrozumitelným, když namísto vydání jediného rozhodnutí o námitkách navrhovatele č. 1 doručil navrhovateli nejprve opatření k nápravě č. 1 a teprve poté rozhodnutí o námitkách č. 1.
87. Je tak zřejmé, že navrhovatel v návrhu ze dne 2. 12. 2020 namítal nejen postup zadavatele při vyřízení námitek ze dne 6. 11. 2020, tj. námitek předcházejících v zákonné lhůtě podání tohoto návrhu, nýbrž i postup zadavatele při vyřízení předchozích námitek ze dne 2. 10. 2020. Rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 10. 2020 o těchto námitkách (kterým byly námitky navrhovatele odmítnuty) bylo přitom navrhovateli doručeno již dne 19. 10. 2020. Právě projednávaný návrh ze dne 2. 12. 2020 byl tedy Úřadu doručen až po 45 dnech od doručení rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 10. 2020 o námitkách, proti němuž návrh částečně směřuje.
88. Ačkoli je Úřadu z úřední činnosti známo, že navrhovatel ve vztahu k rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 10. 2020 o námitkách navrhovatele podal dne 29. 10. 2020 návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, na základě něhož bylo Úřadem vedeno správní řízení pod sp. zn. ÚOHS-S0451/2020/VZ (které již bylo pravomocně ukončeno), je nutno uvést, že se opětovným návrhem nelze domáhat nápravy totožného postupu zadavatele, který již mohl být (a byl) namítán, aniž by bylo nutné pro jeho podání dodržet lhůtu podle § 251 odst. 2 zákona. Jinými slovy řečeno, ve vztahu k rozhodnutí zadavatele ze dne 18. 10. 2020 o námitkách byl navrhovatel oprávněn podat návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ve lhůtě do 10 dnů ode dne, v němž obdržel rozhodnutí,

kterým zadavatel námitky odmítnul (tedy ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona), tj. do 29. 10. 2020. Pokud tedy navrhovatel podal návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele v souvislosti s vyřízením námitek ze dne 2. 10. 2020 až dne 3. 12. 2020, učinil tak až po lhůtě stanovené v § 251 odst. 2 zákona.

89. Z uvedeného jednoznačně vyplývá, že ve výše specifikované části návrhu nebyl návrh ze dne 2. 12. 2020 v zákonné 10denní lhůtě doručen jak Úřadu, tak ani ve stejnopisu zadavateli. Úřadu a zadavateli byl návrh doručen až dne 3. 12. 2020, tedy 35 dnů po uplynutí lhůty stanovené v § 251 odst. 2 zákona (která uběhla dne 29. 10. 2020).
90. Na základě výše uvedeného Úřadu nezbyvá než konstatovat, že část návrhu směřující proti netransparentnosti a zmatečnosti postupu zadavatele při vyřizování námitek navrhovatele ze dne 2. 10. 2020 ve spojení s doručení opatření k nápravě č. 1 nebyla Úřadu a zadavateli doručena ve lhůtě podle § 251 odst. 2 zákona, tedy nejpozději do 29. 10. 2020, a proto Úřad v předmětné části návrhu správní řízení podle ustanovení § 257 písm. e) zákona zastavil, jak je uvedeno ve výroku I. tohoto rozhodnutí.

K výroku II. tohoto rozhodnutí

Relevantní ustanovení právních předpisů

91. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
92. Podle § 39 odst. 2 písm. a) zákona v průběhu zadávacího řízení zadavatel vybírá z účastníků zadávacího řízení vybraného dodavatele na základě posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení.
93. Podle § 39 odst. 4 zákona není-li v zákoně stanoveno jinak, může zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení před hodnocením nabídek nebo až po hodnocení nabídek. U vybraného dodavatele musí zadavatel provést posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení a hodnocení jeho nabídky vždy.
94. Podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace 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.
95. Podle § 79 odst. 4 zákona nestanoví-li zadavatel v zadávací dokumentaci jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) nebo b) zákona použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl
- a) společně s jinými dodavateli, a to v rozsahu, v jakém se na plnění zakázky podílel, nebo
 - b) jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky, služby nebo stavební práce podílel.
96. Podle § 83 odst. 1 zákona může dodavatel 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 jinou osobou,
- b) doklady prokazující splnění chybějící části kvalifikace prostřednictvím jiné osoby,
- c) doklady o splnění základní způsobilosti podle § 74 jinou osobou a
- d) písemný závazek jiné osoby k poskytnutí plnění určeného k plnění veřejné zakázky nebo k poskytnutí věcí nebo práv, s nimiž bude dodavatel oprávněn disponovat v rámci plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém jiná osoba prokázala kvalifikaci za dodavatele.

97. 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) zákona 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.

98. Podle § 122 odst. 3 písm. a) zákona zadavatel odešle vybranému dodavateli výzvu k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci, pokud je již nemá k dispozici.

99. Podle § 123 zákona odešle zadavatel bez zbytečného odkladu od rozhodnutí o výběru dodavatele oznámení o výběru dodavatele všem účastníkům zadávacího řízení. S výjimkou jednacího řízení bez uveřejnění a zadávacího řízení, v němž je jeden účastník zadávacího řízení, musí být součástí tohoto oznámení

- a) zpráva o hodnocení nabídek, pokud proběhlo hodnocení nabídek,
- b) výsledek posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele, který bude obsahovat
 - 1. seznam dokladů, kterými vybraný dodavatel prokazoval kvalifikaci, a
 - 2. u požadované profesní způsobilosti podle § 77 odst. 2 zákona, ekonomické kvalifikace a technické kvalifikace údaje rozhodné pro prokázání splnění jednotlivých kritérií kvalifikace,
 - 3. seznam dokladů nebo vzorků, jejichž předložení je podmínkou uzavření smlouvy, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. a) zákona,
 - 4. výsledek zkoušek vzorků, pokud si je zadavatel vyhradil podle § 104 písm. b) zákona.

Skutečnosti vyplývající z dokumentace o zadávacím řízení

100. Předmětem veřejné zakázky je podle bodu 1 zadávací dokumentace »zhotovení díla „II/602 Jihlava – JV obchvat“. Jedná se o novostavbu jihovýchodního obchvatu Jihlavy, který zahrnuje propojení silnic I/38 (konec stávajícího západního obchvatu Jihlavy), silnice II/405 a silnice II/602.«. Zadavatel dále uvedl, že celková délka navržené přeložky silnice II/602 je 5,450 km, v trase jsou navrženy podélné sklony, zřízení dvou stoupacích pruhů v úsecích s dlouhým

stoupáním, součástí obchvatu je i řešení odvodnění a kolize se stávajícími inženýrskými sítěmi, dále realizace tří okružních křižovatek, jedné průsečné křižovatky, dvou stykových křižovatek a dvou prostých, mimoúrovňových křížení. V rámci stavby je navrženo zřízení 8 mostních objektů.

101. Zadavatel v bodu 8.3 zadávací dokumentace stanovil, že *„Dodavatel prokáže technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2) písm. a) ZZVZ předložením seznamu stavebních prací obdobného charakteru poskytnutých za posledních 7 let před zahájením zadávacího řízení (...) (doplňný stručným popisem stavby, ze kterého bude patrné, že se jedná o stavbu obdobného charakteru).*

Zadavatel, s ohledem na složitost a rozsah plnění veřejné zakázky, vymezuje minimální úroveň pro splnění technické kvalifikace takto:

- a) nejméně tři kompletní novostavby obchvatu nebo přeložky silnice (včetně plné konstrukce vozovky) v extravilánu kategorie min S7,5 s minimální délkou 2,5 km a finančním objemu minimálně 200 mil. Kč bez DPH pro každou z nich,*
- b) nejméně jednu kompletní novostavbu mostu s minimální délkou přemostění 40 m. Tato referenční stavba může být součástí prokazovaných referenčních staveb komunikace dle bodu a).*

Přílohou tohoto seznamu budou minimálně 2 osvědčení o řádném poskytnutí a dokončení prací uvedených v seznamu, potvrzená objednatelem stavebních prací. Osvědčení bude obsahovat identifikaci příslušné stavební zakázky, cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a údaj o tom, zda byly stavební práce řádně poskytnuty a dokončeny. Za řádně poskytnuté a dokončené stavební práce mohou být považovány pouze takové, které byly provedeny dle sjednaného termínu a ve sjednané kvalitě.

Z údajů předloženého seznamu musí být patrné postavení dodavatele v dodavatelském systému (zhotovitel, poddodavatel, člen sdružení apod.) a jeho podíl na realizované stavbě (finanční podíl musí odpovídat min. výši požadované zadavatelem). (...).“

102. Vybraný dodavatel v nabídce předložil k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona seznam těchto realizovaných stavebních prací:

- I. *„Vállalkozási szerződés keretén belül a 8. sz. főút Várpalota elkerülő 23+900 – 29+700 km szelvények közötti szakasz kiviteli terveinek elkészítése, valamint út-, híd- és kapcsolódó létesítményeinek kivitelezési feladatai elvégzése“ (obchvat města Várpalota, hlavní silnice, mosty a navazující objekty – dále jen „Obchvat města Várpalota“) – realizoval poddodavatel Subterra - Raab Korlátolt Felelősségű Társaság, IČO 0809025909, se sídlem Rómer Flóris utca. 5, H-9024 Győr, Maďarská republika, (dále jen „Subterra - Raab Kft.“)*
- II. *„SOKP 512 D1 – Vestec“ (Novostavba obchvatu – dálničního okruhu kolem Prahy) – realizoval poddodavatel Metrostav a.s.,*
- III. *„E 134 Damåsen – Saggrenda část: 30 Trollerudmoen – Saggrenda“ (Výstavba silničního obchvatu města Kongsberg) – realizoval poddodavatel Metrostav a.s.*
- IV. *„Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí“ – realizoval poddodavatel Metrostav a.s.,*

V. „R35 MÚK Opatovice, dostavba estakády“ – realizoval poddodavatel Metrostav a.s.

Vybraný dodavatel v nabídce současně doložil tato osvědčení objednatelů (v prosté kopii) o řádném poskytnutí a dokončení staveb: Obchvat města Várpalota (poddodavatel Subterra - Raab Kft.), SOKP 512 D1 – Vestec, Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí a R35 MÚK Opatovice, dostavba estakády (vše poddodavatel Metrostav a.s.).

103. Součástí nabídky vybraného dodavatele byly smlouvy o smlouvě budoucí (dále také jen „SoSB“) s poddodavatelem vybraného dodavatele prokazujícími technickou kvalifikaci podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona. Poddodavatel Subterra - Raab Kft. se v čl. 1.2 SoSB uzavřené dne 1. 7. 2020 zavázal k provedení zemních prací a přeložky kabelů vztahující se k přípravě a realizaci šetřené veřejné zakázky. Závazek poddodavatele Metrostav a.s. ve smyslu § 83 odst. 1 písm. d) zákona podílet se na plnění předmětu veřejné zakázky byl v čl. 1.2 SoSB uzavřené dne 27. 7. 2020 vyjádřen následovně: *»Předmětem budoucí Smlouvy o dílo budou zemní práce vztahující se k přípravě a realizaci stavby „II/602 Jihlava – JV obchvat“, která je předmětem otevřeného řízení vyhlášeného Krajem Vysočina, Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava v informačním systému o veřejných zakázkách dne 20. 05. 2020, pod ev. č. Z2020-017190. Smluvní strany vyjadřují svoji vůli uzavřít tuto smlouvu o budoucí Smlouvě o dílo bez sjednání ceny. Smluvní strany sjednávají, že předmět budoucí smlouvy o dílo bude realizován společností Metrostav a.s. prostřednictvím její divize 4, a to v rozsahu, v jakém budoucí zhotovitel prokazoval kvalifikaci za budoucího objednatele ve výše uvedeném zadávacím řízení.«*
104. Ze „Zprávy o hodnocení nabídek a záznamu o posouzení splnění podmínek účasti č. 1“ ze dne 10. 8. 2020 vyplývá, že zadavatel (hodnotící komise) shledal v nabídce vybraného dodavatele nejasnosti v prokázání technické kvalifikace u 3 z 5 stavebních prací ze seznamu zakázek obdobného charakteru, které byly realizovány poddodavatelem ve sdružení, a u nichž nelze určit, že splňují požadavky zadavatele uvedené v bodu 8.3 a) zadávací dokumentace, aby referenční stavba zahrnovala plnou konstrukci vozovky. Hodnotící komise dále shledala nedostatky ve smlouvách s poddodavatelem, jejichž prostřednictvím vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci, když poddodavatelské závazky se týkaly pouze zemních prací a přeložky kabelů. Hodnotící komise dále konstatovala, že z nabídky vybraného dodavatele není jasné, jakou část plnění předmětu veřejné zakázky bude zajišťovat vybraný dodavatel vlastní kapacitou a kým bude prováděna konstrukce vozovky a výstavba mostů.
105. Dne 11. 8. 2020 zaslal zadavatel vybranému dodavateli „Výzvu k písemnému objasnění předložených údajů, dokladů a doplnění chybějících údajů, dokladů“, ve které mimo jiné vyzval vybraného dodavatele k odstranění nejasností u 3 referenčních staveb s následujícím odůvodněním:
- *„Vállalkozási szerződés keretén belül a 8. sz. főút Várpalota elkerülő 23+900 – 29+700km... (Subterra - Raab Korlátolt Felelősségű Társaság) - vzhledem k tomu, že stavba byla prováděna v rámci sdružení, není možné z předložených dokladů jednoznačně určit, zda část stavby provedená poddodavatelem Subterra - Raab Korlátolt Felelősségű Társaság splňovala požadavek dle bodu a) výše (zejména plná konstrukce vozovky v požadované délce).*
 - *SOKP 512 D1 – Vestec (Metrostav a.s.) - komise, na základě znalosti této stavby a na základě prověření reference u kontaktní osoby objednatele, má informace, že člen*

sdužení Metrostav a.s. na této stavbě, prováděné v rámci sdužení, neprováděl plnou konstrukci vozovky (konkrétně krytovou vrstvu) a tato stavba tedy nesplňuje požadavek zadavatele.

- *E134 Damásen – Saggrenda část: 30 Trollerudmoen – Saggrenda (Metrostav a.s.) – u předložené stavby je uvedeno, že společnost Metrostav a.s. realizovala objem prací ve výši 295,55 mil. Kč s podrobným popisem, že se jednalo o ražbu a zajištění tunelů a žbk 2 podjezdů a 4 tunel. portálů. Z předložených údajů tedy vyplývá, že tato stavba nesplňuje požadavek zadavatele dle bodu a) výše.*

Komise žádá o vysvětlení zjištěných nejasností, případně doložení takových staveb, které by splnily požadavky na technickou kvalifikaci v plném rozsahu.“

Ve vztahu k technické kvalifikaci prokazované prostřednictvím poddodavatelů Subterra – Raab Kft. a Metrostav a.s. pak zadavatel požadoval předložit přesnou specifikaci prací, které budou jednotliví poddodavatelé při realizaci předmětu veřejné zakázky realizovat, zejména zadavatel požadoval specifikovat, kým bude prováděna výstavba mostů a konstrukce vozovek.

106. Vybraný dodavatel v „Písemném objasnění předložených údajů, dokladů a doplnění chybějících údajů, dokladů“ (dále jen „objasnění nabídky“) ze dne 24. 8. 2020 k pochybnostem zadavatele o referenčních stavbách realizovaných ve sdužení dodavatelů uvedl následující vysvětlení. Z požadavků zadavatele na technickou kvalifikaci podle názoru vybraného dodavatele vyplývá, že požadavek kompletní novostavby obchvatu nebo přeložky silnice (včetně plné konstrukce vozovky) v extravilánu kategorie min S7,5 s minimální délkou 2,5 km a finančním objemu minimálně 200 mil. Kč bez DPH se vztahuje k samotné referenční stavbě, kterou mají účastníci předložit k prokázání technické kvalifikace. Vybraný dodavatel chápe požadavky zadavatele tak, že referenční zakázka, kterou realizovalo sdužení, jehož byl účastník členem a která splňuje kritérium technické kvalifikace, musí v kontextu podmínek použití referencí sdužení splňovat ve vztahu k účastníkovi pouze předpoklad, že se na ní podílel finančním objemem 200 mil. Kč bez DPH. Ze znění bodu 8.3 zadávací dokumentace nelze dle názoru vybraného dodavatele vyvodit, že měl ve sdužení každý ze členů tohoto sdužení povinnost v rámci jím realizované části referenční zakázky splnit výše uvedené kritérium technické kvalifikace. Vybraný dodavatel však ve snaze předejít případnému sporu vyplývajícímu z výše uvedených rozporů v interpretaci kritéria technické kvalifikace doplnil seznam referenčních zakázek (realizovaných poddodavatelem Metrostav a.s.) a v nabídce předložená osvědčení objednatelů o následující stavby:

- „Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – Nowy Dwór Gdański“,
- „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“,
- „R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice“,
- „Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí“ (tato referenční stavba již byla součástí seznamu stavebních prací předloženého v nabídce vybraného dodavatele, pozn. Úřadu).

107. Vybraný dodavatel dále v rámci objasnění nabídky ze dne 24. 8. 2020 předložil zadavateli „Smlouvu o uzavření budoucí Smlouvy o dílo“ s poddodavatelem Metrostav a.s. ze dne 19. 8. 2020, kde je závazek poddodavatele v bodu 1.2 vymezen následovně: *»Předmětem budoucí Smlouvy o dílo bude výstavba mostů a konstrukce vozovek vztahující se k přípravě a realizaci stavby „II/602 Jihlava – JV obchvat“, která je předmětem otevřeného řízení vyhlášeného Krajem Vysočina, Žižkova 1882/57, 587 33 Jihlava v informačním systému o veřejných zakázkách dne 20. 05. 2020, pod ev. č. Z2020-017190. Smluvní strany vyjadřují svoji vůli uzavřít tuto smlouvu o budoucí Smlouvě o dílo bez sjednání ceny. Smluvní strany sjednávají, že předmět budoucí smlouvy o dílo bude realizován společností Metrostav a.s. prostřednictvím její divize 4, a to v rozsahu, v jakém budoucí zhotovitel prokazoval kvalifikaci za budoucího objednatele ve výše uvedeném zadávacím řízení.«*. Vybraný dodavatel dále k dotazu zadavatele na rozsah plnění veřejné zakázky jednotlivými poddodavateli uvedl, že poddodavatel Metrostav a.s. bude prostřednictvím Divize 4 realizovat zemní práce, výstavbu mostů a konstrukci vozovek a poddodavatel Subterra - Raab Kft. bude provádět zemní práce a přeložku kabelů, přičemž realizace všech klíčových stavebních prací bude prováděna v takovém rozsahu a míře, v jakém byla kvalifikace uvedenými poddodavateli prokazována.
108. Ve „Zprávě o hodnocení nabídek a záznamu o posouzení splnění podmínek účasti č. 2“ ze dne 31. 8. 2020 hodnotící komise konstatovala, že vybraný dodavatel doložil požadované doklady i vysvětlení a splnil podmínky účasti v zadávacím řízení v plném rozsahu. V Příloze č. 2 zprávy o hodnocení nabídek č. 2 nazvané „Podrobný zápis o posouzení splnění vybraných podmínek účasti“ zadavatel v seznamu dokumentů, kterými vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci, uvedl celkem 8 referenčních staveb zahrnujících 5 původně předložených v nabídce vybraného dodavatele a 3 doplněné na základě výzvy zadavatele k objasnění nabídky vybraného dodavatele.
109. Součástí dokumentace o zadávacím řízení je podání označené jako „Oznámení věřitelům a dlužníkům společnosti Metrostav a.s.“ ze dne 1. 9. 2020, ve kterém společnost Metrostav a.s. oznamuje, že dne 25. 8. 2020 uzavřela s vybraným dodavatelem smlouvu o prodeji části závodu, jejímž předmětem je prodej části závodu v podobě části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4. Společnost Metrostav a.s. dále uvedla, že vybraný dodavatel k datu 1. 9. 2020 nabyl jmění, které náleží k převáděné části závodu, a došlo k přechodu práv a povinností, jakož i pohledávek a dluhů, které k části závodu náleží.
110. Dne 22. 9. 2020 zadavatel rozhodl o výběru dodavatele (dále jen „rozhodnutí o výběru č. 1“) a téhož dne zaslal účastníkům zadávacího řízení oznámení o výběru dodavatele. Přílohou oznámení o výběru dodavatele ze dne 22. 9. 2020 jsou zprávy o hodnocení nabídek ze dne 10. 8. 2020, 31. 8. 2020, 8. 9. 2020 a 14. 9. 2020 včetně výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele obsahující seznam dokladů o kvalifikaci vybraného dodavatele.
111. Dne 22. 9. 2020 zadavatel odeslal vybranému dodavateli výzvu k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o kvalifikaci podle § 122 odst. 3 zákona. Ve vztahu k technické kvalifikaci prokazované prostřednictvím jiných osob (Subterra – Raab Kft., Metrostav a.s.) požadoval zadavatel předložit mimo jiné smlouvy o uzavření budoucí Smlouvy o dílo

a originály či ověřené kopie osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací, kterými byla prokazována technická kvalifikace.

112. Dne 30. 9. 2020 obdržel zadavatel odpověď vybraného dodavatele na výzvu k předložení dokladů o kvalifikaci ze dne 29. 9. 2020, v níž vybraný dodavatel informoval o skutečnosti, že dne 25. 8. 2020 uzavřela společnost Metrostav a.s. s vybraným dodavatelem smlouvu o prodeji části závodu, jejímž předmětem je »prodej části závodu v podobě části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného „Divize 4“.

Společnost Metrostav Infrastructure a.s. v rámci převáděné části závodu nabyla majetek, smluvní vztahy, personální a další zdroje, jejichž prostřednictvím byly v minulosti realizovány zakázky s převáděnou částí závodu spojené.

V souladu s tím na základě Smlouvy přešly na společnost Metrostav Infrastructure a.s. také následující reference:

- *SOKP 512 D1 – Vestec*
- *Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín*
- *R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice*
- *Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí*
- *R35 MÚK Opatovice, dostavba estakády*

S ohledem na výše uvedené je tak nadále osobou disponující těmito referencemi společnost Metrostav Infrastructure a.s.

Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem nedošlo ke změně kvalifikace účastníka zadávacího řízení, jež by byla potřeba Zadavateli oznámit dle § 88 ZZVZ, neboť podmínky kvalifikace vybraný dodavatel nadále splňoval, ať už prostřednictvím společnosti Metrostav a.s. nebo nyní prostřednictvím společnosti Metrostav Infrastructure a.s.

Nad rámec výše uvedených předložených originálů či ověřených kopií dokladů předkládá vybraný dodavatel též Společné potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu.

Vše ostatní zůstává i po převodu části závodu tak, jak bylo doloženo v rámci nabídky, resp. vysvětlení nabídky.«.

113. Přílohou odpovědi vybraného dodavatele na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona je dokument označený jako „Potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“ datovaný dne 2. 9. 2020 a signovaný odpovědnými osobami společnosti Metrostav a.s. a vybraného dodavatele. Text dokumentu se obsahově shoduje s textem uvedeným v odpovědi vybraného dodavatele na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona citovaným výše (v odstavci 112 odůvodnění tohoto rozhodnutí) a k převáděným referenčním zakázkám je dále uvedeno, že „Tyto Reference jsou výslovně uvedeny v seznamu převedených referencí v příloze 9 Smlouvy, přičemž na společnost Metrostav Infrastructure zároveň přešly i veškeré závazky ze smluv, na jejichž základě se předmětné Reference realizují či byly realizovány.“.

114. Ve vztahu k technické kvalifikaci vybraný dodavatel spolu s odpovědí na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona zaslal zadavateli i ověřené kopie smluv s poddodavatelem Subterra

– Raab Kft. a Metrostav a.s., které byly původně v nabídce předloženy v prosté kopii, originál smlouvy s poddodavatelem Metrostav a.s. doplněný v rámci objasnění nabídky ze dne 24. 8. 2020 a dále ověřené kopie osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení těchto stavebních prací:

- Obchvat města Várpalota (zhotovitel Subterra – Raab Kft.),
- Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – Nowy Dwór Gdański (zhotovitel Metrostav a.s.),
- SOKP 512 D1 – Vestec (zhotovitel Metrostav a.s.),
- Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín (zhotovitel Metrostav a.s.),
- R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice (zhotovitel Metrostav a.s.),
- Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí (zhotovitel Metrostav a.s.),
- R35 MÚK Opatovice, dostavba estakády (zhotovitel Metrostav a.s.).

115. Dne 13. 10. 2020 zadavatel v návaznosti na námitky navrhovatele č. 1 ze dne 2. 10. 2020 proti rozhodnutí o výběru č. 1 přistoupil k přijetí opatření k nápravě č. 1, které spočívalo v:

- a) zrušení výroku komise, že nebude posuzovat žádnou nabídkovou cenu jako mimořádně nízkou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, a nahrazení výrokem, že nabídková cena vybraného dodavatele je mimořádně nízkou ve vztahu k předmětu veřejné zakázky, neboť obsahuje mimořádně nízké položkové ceny,
- b) zrušení Oznámení o výběru dodavatele ze dne 22. 9. 2020,
- c) zaslání žádosti vybranému dodavateli k písemnému zdůvodnění mimořádně nízké nabídkové ceny v rozsahu dle § 113 odst. 4 písm. a) a b) zákona,
- d) provedení posouzení objasnění mimořádně nízké nabídkové ceny, které zadavatel obdržel od vybraného dodavatele;
- e) odeslání nového oznámení o výběru.

116. Z výpisu usnesení ze zasedání Rady kraje Vysočina vyplývá, že zadavatel dne 20. 10. 2020 rozhodl o zrušení rozhodnutí o výběru č. 1 a zároveň znovu rozhodl o výběru dodavatele (dále jen „rozhodnutí o výběru č. 2“).

117. Dne 22. 10. 2020 zadavatel v návaznosti na námitky navrhovatele č. 2 dne 15. 10. 2020 proti opatření k nápravě č. 1 přistoupil k přijetí opatření k nápravě, které spočívalo v:

- a) zrušení rozhodnutí o výběru č. 1,
- b) přijetí nového rozhodnutí o výběru.

118. Dne 22. 10. 2020 zadavatel odeslal účastníkům zadávacího řízení Oznámení o výběru dodavatele č. 2 (dále jen „oznámení o výběru č. 2“). Přílohou oznámení o výběru č. 2 jsou zprávy o hodnocení nabídek ze dne 10. 8. 2020, 31. 8. 2020, 8. 9. 2020 a 14. 9. 2020 včetně výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele obsahující seznam dokladů o kvalifikaci vybraného dodavatele, přičemž z těchto informací je zřejmé,

že zadavatel posoudil technickou kvalifikaci u vybraného dodavatele za prokázanou prostřednictvím poddodavatelů.

Posouzení věci

119. Úřad nejprve v obecné rovině uvádí, že kvalifikací se ve smyslu § 28 odst. 1 písm. c) zákona rozumí způsobilost a schopnost dodavatele plnit veřejnou zakázku. Tento pojem tedy nezahrnuje pouze oprávnění k výkonu určité činnosti, ale např. i existenci doložitelných zkušeností či praxe dodavatele. Při posouzení splnění kvalifikace je nutné vždy reflektovat samotný účel tohoto institutu, kterým je objektivním, transparentním a nediskriminačním způsobem zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež poskytují záruky o své schopnosti veřejnou zakázku řádně, včas a v odpovídající kvalitě realizovat. Adekvátně nastavené kvalifikační předpoklady jsou tedy jakýmsi „sítím“, které má zamezit účasti subjektů neschopných danou veřejnou zakázku řádně splnit. Co se týče kritérií technické kvalifikace, jejich smyslem je pak konkrétně prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě (srov. § 79 odst. 1 zákona). K prokázání technické kvalifikace u veřejných zakázek na stavební práce může zadavatel podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona požadovat předložení seznamu poskytnutých stavebních prací (tzv. „referenčních zakázek“), přičemž nad rámec seznamu je u veřejných zakázek na stavební práce zákonem vyžadováno předložení osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení nejvýznamnějších z uvedených prací.
120. Úřad dále uvádí, že zadavatel posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení provádí na základě údajů a dokladů obsažených v nabídce (případně v doplnění či objasnění nabídky) a pokud zadavatel nemá žádné relevantní indicie zpochybňující správnost a úplnost předložených dokladů, nelze zadavateli nic vytknout, pokud konstatuje prokázání kvalifikace, potažmo splnění podmínek účasti v zadávacím řízení. Naopak, Úřad má se zřetelem k zásadě transparentnosti za to, že pokud v souvislosti s prokázáním kvalifikace konkrétního dodavatele vystanou na straně zadavatele jakékoliv pochybnosti, je nejen jeho možností, ale taktéž i jeho povinností tyto pochybnosti odstranit, a vědět jakým způsobem a zda účastník zadávacího řízení kvalifikační kritérium skutečně prokázal (vč. toho, jakým způsobem) a splnil tak podmínky účasti v zadávacím řízení. Zákonem předvídaným způsobem je v této souvislosti zejména institut objasnění nabídky ve smyslu § 46 zákona.
121. S ohledem na výše uvedené Úřad přistoupil k posouzení okolností nyní šetřeného případu. V daném případě je pro posouzení případu rozhodné to, zda z dokumentace o zadávacím řízení vyplývá, že zadavatel u vybraného dodavatele řádně posoudil jak a čím (kým) prokázal splnění kritéria technické kvalifikace, resp. zda zadavatel u vybraného dodavatele dostatečně vyvrátil pochybnosti s tím související, tedy zda zadavatel u vybraného dodavatele řádně posoudil splnění podmínek účasti tak, jak předpokládá § 39 odst. 4 zákona ve spojení se zásadou transparentnosti dle ust. § 6 odst. 1 zákona. Pro úplnost Úřad dodává, že v daném případě není sporu o tom, že by posouzení splnění podmínek zadavatel neprovedl vůbec, ale zda tak učinil v souladu se zásadou transparentnosti.
122. Vybraný dodavatel k prokázání technické kvalifikace podle § 79 odst. 2 písm. a) zákona v nabídce předložil seznam stavebních prací obsahující 5 referenčních zakázek, které poté v objasnění nabídky ze dne 24. 8. 2020 doplnil o 3 další referenční zakázky, přičemž všechny

(celkem 8 referenčních zakázek) doložené stavební práce prokazoval prostřednictvím poddodavatelů, a to následovně:

- Obchvat města Várpalota

prokazováno **poddodavatelem Subterra - Raab Kft.**, k čemuž vybraný dodavatel v nabídce doložil kopii osvědčení objednatele o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací a dále kopii smlouvy o budoucí smlouvě o dílo, ve které se poddodavatel Subterra - Raab Kft. zavázal k provedení zemních prací a přeložky kabelů vztahující se k přípravě a realizaci šetřené veřejné zakázky;

- „SOKP 512 D1 – Vestec“ (Novostavba obchvatu – dálničního okruhu kolem Prahy),
- „E 134 Damåsen – Saggrenda část: 30 Trollerudmoen – Saggrenda“ (Výstavba silničního obchvatu města Kongsberg),
- „Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí“,
- „R35 MÚK Opatovice – dostavba estakády“,
- „Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – Nowy Dwór Gdański“,
- „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“,
- „R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice“,

prokazováno **poddodavatelem Metrostav a.s.**, k čemuž vybraný dodavatel v nabídce doložil kopie 3 osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací (SOKP 512 D1 – Vestec, Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí a R35 MÚK Opatovice – dostavba estakády) a kopii smlouvy o budoucí smlouvě o dílo, ve které se poddodavatel Metrostav a.s. zavázal k provedení zemních prací vztahující se k přípravě a realizaci šetřené veřejné zakázky, přičemž následně v objasnění nabídky vybraný dodavatel doplnil originál smlouvy o budoucí smlouvě o dílo, ve které se poddodavatel Metrostav a.s. zavázal k výstavbě mostů a konstrukci vozovek vztahující se k přípravě a realizaci stavby šetřené veřejné zakázky, a kopie 4 osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení stavebních prací [Stavba silnice S-7 Gdaňsk (A-I) – Elblag (S-22) úsek Koszwaly (státní silnice DK 7, sjezd Koszwaly) – Elblag (se sjezdem Kazimierzowo). Úkol č. 1: Koszwaly – Nowy Dwór Gdański; Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín; R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice; Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí].

123. Na tomto místě považuje Úřad za vhodné uvést, že v obecné rovině doplňování dokladů k prokázání kvalifikace, tedy i nových referencí (referenčních listů), které nebyly obsaženy v nabídce, je v rámci institutu objasnění či doplnění nabídky podle § 46 zákona možné a v této souvislosti Úřad odkazuje na rozhodovací praxi Úřadu, viz např. rozhodnutí ve věci sp. zn. S0451/2019/VZ potvrzené rozhodnutím předsedy Úřadu sp. zn. R0029/2020/VZ.
124. Ze zpráv o hodnocení nabídek a záznamů o posouzení splnění podmínek účasti č. 1 a č. 2 ze dne 10. 8. 2020 a 31. 8. 2020 (viz odstavce 104 a 108 odůvodnění tohoto rozhodnutí) vyplývá, že vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci plně prostřednictvím poddodavatelů Subterra – Raab Kft. a Metrostav a.s. Ve zprávě o hodnocení nabídek č. 2

ze dne 31. 8. 2020 hodnotící komise k poddodavatelským smlouvám předloženým vybraným dodavatelem v nabídce a v objasnění nabídky uvedla, že poddodavatel Metrostav a.s. bude prostřednictvím své Divize 4 realizovat zemní práce, výstavbu mostů a konstrukci vozovek a poddodavatel Subterra – Raab Kft. bude provádět zemní práce a přeložku kabelů. V Příloze č. 2 zprávy o hodnocení nabídek č. 2 nazvané „Podrobný zápis o posouzení splnění vybraných podmínek účasti“ pak zadavatel v seznamu dokumentů, kterými vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci, uvedl celkem 8 referenčních staveb zahrnujících 1 stavbu realizovanou poddodavatelem Subterra – Raab Kft. a 7 staveb realizovaných poddodavatelem Metrostav a.s. (podrobněji viz odstavec 122 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

125. Po provedeném posouzení splnění podmínek účasti, přičemž poslední jednání komise se uskutečnilo dne 14. 9. 2020, zadavatel rozhodl o výběru dodavatele a současně vyzval vybraného dodavatele dopisem ze dne 22. 9. 2020 k předložení dokladů nebo ověřených kopií dokladů o kvalifikaci podle § 122 odst. 3 zákona.
126. Vybraný dodavatel ve své odpovědi na výzvu k předložení dokladů o kvalifikaci ze dne 29. 9. 2020, kterou zadavatel obdržel dne 30. 9. 2020, informoval zadavatele o skutečnosti, že dne 25. 8. 2020 uzavřela společnost Metrostav a.s. s vybraným dodavatelem smlouvu o prodeji části závodu, jejímž předmětem je prodej části závodu v podobě části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4. Vybraný dodavatel dále sdělil zadavateli, že v rámci převáděné části závodu nabyl majetek, smluvní vztahy, personální a další zdroje, jejichž prostřednictvím byly v minulosti realizovány zakázky s převáděnou částí závodu spojené a dále, že na základě smlouvy o prodeji části závodu přešly na vybraného dodavatele reference týkající se 5 z celkem 8 stavebních prací, kterými vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci (konkrétně SOKP 512 D1 – Vestec, Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín, R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice, Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí, R35 MÚK Opatovice – dostavba estakády). Vybraný dodavatel rovněž předložil zadavateli společné prohlášení společnosti Metrostav a.s. a vybraného dodavatele označené jako „Potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“ ze dne 2. 9. 2020.
127. Úřad poznamenává, že zadavatel byl o převodu Divize 4 informován mimo zadávací řízení již dopisem ze dne 1. 9. 2020 (Oznámení věřitelům a dlužníkům společnosti Metrostav a.s.), nicméně z tohoto obecného sdělení, které Metrostav a.s. adresoval všem svým věřitelům a dlužníkům, nemohl mít zadavatel dostatečné indicie o tom, že by tato skutečnost mohla mít vliv na posouzení splnění kvalifikace vybraným dodavatelem v zadávacím řízení.
128. Úřad dále upozorňuje na skutečnost, že vybraný dodavatel spolu s odpovědí na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona zaslal zadavateli rovněž ověřené kopie smluv s poddodavatelem Subterra – Raab Kft. (uzavřené dne 1. 7. 2020) a Metrostav a.s. (uzavřené dne 27. 7. 2020), které byly původně v nabídce předloženy v prosté kopii, a rovněž originál smlouvy ze dne 19. 8. 2020 s poddodavatelem Metrostav a.s. doplněný v rámci objasnění nabídky ze dne 24. 8. 2020. Vybraný dodavatel dále zadavateli předložil i ověřené kopie všech osvědčení objednatelů o řádném poskytnutí a dokončení referenčních zakázek, které byly v nabídce či v objasnění nabídky původně předloženy v prosté kopii. Touto částí předložených dokladů pak vybraný dodavatel reagoval na výslovný požadavek ve výzvě zadavatele.

129. Dne 22. 10. 2020 zadavatel odeslal účastníkům zadávacího řízení Oznámení o výběru dodavatele č. 2, přičemž jeho přílohou zadavatel učinil zprávy o hodnocení nabídek ze dne 10. 8. 2020, 31. 8. 2020, 8. 9. 2020 a 14. 9. 2020 včetně výsledku posouzení splnění podmínek účasti vybraného dodavatele obsahující seznam dokladů o kvalifikaci vybraného dodavatele. Z oznámení o výběru dodavatele č. 2, zejména pak z jeho příloh, tedy vyplývá, že technická kvalifikace vybraného dodavatele byla prokazována plně poddodavatelsky (podrobněji viz odstavec 124 odůvodnění tohoto rozhodnutí).
130. V daném případě tedy nelze přehlédnout, že zadavatel v době, kdy oznamoval výběr dodavatele č. 2 (22. 10. 2020), již disponoval výslovnou informací o tom, že došlo k převodu části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. (Divize 4), a že dle společného prohlášení poddodavatele Metrostav a.s. a vybraného dodavatele referenční zakázky – SOKP 512 D1 – Vestec, Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín, R7 MUK Vysočany – MUK Droužkovice, Dálnice D3 Tábor – Veselí nad Lužnicí, R35 MÚK Opatovice – dostavba estakády – náleží v důsledku převodu části závodu přímo vybranému dodavateli a vybraný dodavatel jimi technickou kvalifikaci prokazuje sám. Úřad dále akcentuje, že již v rozhodnutí o námitkách č. 1 ze dne 18. 10. 2020 zadavatel uvedl, že vybraný dodavatel po převedení části závodu Divize 4 již neproказuje technickou kvalifikaci prostřednictvím poddodavatele, ale splňuje ji sám prostřednictvím vlastních referencí. Přesto se tato informace vůbec neprojevila v oznámení o výběru dodavatele č. 2 ze dne 22. 10. 2020, když zadavatel v podrobnostech ke splnění podmínek účasti v zadávacím řízení vybraným dodavatelem pouze odkázal na zprávy o posouzení a hodnocení nabídek, přičemž poslední z nich je ze dne 14. 9. 2020. Závěry zachycené v oznámení o výběru dodavatele ze dne 22. 10. 2020 tak nereflktují skutečnosti o způsobu prokazování technické kvalifikace vybraným dodavatelem.
131. S ohledem na výše uvedené Úřad konstatuje, že postup zadavatele při posouzení splnění podmínek účasti v zadávacím řízení vybraným dodavatelem a zadavatelem prezentované závěry v souvislosti se způsobem prokazování technické kvalifikace vybraným dodavatelem tak, jak jsou zachyceny v dokumentaci o zadávacím řízení, jsou ve vzájemném rozporu, a tudíž lze vnímat jistý prvek netransparentnosti v postupu zadavatele při posuzování technické kvalifikace vybraným dodavatelem. Je pak vůbec otázkou, zda sám zadavatel má povědomí o tom, jak (kterými referenčními zakázkami) a kým (sám či prostřednictvím poddodavatelů) vybraný dodavatel nakonec technickou kvalifikaci prokazoval.
132. Úřad se tedy při šetření předmětné veřejné zakázky současně zaměřil na to, zda za tohoto stavu věci, kdy původně vybraný dodavatel prokazoval technickou kvalifikaci poddodavatelsky a následně po převodu Divize 4 prokazoval kvalifikaci samostatně, mohl mít zadavatel kvalifikovanost vybraného dodavatele řádně ověřenou.
133. V první řadě se Úřad vyjadřuje k původnímu způsobu prokazování technické kvalifikace, a to prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s.
134. Ustanovení § 83 odst. 2 druhá věta zákona stanoví požadavek, aby v případě, kdy jsou jinou osobou (poddodavatelem) prokazovány mimo jiné referenční zakázky, dokument dle § 83 odst. 1 písm. d) zákona obsahoval závazek, že tato jiná osoba bude vykonávat stavební práce či služby, ke kterým se prokazované kritérium kvalifikace vztahuje. Zákon oproti předcházející úpravě (zákon č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů) tedy výslovně zakotvuje povinnost reálného podílu na realizaci předmětu veřejné

zakázky ze strany jiné osoby v relevantní míře, pokud tato jiná osoba prokazuje za dodavatele technickou kvalifikaci, jejímž cílem je doložit zkušenost a odbornou znalost účastníka. Pouze za tohoto předpokladu je naplněn smysl a účel technické kvalifikace, neboť v případě doložení předmětného závazku dle § 83 odst. 2 druhá věta zákona má zadavatel vyjasněno, že relevantní činnost, k níž pomocí předmětných požadavků na technickou kvalifikaci požadoval prokázat zkušenost, odbornost či praxi, bude reálně vykonávat osoba (subjekt), která těmito požadovanými charakteristikami skutečně disponuje.

135. V předmětné věci byly ze strany vybraného dodavatele předloženy mj. závazky společnosti Metrostav a.s. (smlouvy o budoucích smlouvách o dílo uzavřené dne 27. 7. 2020 a 19. 8. 2020) jakožto poddodavatele, který – s ohledem na skutečnost, že prokazoval za vybraného dodavatele téměř veškeré zadavatelem požadované referenční zakázky (vyjma reference „Obchvat města Várpalota“ prokazované poddodavatelem Subterra - Raab Kft.) – skutečně v intencích požadavku § 83 odst. 2 věty druhé zákona zakotvoval povinnost Metrostavu a.s. se na plnění věcně vymezené části předmětu veřejné zakázky (zemní práce, výstavba mostů a konstrukce vozovek) reálně podílet. V tomto smyslu Úřad uvádí, že smlouvy o smlouvě budoucí předložené v nabídce a v objasnění nabídky vybraného dodavatele v kombinaci s předloženými osvědčeními objednatelů k referenčním zakázkám společnosti Metrostav a. s. svědčí ve svém souhrnu závěru o tom, že při prokázání technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. a) zákona byly požadavky § 83 odst. 1 písm. d) a § 83 odst. 2 zákona splněny.
136. Dle přesvědčení Úřadu však nelze při posouzení prokázání kvalifikovanosti vybraného dodavatele odhlédnout od dalšího sledu událostí, které nastaly po podpisu poddodavatelských smluv a podání nabídky. Metrostav a.s., jakožto poddodavatel, při podání nabídky deklaroval, že mu svědčí konkrétní reference a byl srozuměn s tím, že své dceřiné společnosti (vybranému dodavateli) je ochoten poskytnout tyto reference k prokázání technické kvalifikace a následně se podílet na plnění předmětu veřejné zakázky v rozsahu, v jakém byla předmětnými referencemi prokazována technická kvalifikace. Plnění veřejné zakázky přitom Metrostav a.s. přislíbil realizovat prostřednictvím Divize 4.
137. Nicméně k předmětným dokladům týkajícím se prokázání technické kvalifikace byly v průběhu zadávacího řízení zadavateli předloženy další doklady, které podle názoru Úřadu zásadním způsobem výše uvedený závěr o možné akceptaci řádného prokázání technické kvalifikace jinou osobou zpochybňují, resp. skutečnost, zda i nadále, s ohledem na zásadní změnu skutkových okolností, prokazuje vybraný dodavatel kvalifikaci i nadále prostřednictvím poddodavatele. Vybraný dodavatel v odpovědi na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci ze dne 29. 9. 2020 informoval zadavatele o prodeji části závodu v podobě části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. (Divize 4) vybranému dodavateli. Jak vyplývá z obsahu společného prohlášení poddodavatele Metrostav a.s. a vybraného dodavatele nazvaného „Potvrzení o přechodu referencí v důsledku převodu části závodu“ ze dne 2. 9. 2020 (viz odstavce 113 odůvodnění tohoto rozhodnutí) na základě Smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 mělo dojít k přechodu 5 referencí (z celkových 7 referencí, kterými Metrostav a.s. za vybraného dodavatele původně prokazoval kvalifikaci, pozn. Úřadu) na vybraného dodavatele. Vybraný dodavatel přitom výslovně v reakci na žádost zadavatele dle § 122 odst. 3 zákona uvedl, že *„Vzhledem ke shora uvedeným skutečnostem nedošlo*

ke změně kvalifikace účastníka zadávacího řízení, jež by byla potřeba Zadavateli oznámit dle § 88 ZZVZ, neboť podmínky kvalifikace vybraný dodavatel nadále splňoval, ať už prostřednictvím společnosti Metrostav a.s. nebo nyní prostřednictvím společnosti Metrostav Infrastructure a.s.“.

138. Vybraný dodavatel zadavateli předložil dokumenty, ze kterých jednoznačně vyplývá, že Metrostav a.s. učinil kroky, jejichž záměrem v souvislosti s prodejem části závodu byl i přechod 5 ze 7 jím předložených referencí na vybraného dodavatele. Z těchto okolností lze usuzovat, že Metrostav a. s. již samostatně těmito referencemi nehodlá disponovat. Pokud vyjdeme z této premisy, která ostatně není nikterak popírána ani samotným vybraným dodavatelem v jeho vyjádření k návrhu, ani zadavatelem, pak je nutné dospět k závěru, že důsledkem těchto předmětných kroků učiněných Metrostavem a.s. (po podpisu příslušných poddodavatelských smluv) – zde Úřad zdůrazňuje, že pro tento závěr není nikterak relevantní to, zda k přechodu referencí skutečně mohlo či nemohlo doloženým způsobem dojít – je zásadní dopad do výše popsaného prokázání kvalifikace poddodavatelem, neboť z těchto kroků Metrostav a.s. lze dovodit, že již zde nadále nemusí existovat původně jím vyjádřená vůle vystupovat v pozici kvalifikačního poddodavatele, a to ve spojení s následnou participací v podobě podílení se na plnění předmětu veřejné zakázky v rozsahu vymezeném v předložených poddodavatelských smlouvách (k tomu viz i dále v souvislosti s deklarací poddodavatele Metrostav a.s. o realizaci plnění veřejné zakázky prostřednictvím Divize 4).
139. Tedy bez ohledu na to, že závazek poddodavatele Metrostav a. s. nebyl v předmětné věci „formálně“ zrušen výpovědí, dohodou stran, popř. odstoupením od smlouvy, resp. tyto skutečnosti nevyplývají z dokumentace o zadávacím řízení, veškeré výše popsané kroky poddodavatele Metrostav a.s. podle názoru Úřadu zakládají minimálně silné pochybnosti o tom, zda tento závazek poddodavatele bude skutečně z jeho strany naplněn a tedy, zda se Metrostav a.s. bude podílet na plnění předmětu veřejné zakázky, jak je v předložených poddodavatelských smlouvách deklarováno. Uvedené kroky, realizované po podpisu poddodavatelských smluv, představují natolik významný dopad do předmětného závazku, resp. minimálně jej natolik relativizují a zpochybňují, že Úřad nemůže v dané věci učinit jiný závěr než ten, že po zohlednění všech doložených dokladů týkajících se realizovaného převodu části závodu na vybraného dodavatele, nelze považovat technickou kvalifikaci vybraného dodavatele za prokázanou poddodavatelem Metrostav a.s. ve smyslu § 83 odst. 1 a 2 zákona, neboť není doložen a prokázán elementární prvek tohoto způsobu prokázání kvalifikace, a tím je existující závazek poddodavatele reálně se podílet na plnění předmětu veřejné zakázky v míře požadované v § 83 odst. 2 druhá věta zákona.
140. Nelze rovněž přehlédnout, že se Metrostav a.s. v předložených poddodavatelských smlouvách zavázal k realizaci vymezeného plnění pomocí Divize 4, tedy že se zavázal realizovat závazek způsobem, kterým již dle předložených podkladů splněn být nemůže, neboť Metrostav a.s. Divizi 4 již nevlastní. Rovněž tedy i tato skutečnost podle názoru Úřadu podporuje relevantnost závěru o tom, že po provedeném převodu části organizačního útvaru (Divize 4) na vybraného dodavatele neměl Metrostav a.s. v úmyslu reálně se na plnění předmětu veřejné zakázky jakožto kvalifikační poddodavatel podílet, k čemuž se původně v předložených poddodavatelských smlouvách zavázal. V daném případě tedy panuje nejistota, zda předmětný závazek poddodavatele Metrostav a.s. stále trvá. Zároveň totiž

nelze přehlédnout, že povědomí o této skutečnosti nemá ani sám zadavatel, když jeho následná argumentace v rozhodnutí o námitkách ve vztahu ke způsobu prokázání technické kvalifikace vybraným dodavatelem tenduje k tomu, že kvalifikaci vybraný dodavatel prokázal samostatně. Dle přesvědčení Úřadu na tento závěr nemá vliv ani skutečnost, že se v případě vybraného dodavatele a Metrostav a.s. jedná o členy holdingu, kdy Metrostav a.s. je mateřskou společností a vybraný dodavatel se nachází v pozici dceřiné společnosti. V tomto ohledu je třeba naopak reflektovat to, že vybraný dodavatel si nemůže případnou potřebnou participaci Metrostav a.s. na plnění veřejné zakázky samostatně zajistit a pakliže by i nadále měl trvat závazek Metrostav a.s., že hodlá participovat na plnění veřejné zakázky prostřednictvím Divize 4, mělo by být zřejmé, že je případně v tomto ohledu připraven a schopen participovat tak díky tomu, že se jedná o mateřskou společnost vybraného dodavatele, jež nyní Divizi 4 vlastní.

141. Za takového stavu věci nemůže zadavatel přijmout závěr o prokázání technické kvalifikace poddodavatelem Metrostav a.s. (v rozsahu jím prokazované kvalifikace referenčními zakázkami, které přešly dle shodného prohlášení na vybraného dodavatele), neboť lze dovozovat, že již přímo sám Metrostav a.s. těmito referencemi nemusí disponovat a ani není zřejmé, zda za daného stavu, kdy prodal Divizi 4, kterou původně deklaroval plnit svůj závazek v poddodavatelské smlouvě hodlal jakkoliv na šetřené veřejné zakázce dále participovat, a to jak v podobě poddodavatele, kterým je prokazována kvalifikace či následně v pozici subjektu, který by se dále na plnění předmětné veřejné zakázky podílel.
142. Na uvedených závěrech nic nemění ani skutečnost, že vybraný dodavatel v rámci odpovědi na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona k předložení originálů nebo ověřených kopií dokladů o jeho kvalifikaci předložil mj. obě již dříve doložené poddodavatelské smlouvy uzavřené mezi společností Metrostav a.s. a vybraným dodavatelem, neboť se jedná smlouvy uzavřené před převodem Divize 4. Jedná se tak o originály smluv, které byly v nabídce obsaženy v prosté kopii a projev vůle společnosti Metrostav a.s. podílet se jako poddodavatel na předmětné veřejné zakázce předchází výše popsaným následným krokům v souvislosti s prodejem Divize 4 a údajnému přechodu referencí.
143. Zadavatel tak nemůže uzavřít, že došlo k prokázání technické kvalifikace prostřednictvím poddodavatele Metrostav a.s., neboť u poddodavatele nastaly výše popsané zásadní změny, a to jak co do možnosti prokazování kvalifikace (Úřad ponechává stranou, komu předmětné reference svědčí, k tomu viz dále odůvodnění tohoto rozhodnutí), ale stejně tak nastaly i rozhodné změny v otázce týkající se původně koncipovaného závazku v poddodavatelské smlouvě. Zjednodušeně řečeno, dle přesvědčení Úřadu, v daném případě vyvstává zcela relevantní otázka, zda vůbec společnost Metrostav a.s. měla ve světle výše popsaného i nadále v plánu jakkoliv vystupovat v předmětné veřejné zakázce. Úřad v tomto ohledu ani nijak nepopírá, že v rámci zadávacího řízení byly předloženy i další reference, které i po prodeji Divize 4 mají stále svědčit společnosti Metrostav a.s. (jedná se však pouze o 2 z původních 7 referencí, které svědčily Metrostav a.s.), tato skutečnost však ničeho nemění na výše uvedených závěrech, jelikož Metrostav a.s. v poddodavatelských smlouvách deklaroval záměr realizace předmětu veřejné zakázky prostřednictvím Divize 4.
144. V dalším kroku se Úřad zaměřil na to, zda zadavatel mohl vědět, že technická kvalifikace byla prokázána samostatně vybraným dodavatelem prostřednictvím referenčních zakázek, které

podle informace vybraného dodavatele měl nabýt spolu s koupí částí organizačního útvaru Divize 4.

145. Zadavatel v rámci odpovědi vybraného dodavatele na výzvu k poskytnutí součinnosti podle § 122 odst. 3 zákona obdržel informaci o tom, že na vybraného dodavatele byla převedena Divize 4, a zároveň souhlasné prohlášení poddodavatele Metrostav a.s. a vybraného dodavatele ze dne 2. 9. 2020 (viz odstavec 113 odůvodnění tohoto rozhodnutí), že na základě smlouvy o převodu části závodu přešlo na vybraného dodavatele i 5 ze 7 referencí, kterými poddodavatel v nabídce prokazoval za vybraného dodavatele technickou kvalifikaci. Vybraný dodavatel současně zadavateli předložil ověřenou kopii notářského zápisu NZ 435/2020 ze dne 25. 8. 2020 (dále jen „notářský zápis“), v němž společnost Metrostav a.s. a vybraný dodavatel souhlasně prohlašují, že na základě smlouvy o prodeji části závodu ze dne 25. 8. 2020 došlo k převodu části organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného Divize 4 na vybraného dodavatele.
146. Úřad k tomu uvádí, že v obecné rovině nelze vyloučit možnost, že s koupí závodu, byť i jeho části by mohlo dojít k přechodu referencí, nicméně je třeba reflektovat smysl a účel technické kvalifikace, kterým je zajistit, aby zadavatel vybíral dodavatele veřejné zakázky pouze z okruhu subjektů, jež disponují lidskými zdroji, technickými prostředky, odbornými schopnostmi a zkušenostmi nezbytnými pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Tzn. aby opravdu reference danému subjektu svědčila, nemůže jít o tzv. „kupování kvalifikace“ (které je zapovězeno, viz např. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu č. j. 3 As 204/2014 ze dne 14. 5. 2015, jehož závěry lze mutatis mutandis aplikovat na problematiku přechodu referencí v návaznosti na převod závodu) v tom smyslu, aby pouhou dohodou smluvních stran došlo k převedení zkušeností nabytých při realizaci konkrétní referenční zakázky.
147. Úřad zdůrazňuje, že k přechodu referencí musí dojít na základě faktického stavu (reálné zkušenosti), a to za předpokladu, že na nabyvatele části závodu skutečně přešly veškeré prostředky převodce části závodu, které k plnění konkrétních referenčních zakázek tento předchůdce využíval. Obdobně se vyjádřil i Krajský soud v Brně v rozsudku č. j. 30 Af 138/2012 ze dne 19. 2. 2015, ve kterém rovněž zdůraznil, že pouhé sdělení o převodu části podniku k prokázání dispozice těmito prostředky nepostačuje. Krajský soud v citovaném rozsudku dále uvedl, že takovým dokladem by „mohl“ být doklad o převodu části podniku. V navazujícím rozsudku č. j. 10 As 55/2015 ze dne 20. 8. 2015 pak Nejvyšší správní soud a contrario dovedl, že ani předložení dokladu o převodu části podniku nemusí nutně postačovat pro odstranění pochybností o kvalifikovanosti nabyvatele části podniku. Nejvyšší správní soud zde dále podotknul, že kvalifikovanost *„nelze a priori dovozovat u subjektu, který doposud žádnou zakázku nezhotovil, a svou kvalifikaci odvíjí pouze od tvrzení, že převodem nabyl část podniku, která se (prý) v minulosti na takovýchto zakázkách podílela.“*
148. Zadavatel tedy musí vždy disponovat doklady prokazujícími, že skutečně došlo k převodu veškerého realizačního zázemí, které převodce k plnění daných referenčních zakázek využíval. Úřad zdůrazňuje, že takovým dokladem nemůže být prosté souhlasné prohlášení převodce a nabyvatele o přechodu referencí (jaké předložil vybraný dodavatel v příloze odpovědi na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona), neboť z jeho obsahu nelze ověřit, že na vybraného dodavatele přešly veškeré prostředky, které převodce (Metrostav a.s.)

k realizaci převáděných referenčních zakázek využíval. Úřad dále uvádí, že ani notářský zápis, kterým vybraný dodavatel dokládá nabytí části závodu společnosti Metrostav a.s., neobsahuje informace, ze kterých by bylo možno učinit závěr, že k přechodu referenčních zakázek skutečně došlo. Zadavatel tedy stěží mohl posoudit relevantnost přechodu referencí, když neměl k dispozici ani základní doklad o převodu závodu, jímž je příslušná smlouva o převodu části závodu.

149. Úřad dále akcentuje, že aby bylo možné učinit závěr o tom, že na vybraného dodavatele přešly referenční zakázky, které podle tvrzení Metrostavu a.s. realizovala Divize 4, muselo by být současně prokázáno, že Divize 4 dotčené referenční zakázky skutečně samostatně plnila. V této souvislosti Úřad podotýká, že všechny referenční listy jsou vystaveny na společnost Metrostav a.s. a v žádném z předložených referenčních listů není výslovně uvedeno, že plnění referenčních zakázek realizovala Divize 4. Zůstává tedy otázkou, jakým způsobem a zda vůbec je schopen vybraný dodavatel tuto skutečnost prokázat. Úřad přitom nepominul, že v prováděcích dohodách, které byly předloženy jakožto součást dokladů k prokázání realizace zakázky „Dálnice D3 0309/I Bošilec – Ševětín“ v rámci odpovědi vybraného dodavatele na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona jsou jako osoby oprávněné jednat za zhotovitele Metrostav a.s. uvedeni rovněž, nikoliv však výlučně (alespoň to z textu prováděcích dohod neplyne), vedoucí pracovníci Divize 4. Tato skutečnost sama o sobě však nemůže být dostatečným důkazem o tom, že plnění předmětné zakázky realizovala výlučně Divize 4.
150. Další okolností, kterou je nutné vzít v potaz při posouzení možného přechodu referencí na vybraného dodavatele, je skutečnost, že z notářského zápisu o prodeji části závodu vyplývá, že předmětem prodeje byla pouze »část organizačního útvaru společnosti Metrostav a.s. nazývaného „Divize 4“«, z čehož lze získat pochybnost, zda předmětem převodu byla celá Divize 4 (jak namítal navrhovatel), která dle tvrzení společnosti Metrostav a.s. realizovala převodem dotčené referenční zakázky. V takové otázce by sice mohla být podstatným dokumentem smlouva o převodu části závodu, avšak tuto zadavatel (jak již bylo řečeno) neměl k dispozici.
151. V daném případě je tedy zjevné, že zadavatel nemohl mít ani dostatek podkladů, na jejichž základě by mohl přijmout závěr, že by byla technická kvalifikace prokázána samotným vybraným dodavatelem, neboť nebylo prokázáno, že vybraný dodavatel skutečně po převodu Divize 4 disponuje referenčními zakázkami, kterými je schopen prokázat technickou kvalifikaci sám bez účasti poddodavatelů.
152. Úřad tedy na základě všech výše uvedených skutečností uzavírá, že zadavatel v okamžiku, kdy obdržel informace a doklady zaslané vybraným dodavatelem v odpovědi na výzvu zadavatele podle § 122 odst. 3 zákona, nemohl mít dostatek informací k tomu, aby byl schopen posoudit, zda a jakým způsobem vybraný dodavatel prokázal technickou kvalifikaci, když doklady původně předložené v nabídce vybraného dodavatele již nemusí odpovídat původnímu záměru poddodavatele Metrostav a.s., s ohledem na výše popsání specifické okolnosti případu, a současně přechod referencí na vybraného dodavatele (jakožto nového nabyvatele části závodu Divize 4) a tedy jeho možnost prokázání technické kvalifikace samostatně, nebyla prokázána. Zadavatel rovněž postupoval při posouzení technické kvalifikace a sdělení výsledku o posouzení kvalifikace v rozporu se zásadou transparentnosti,

když oznámení o výběru dodavatele č. 2 ze dne 22. 10. 2020 vůbec nereflektuje zásadní dopady převodu Divize 4 na posouzení splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem.

153. Pro úplnost Úřad sděluje, že si je vědom toho, že vybraný dodavatel předložil řadu referencí, které jsou nadto protkány holdingovými vazbami mezi vybraným dodavatelem a Metrostav a.s., a které signalizují, že by vybraný dodavatel mohl být kvalifikován pro plnění předmětu veřejné zakázky. Svou kvalifikovanost však musí vybraný dodavatel v zadávacím řízení prokázat. Nelze odhlédnout od toho, že Úřad při rozhodování ve věci přezkoumává postup zadavatele, přičemž vychází z obsahu dokumentace o zadávacím řízení. Způsob posouzení prokázání kvalifikace je zadavatel povinen řádně zdokumentovat v dokumentaci o zadávacím řízení, z níž musí být průkazné, jak konkrétně byla kvalifikace vybraným dodavatelem splněna. Právě uvedené se však ve zde posuzovaném případě nestalo. Zadavatel totiž řádně nezachytil, jakým způsobem byla nakonec kvalifikace vybraným dodavatelem prokázána; zda poddodavatelsky nebo samostatně vybraným dodavatelem. S ohledem na postup zadavatele v zadávacím řízení, vč. způsobu vyřízení námitek, a vyjádření v průběhu vedeného správního řízení, má Úřad za to, že ani sám zadavatel neví, jak a v návaznosti na to zda, byla kvalifikace vybraným dodavatelem řádně prokázána. Zadavatel by si měl v daném případě vyjasnit, jestli vybraný dodavatel kvalifikaci prokazuje samostatně či poddodavatelsky. Za situace, že by byla kvalifikace vybraným dodavatelem prokazována samostatně, musí mít zadavatel zajištěny od vybraného dodavatele relevantní doklady, prokazující, že reference skutečně svědčí Divizi 4, kterou vybraný dodavatel prostřednictvím koupě závodu nabyl. Pro případ, že by byla kvalifikace vybraným dodavatelem prokazována poddodavatelsky, a to společností Metrostav a.s., musí zadavatel disponovat podklady, které osvědčí, že i přes převod Divize 4 do vlastnictví vybraného dodavatele, je Metrostav a.s. i nadále připraven plnit roli kvalifikačního poddodavatele, spolu se závazkem podílení se na plnění veřejné zakázky, a to alespoň v rozsahu, v jakém prokázal kvalifikaci za vybraného dodavatele. Relevantní údaje pro ověření způsobu prokázání technické kvalifikace může zadavatel zajistit postupem dle § 46 či § 39 odst. 5 zákona. Jelikož za současného stavu věci nejsou tyto zásadní okolnosti o způsobu prokazování technické kvalifikace vybraným dodavatelem vyjasněny, nelze ani konstatovat závěr, že by byla kvalifikace řádně prokázána, a to z následujících důvodů. Technickou kvalifikaci samostatně doposud vybraný dodavatel neprokázal. Současně s ohledem na vyvstalou nejasnost v případné participaci poddodavatele na veřejné zakázce a jeho dispozici referencemi (v důsledku učiněných obchodních kroků), nelze na kvalifikaci nahlížet jako na splněnou ani prostřednictvím poddodavatele. Úřadu proto v daném případě nezbylo nic jiného než rozhodnout tak, jak je uvedeno výroku II. tohoto rozhodnutí.
154. Na základě výše uvedených skutečností Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky, a to tím, že v rozporu se zásadou transparentnosti vymezenou v § 6 odst. 1 zákona oznámil výběr dodavatele prostřednictvím oznámení o výběru dodavatele ve smyslu § 123 zákona ze dne 22. 10. 2020, ačkoliv po přijetí dokladů dle § 122 odst. 3 zákona nemohl mít postaveno najisto, jakým způsobem a zda vůbec vybraný dodavatel prokázal splnění technické kvalifikace, přičemž i samotné závěry zadavatele zachycené v předmětném oznámení o výběru dodavatele věrohodným způsobem nezachycují skutečnosti o způsobu prokazování technické kvalifikace vybraným dodavatelem, kdy za takového stavu nelze považovat posouzení splnění podmínek účasti u vybraného dodavatele ve smyslu § 39 odst. 4 zákona za transparentní a tedy učiněné

v souladu se zákonem, přičemž takový postup mohl ovlivnit výběr dodavatele a dosud nedošlo k uzavření smlouvy.

K dalším v návrhu namítaným skutečnostem

155. Navrhovatel ve svém návrhu namítá další případná pochybení, týkající se netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti postupu zadavatele spočívající v duplicitě rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele (v souvislosti s datací opatření k nápravě č. 2), v přijetí opatření k nápravě č. 2 a ve vydání rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 10. 2020, neplatnosti oznámení o výběru dodavatele z důvodu nesplnění požadavků dle § 123 zákona, dále v tom, že zadavatel před novým rozhodnutím o výběru dodavatele nevyčkal marného uplynutí lhůty pro podání návrhu proti rozhodnutí o námitkách, resp. skončení případně zahájeného správního řízení. Rovněž navrhovatel namítá vadné posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele, nezákonnost doplňování poddodavatelských referencí a dále to, že rozhodnutí o námitkách je nezákonné a nepřezkoumatelné. Úřad uvádí, že další navrhovatelem namítaná pochybení zadavatele nepřehlídí. Posuzování skutečností, zda zadavatel při zadávání šetřené veřejné zakázky porušil další pravidla stanovená zákonem, by nicméně v tomto správním řízení nebylo účelné, neboť ani shledání některého z dalších tvrzených pochybení zadavatele by nemohlo vést k jinému výsledku řízení, tj. k jinému nápravnému opatření. Námitky stran netransparentnosti a nepřezkoumatelnosti postupu zadavatele, neplatnosti oznámení o výběru dodavatele, nevyčkání zadavatele marného uplynutí lhůty pro podání návrhu, či případně skončení zahájeného správního řízení, vadného posouzení mimořádně nízké nabídkové ceny v nabídce vybraného dodavatele a nezákonnosti doplňování referencí totiž směřuje proti jednomu z úkonů, který je tímto rozhodnutím rušen (jde o oznámení o výběru) a případná nezákonnost rozhodnutí o námitkách je rovněž zhojena zrušením úkonu, který tomuto rozhodnutí předcházela (rozhodnutí o výběru) a na jehož základě (po obdržení námitek) bylo namítané rozhodnutí o námitkách vydáno. V případě rozhodnutí o námitkách ze dne 22. 10. 2020 sám navrhovatel argumentoval, že zadavatel rozhodoval o podání, které nebylo námitkami, a tudíž by ve vztahu k citovanému rozhodnutí zadavatele nebyla pro podání návrhu splněna zákonná podmínka spočívající v podání předchozích řádných a včasných námitek. Uvedená případná pochybení nemohla nikterak to, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky pravidla stanovená zákonem (viz výrok II. tohoto rozhodnutí), pročež Úřad jako nápravné opatření byl povinen zrušit úkony zadavatele jmenované ve výroku III. tohoto rozhodnutí, změnit, resp. ovlivnit.
156. Vzhledem k výše uvedenému tedy považuje Úřad za nadbytečné zabývat se ostatními argumenty navrhovatele. Úřad má za to, že šetření dalších skutečností uvedených v návrhu by nemohlo mít na výsledek rozhodnutí Úřadu vliv. Úřad tak postupuje v souladu s ustálenou rozhodovací praxí, z níž lze vyvodit, že zkoumání dalších důvodů pro uložení nápravného opatření je nadbytečné, existuje-li alespoň jeden oprávněný důvod. Takový postup v rámci přezkumu je nejen v souladu s rozhodovací praxí Úřadu a správních soudů, ale je též v souladu se zásadou procesní ekonomie. Je neúčelné, aby se Úřad věcně zabýval všemi důvody pro uložení nápravného opatření a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež neúměrně zatíží účastníky řízení i Úřad a případně též nedůvodně pozdrží průběh správního řízení. Pokud tedy Úřad dospěje k závěru, že alespoň jeden důvod pro uložení nápravného opatření existoval, je zkoumání existence dalších důvodů

nadbytečné. I kdyby totiž existence důvodů uvedených v odstavci 155 odůvodnění tohoto rozhodnutí pro uložení nápravného opatření byla vyvrácena, popř. potvrzena, nemohla by tato skutečnost nic změnit na tom, že zadavatel nepostupoval při zadávání šetřené veřejné zakázky v souladu se zákonem způsobem popsáním ve výroku II. tohoto rozhodnutí, ani na tom, že je ukládáno opatření k nápravě podle výroku III. tohoto rozhodnutí. Ze stejných důvodů považuje Úřad za nadbytečné provádět v šetřené věci důkaz znaleckým posudkem, jak navrhuje navrhovatel ve vztahu k posouzení MNNC vybraného dodavatele ve svém vyjádření k podkladům rozhodnutí ze dne 19. 1. 2021.

157. Vzhledem k výše uvedenému závěru Úřad považuje za bezpředmětné se zabývat rovněž tvrzeními navrhovatele (uvedenými ve vyjádření k podkladům ze dne 19. 1. 2021 – viz odstavec 72 odůvodnění tohoto rozhodnutí), podle nichž nelze akceptovat některé referenční listiny předložené navrhovatelem, neboť i shledání pochybení zadavatele při posouzení kvalifikace vybraného dodavatele v tomto směru by nemohlo mít vliv na výsledek tohoto rozhodnutí.

K uložení nápravného opatření

158. Podle ustanovení § 263 odst. 2 zákona nedodrží-li zadavatel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky nebo zvláštní postupy podle části šesté, 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.
159. Vycházejí z výše uvedených závěrů Úřad konstatuje, že zadavatel nedodržel pravidla stanovená pro zadání veřejné zakázky způsobem, který je popsán ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Úřad uvádí, že postup zadavatele mohl ovlivnit výběr dodavatele, neboť v současné situaci nemá zadavatel prokázáno, že vybraný dodavatel splňuje podmínky účasti v zadávacím řízení a není tedy vyloučeno, že mu veřejná zakázka nemůže být zadána. Úřad proto konstatuje, že podmínka pro uložení nápravného opatření, spočívající v existenci alespoň potenciálního vlivu na výběr dodavatele, je v daném případě rovněž naplněna.
160. Vzhledem k tomu, že zadavatel dosud neuzavřel smlouvu na veřejnou zakázku, jsou naplněny všechny zákonné podmínky pro to, aby Úřad mohl uložit nápravné opatření ve smyslu § 263 odst. 2 zákona.
161. Úřad konstatuje, že v šetřeném případě není nutné rušit celé zadávací řízení. Nápravu lze zjednat tím, že podle § 263 odst. 2 zákona bude zrušeno rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele ze dne 20. 10. 2020 a oznámení o výběru dodavatele ze dne 22. 10. 2020, jak je uvedeno ve výroku III. tohoto rozhodnutí, neboť, jak bylo dovozeno výše v odůvodnění tohoto rozhodnutí, tyto úkony zadavatele nemohou za stávající situace obstát. S ohledem na výše uvedené skutečnosti rozhodl Úřad o uložení nápravného opatření tak, jak je uvedeno ve výroku II. tohoto rozhodnutí. Pro úplnost Úřad uvádí, že je na zadavateli, aby zvážil případné zrušení dalších (již učiněných) souvisejících úkonů, resp. aby zvážil další postup v zadávacím řízení v duchu zajištění zákonnosti jeho průběhu.
162. V tomto směru považuje Úřad za vhodné upozornit, že je ve vlastním zájmu zadavatele, aby se při opětovném posouzení splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem s ohledem na principy procesní ekonomie a možné další průtahy v zadávacím řízení zabýval i otázkou oprávněnosti případné akceptace referenčních listin předložených vybraným dodavatelem,

z pohledu tvrzení navrhovatele uvedených ve vyjádření k podkladům ze dne 19. 1. 2021 (viz odstavec 72 odůvodnění tohoto rozhodnutí).

K zákazu uzavřít smlouvu v zadávacím řízení

163. Podle § 263 odst. 8 zákona ukládá-li Úřad nápravné opatření s výjimkou zákazu plnění smlouvy, zakáže zároveň zadavateli až do pravomocného skončení řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu; rozklad proti tomuto výroku nemá odkladný účinek.
164. Výše citované ustanovení formuluje jako obligatorní součást rozhodnutí Úřadu o uložení nápravného opatření (s výjimkou zákazu plnění smlouvy) rovněž výrok o tom, že zadavatel až do pravomocného skončení správního řízení nesmí uzavřít smlouvu v zadávacím řízení, přičemž tento výrok je účinný dnem vydání rozhodnutí, a je tedy účinný i u nepravomocného rozhodnutí. Tento zákaz uzavřít smlouvu se ukládá z důvodu, aby se zadavatel nemohl vyhnout splnění uloženého nápravného opatření uzavřením smlouvy [s důsledky zastavení správního řízení dle § 257 písm. j) zákona] ještě před nabytím právní moci rozhodnutí.
165. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku III. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení rozhodnutí zadavatele o výběru dodavatele a oznámení zadavatele o výběru dodavatele, zakázal zároveň ve výroku IV. tohoto rozhodnutí zadavateli až do pravomocného skončení tohoto správního řízení uzavřít v zadávacím řízení smlouvu na veřejnou zakázku.

K uložení úhrady nákladů řízení

166. Podle § 266 odst. 1 zákona je součástí rozhodnutí Úřadu, kterým se ukládá nápravné opatření nebo zákaz plnění smlouvy, též rozhodnutí o povinnosti zadavatele uhradit náklady správního řízení. Náklady řízení se platí paušální částkou, kterou stanoví Ministerstvo pro místní rozvoj vyhláškou. Příslušná vyhláška č. 170/2016 Sb., o stanovení paušální částky nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejných zakázek, stanoví v § 1, že paušální částka nákladů řízení o přezkoumání úkonů zadavatele, kterou je povinen zadavatel uhradit v případě, že Úřad rozhodl o uložení nápravného opatření nebo zákazu plnění smlouvy, činí 30 000 Kč.
167. Vzhledem k tomu, že Úřad tímto rozhodnutím ve výroku III. uložil nápravné opatření spočívající ve zrušení tam uvedených úkonů, rozhodl Úřad o uložení povinnosti uhradit náklady řízení, jak je uvedeno ve výroku V. tohoto rozhodnutí.
168. Náklady řízení jsou splatné do dvou měsíců od nabytí právní moci tohoto rozhodnutí na účet Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže zřízený u pobočky České národní banky v Brně číslo 19-24825621/0710, variabilní symbol 2020000513.

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. Rozklad proti výroku I. tohoto rozhodnutí nemá podle § 76 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, odkladný účinek. Včas podaný rozklad proti výroky II., III. a V. tohoto

rozhodnutí má odkladný účinek. Rozklad proti výroku IV. tohoto rozhodnutí nemá podle § 263 odst. 8 zákona odkladný účinek. Rozklad a další podání účastníků učiněná v řízení o rozkladu se podle § 261 odst. 1 písm. b) zákona činí výhradně prostřednictvím datové schránky nebo jako datová zpráva podepsaná uznávaným elektronickým podpisem.

otisk úředního razítka

JUDr. Eva Kubišová
místopředsedkyně

Obdrží

1. Fiala, Tejkal a partneři, advokátní kancelář, s.r.o., Helfertova 2040/13, Černá Pole, 613 00 Brno
2. COLAS CZ, a.s., Rubeška 215/1, 190 00 Praha 9
3. EUROVIA CS, a.s., U Michelského lesa 1581/2, 140 00 Praha
4. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, ev. č. ČAK 10739, Kruták & Partners, advokátní kancelář s.r.o., Revoluční 724/7, 110 00 Praha 1

Vypraveno dne

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