



UOHSX005ZMTF

PŘESEDÁ ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R420/2013/VZ-9360/2014/310/LPa

Brno 5. května 2014

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 13. 12. 2013, doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže dne 18. 12. 2013 a doplněném podáním ze dne 10. 2. 2014 navrhovatelem –

- účastníky „**Sdružení TÚU Stráž – RVM – ČLUZ - AQUA**“ –
 - **REKULTIVAČNÍ VÝSTAVBA Most, a.s.**, IČ 44569769, se sídlem Antonína Dvořáka 2165, 434 01 Most,
 - **České lupkové závody, a.s.**, IČ 26423367, se sídlem Pecínov 1171, 271 01 Nové Strašecí, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 2. 5. 2013 Ing. Vladimírem Bartošem, CSc., předsedou představenstva, REKULTIVAČNÍ VÝSTAVBA Most, a.s., IČ 44569769, se sídlem Antonína Dvořáka 2165, 434 01 Most,
 - **AQUASYS spol. s r.o.**, IČ 25344447, se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou, ve správním řízení zastoupená na základě plné moci ze dne 30. 4. 2013 Ing. Vladimírem Bartošem, CSc., předsedou představenstva, REKULTIVAČNÍ VÝSTAVBA Most, a.s., IČ 44569769, se sídlem Antonína Dvořáka 2165, 434 01 Most,

kteří dne 26. 10. 2012 uzavřeli smlouvu o sdružení,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S221/2013/VZ-23267/2013/521/VČe ze dne 27. 11. 2013, ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **DIAMO, státní podnik**, IČ 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**Likvidace CHÚ Stráž pod Ralskem**“, v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 26. 3. 2012 a uveřejněno pod ev. číslem 210942 a následně opraveno ve dnech 19. 4. 2012, 9. 8. 2012, 21. 9. 2012, 11. 10. 2012 a 7. 11. 2012 a v Úředním věstníku Evropské unie bylo uveřejněno dne 6. 4. 2012 pod ev. číslem 2012/S 68-111636 ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 4. 2012, dne 18. 8. 2012, dne 2. 10. 2012, dne 23. 10. 2012 a dne 17. 11. 2012,

jsem podle § 152 odst. 5 písm. b) zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 90 odst. 5 téhož zákona, na základě návrhu rozkladové komise, jmenované podle § 152 odst. 3 téhož zákona, rozhodl takto:

Výrok II. rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S221/2013/VZ-23267/2013/521/VČe ze dne 27. 11. 2013

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

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

1. Zadavatel – DIAMO, státní podnik, IČ 00002739, se sídlem Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem (dále jen „**zadavatel**“) – odeslal podle zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, (dále jen „**zákon**“)¹ do Věstníku veřejných zakázek dne 26. 3. 2012 a uveřejnil pod ev. č. 210942 a následně opravil ve dnech 19. 4. 2012, 9. 8. 2012, 21. 9. 2012, 11. 10. 2012 a 7. 11. 2012 a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejnil dne 6. 4. 2012 pod ev. číslem 2012/S 68-111636 ve znění dodatečných informací uveřejněných dne 24. 4. 2012, dne 18. 8. 2012, dne 2. 10. 2012, dne 23. 10. 2012 a dne 17. 11. 2012, oznámení užšího řízení za účelem zadání veřejné zakázky „**Likvidace CHÚ Stráž pod Ralskem**“ (dále jen „**veřejná zakázka**“).

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ust. § 26 zákona v návaznosti na ust. § 158 odst. 1 a 2 zákona.

2. Zadavatel v čl. 3. 4. kvalifikační dokumentace stanovil, že: „dle § 56 odst. 3 písmene a) zákona zájemce doloží seznam staveb obdobných předmětu veřejné zakázky, provedených za posledních 5 let. Pro splnění této kvalifikace požaduje zadavatel doložení minimálně 3 staveb, které zahrnovaly práce stavebně-sanačního charakteru odpovídajících předmětu veřejné zakázky, přičemž nejméně jedna z těchto zakázek musela zahrnovat nakládání s radionuklidy v režimu odpovídajícímu příslušnému národnímu předpisu členského státu EU, upravujícímu nakládání s radionuklidy, (např. dozoru SÚJB dle zákona č. 18/1997 Sb. ve znění zák. č. 13/2002 Sb., Atomový zákon) a obsahovat likvidaci kontaminovaných objektů, sanace území, případně další práce a činnosti, jež jsou předmětem veřejné zakázky, které se týkají vyřazování z provozu jaderného zařízení nebo pracoviště III. kategorie a nakládání s radionuklidy odpovídajícímu příslušnému národnímu předpisu členského státu EU, upravujícímu nakládání s radionuklidy (např. § 9 odst. 1 písm. g) a i) zák. č. 18/1997 Sb., ve znění zákona č. 13/2002 Sb., Atomový zákon.) Finanční objem jedné referenční stavby musí činit minimálně 250 mil. Kč bez DPH a druhé z nich minimálně 100 mil. Kč bez DPH a třetí z nich minimálně 30 mil Kč bez DPH. Uvedené reference budou doloženy osvědčeními objednatelů o řádném plnění, která musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění prací a údaj o tom, zda tyto práce byly provedeny řádně a odborně.“
3. Zadavatel rozhodl o vyloučení navrhovatele – účastníků „Sdružení TÚU Stráž – RVM – ČLUZ - AQUA“ tvořeného společnostmi REKULTIVAČNÍ VÝSTAVBA Most, a.s., IČ 44569769, se sídlem Antonína Dvořáka 2165, 434 01 Most, České lupkové závody, a.s., IČ 26423367, se sídlem Pecínov 1171, 271 01 Nové Strašecí a AQUASYS spol. s r.o., IČ 25344447, se sídlem Jamská 2488/65, 591 01 Žďár nad Sázavou (dále jen „navrhovatel“) z účasti v zadávacím řízení. Ve svém rozhodnutí ze dne 6. 3. 2013, v němž přijal závěry komise pro posouzení kvalifikace uvedl, že osvědčení na realizaci referenční stavby v hodnotě min. 250 mil Kč bez DPH doložil člen sdružení České lupkové závody, a.s., který ovšem figuruje ve stejné věci i jako objednatel, tzn. že dodavatel zde vystupoval jako objednatel vystavující osvědčení o řádném zhotovení díla. Zadavatel z díkce ust. § 56 odst. 3 písm. a) zákona usoudil, že zákon předpokládá oddělenost osoby dodavatele a objednatele. Navrhovatelem předložené prohlášení má podle názoru zadavatele povahu čestného prohlášení dodavatele o provedení příslušných prací, kterým však požadované osvědčení nahradit nelze.
4. Osvědčení na realizaci referenční stavby v hodnotě min. 100 mil Kč bez DPH, která by se týkala vyřazování z provozu jaderného zařízení nebo pracoviště III. kategorie, doložené členem sdružení České lupkové závody, a.s. pak nenaplňovala požadavek zadavatele na prokázání technické kvalifikace v této části, když komise pro posouzení kvalifikace z veřejně dostupného registru rozhodnutí vedených Státním úřadem pro jadernou bezpečnost zjistila, že žádné rozhodnutí o vyřazování z provozu jaderného zařízení nebo pracoviště III. kategorie týkající se předmětu doložené stavby nebylo vydáno.
5. Proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení podal navrhovatel dopisem ze dne 25. 3. 2013 námitky, kterým zadavatel svým rozhodnutím ze dne 4. 4. 2013, které bylo navrhovateli doručeno dne 5. 4. 2013, nevyhověl.

6. Vzhledem k tomu, že navrhovatel nepovažoval rozhodnutí zadavatele o jím podaných námitkách za učiněné v souladu se zákonem, doručil dne 15. 4. 2013 Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „Úřad“) svůj návrh na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 12. 4. 2013, kterým napadl jak zadávací podmínky, tak i rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení ze zadávacího řízení. Navrhovatel popřel skutečnost, že by z § 56 odst. 3 písm. a) zákona vyplýval zákaz totožnosti osoby dodavatele a osvědčujícího objednatele, pokud skutečně realizace dané veřejné zakázky proběhla a zakázka byla řádně provedena. Postoj zadavatele v tomto ohledu označil za diskriminační pro ty dodavatele, kteří si stavební práce provádějí sami pro sebe a nikoliv pro třetí osobu. Požadavek zadavatele na osvědčení realizace referenční stavby v hodnotě min. 100 mil. Kč bez DPH týkající se vyřazování z provozu jaderného zařízení nebo pracoviště III. kategorie pak navrhovatel označil za neúměrně přísný a diskriminační, přičemž požadovaná technická kvalifikace byla podle něj nastavena nad rámec toho, jakou technickou kvalifikaci si vyžaduje samotná povaha předmětných prací. Navrhovatel dále uvedl, že požadovanou referenci řádně doložil.

II. Napadené rozhodnutí

7. Úřad přezkoumal na základě § 112 a následujících ustanovení zákona případ ve všech vzájemných souvislostech a po zhodnocení všech podkladů, zejména dokumentace o veřejné zakázce a vyjádření účastníků řízení, a na základě vlastního zjištění vydal rozhodnutí č. j. ÚOHS-S221/2013/VZ-23267/2013/521/VČe ze dne 27. 11.2013, kterým ve výroku I. zamítl návrh v části směřující proti zadávacím podmínkám, neboť návrh v této části nebyl podán oprávněnou osobou. Ve výroku II. tohoto rozhodnutí Úřad rozhodl o zamítnutí části návrhu týkající se vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 nebo 2 zákona (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
8. Ve vztahu k výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad po uvedení relevantních ustanovení zákona zhodnotil skutečnost, že navrhovatel podal dne 25. 3. 2013 námitky přičemž v nich výslovně uvedl, že směřují proti rozhodnutí zadavatele o jeho vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 6. 3. 2013. Návrh navrhovatele však již směřoval jak proti rozhodnutí zadavatele o vyloučení z účasti v zadávacím řízení ze dne 6. 3. 2013, tak i proti zadávacím podmínkám veřejné zakázky. Z uvedených skutečností Úřad tedy vyvodil závěr, že navrhovatel nepodal zadavateli námitky proti zadávacím podmínkám a tyto pouze uvedl v návrhu směřovanému do rukou Úřadu. S ohledem na ustanovení § 110 odst. 3, který ukládá stěžovateli povinnost doručit zadavateli námitky proti zadávacím podmínkám nejpozději do pěti dnů od skončení lhůty pro podání nabídek, přičemž jelikož podání námitek řádně a včas je podle § 110 odst. 7 zákona podmínkou pro podání návrhu na přezkoumání postupu zadavatele v totožné věci, nezbylo Úřadu než návrh navrhovatele v této části zamítnout pro nesplnění uvedené podmínky podání návrhu.
9. Úřad i v rámci odůvodnění výroku II. napadeného rozhodnutí nejprve připomněl relevantní ustanovení zákona a po zhodnocení obecných úvah uvedl, že na rozdíl od veřejných zakázek na dodávky či veřejných zakázek na služby ze zákona nevyplývá, že osvědčení objednatelů o řádné realizaci stavebních prací lze nahradit čestným prohlášením dodavatele. Dále

nicméně konstatoval, že zákon ani výslovně nevylučuje, aby při naplnění podmínek uvedených v § 56 odst. 8 zákona (tj. především pokud by dodavatel nebyl schopen z objektivních důvodů prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným ze strany zadavatele) bylo toto osvědčení nahrazeno rovnocenným dokladem. Usoudil však, že v takovém případě je věcí dodavatele, aby tuto objektivní nemožnost dostatečně doložil a odůvodnil.

10. Při hodnocení předmětné stěžejní otázky této části návrhu Úřad vycházel u jazykového výkladu slova „osvědčení“ jako listiny, které dokládá či dokazuje určité skutečnosti, v uvedeném případě vydává osvědčení objednatel, který svědčí o řádném plnění díla dodavatelem. K zajištění věrohodnosti se přitom podle Úřadu musí jednat o dva odlišné subjekty, když pouze takto je zajištěna objektivita a pravdivost údajů v osvědčení obsažených. V šetřeném případě navrhovatel předložil k prokázání skutečností listinu, která má obdobnou váhu jako čestné prohlášení, ve kterém rovněž figuruje jedna osoba, která pouze prohlašuje, neprokazuje určité skutečnosti. Zákon takovouto listinu nicméně v případě stavebních prací nepřipouští. Nelze takto totiž prokázat ani odbornost ani řádné provedení stavebních prací, popř. ani reálná cena. Úřad tedy konstatoval, že zadavatel rozhodl správně, pokud vyřadil navrhovatele ze zadávacího řízení pro nesplnění technických kvalifikačních předpokladů.
11. Pro úplnost Úřad dále vyslovil přesvědčení, že čestné prohlášení, ani listinu stejné váhy nelze považovat za doklad rovnocenný ve smyslu § 56 odst. 8 zákona. Za tyto považuje například kolaudační rozhodnutí či protokol o předání a převzetí stavby. Vzhledem ke zjištěným skutečnostem Úřad tedy zamítl návrh navrhovatele i v této části, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření.
12. K návrhové námitce navrhovatele, ve které nesouhlasil se závěrem zadavatele, že nepředložil požadovanou referenci v hodnotě minimálně 100 mil. bez DPH týkající se vyřazování z provozu jaderného zařízení nebo pracoviště III. kategorie, Úřad uvedl, že nepovažuje za nutné se k tomuto důvodu pro vyloučení navrhovatele vyjadřovat, jelikož v šetřeném případě již shledal, že nedoložení požadovaného osvědčení o řádném plnění referenční stavby v hodnotě minimálně 250 mil. Kč bez DPH bylo dostatečným a oprávněným důvodem k tomu, aby zadavatel vyloučil navrhovatele z účasti v zadávacím řízení. V této souvislosti pak Úřad odkázal na rozsudek Vrchního soudu v Olomouci č. j. 2 A 2/99 - 20 ze dne 24. 6. 1999.

III. Námitky rozkladu

13. Navrhovatel uplatnil dne 18. 12. 2013 proti napadenému rozhodnutí v zákonné lhůtě rozklad ze dne 13. 12. 2013, doplněný podáním ze dne 10. 2. 2014, kterým napadá rozhodnutí Úřadu č. j. ÚOHS-S221/2013/VZ-23267/2013/521/VČe ze dne 27. 11. 2013 ve výroku II., pro jeho nesprávné, neúplné věcné a právní posouzení co se týká prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů.
14. Navrhovatel předně zopakoval své předchozí tvrzení, že zákon žádným způsobem nestanoví, že objednatel vystavující referenční osvědčení o řádné realizaci prací musí bezpodmínečně

být odlišný od zhotovitele, naopak je toho názoru, že dodavatel za určitých situací může na pozici objednatele i dodavatele vystupovat. Tuto svou myšlenku pak navrhovatel ve svém rozkladu rozvádí.

15. Navrhovatel dále vytýká zadavateli i Úřadu, že nepřihlédli ke skutečnosti, že účastník sdružení předkládající referenční listinu je vlastníkem lomu Babín, který byl předmětem referenčních prací. V této souvislosti navrhovatel odkazuje na ustanovení zákona č. 44/1998 Sb., o ochraně a využití nerostného bohatství (horní zákon), ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**horní zákon**“) ze kterého pro společnost České lupkové závody, a.s. jako pro majitele lomu vyplývá povinnost provést sanaci a rekultivaci území v lomu Babín a pro osvědčení referenčních prací samotným zhotovitelem tak podle něj existuje objektivní, zákonný důvod.
16. Svůj nesouhlas vyslovil pak navrhovatel i ohledně názoru Úřadu, že na základě osvědčení předloženého navrhovatelem lze jen stěží ověřit reálnou cenu referenční zakázky, když zdůraznil, že si jako každý podnikatelský subjekt řádně vede účetnictví a cenu za realizaci plnění si tak lze lehce ověřit z účetních dokladů. Důkazem řádné a včasné realizace díla jsou taktéž podle navrhovatele výsledky dozoru ze strany orgánů státní báňské správy, která dohlíží na dodržování horního zákona. Výsledky této dozorové činnosti navrhovatel přislíbil dodatečně předložit.
17. I pokud by předseda Úřadu nepřisvědčil názoru navrhovatele, že se u předložené listiny jedná o referenční osvědčení, je podle navrhovatele nutno přihlédnout v souvislosti s dikcí § 56 odst. 8 zákona ke skutečnosti, že navrhovatel jednoznačně prokázal objektivní důvody pro předložení rovnocenného dokladu, neboť tyto důvody výslovně vyplývají z horního zákona. Zákon přitom podle jeho názoru navrhovateli nestanoví povinnost, aby objektivní důvody doložil již v rámci podané žádosti o účast v zadávacím řízení, neboť klade důraz na samotnou existenci těchto důvodů. Pokud tedy objektivní důvody nebyly zadavateli zřejmé, je navrhovatel toho názoru, že měl zadavatel požádat o objasnění předloženého dokladu a ujistit se tak, zda jsou důvody pro vyloučení navrhovatele skutečně dány.
18. K závěru Úřadu, vysloveném v odůvodnění napadeného rozhodnutí, že rovnocenným dokladem ve smyslu § 56 odst. 8 zákona by bylo např. kolaudační rozhodnutí či protokol o předání či převzetí stavby, navrhovatel nabízí předložení potvrzení externí nezávislé měřičské firmy o skutečně provedených objemech prací.
19. Závěrem této části rozkladu navrhovatel předložil názor, že čistě formální nedostatky v předkládaných dokladech prokazujících kvalifikaci, pokud je v daném případě prokazatelné, že kvalifikace je fakticky splněna, nemohou být důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. K potvrzení tohoto názoru pak odkázal na rozhodnutí Krajského soudu v Brně č. j. 62 Ca 17/2006 – 116 ze dne 4. 10. 2006, rozsudku Soudního dvora Evropské unie C-389/92 ze dne 14. 8. 1994 ve věci Ballast Nedam Greop NV v. Belgie nebo rozhodnutí Evropského soudního dvora C-176/98 ze dne 2. 12. 1999 ve věci Host Italia SpA v. Comune di Cagliari.

20. V další části rozkladu navrhovatel namítl, že se Úřad měl věcně zabývat i otázkou osvědčení prokazujícího realizaci stavebních prací v minimální hodnotě 100 mil Kč bez DPH, jejíž nesplnění zadavatel uvedl jako další důvod pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Podle navrhovatele tím, že Úřad neposoudil část návrhu podaného proti jeho vyloučení ze zadávacího řízení, zkrátil navrhovatele o právo přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení, když o jednom z důvodů vůbec nerozhodl. Navrhovatel se tedy prostřednictvím rozkladu domáhá, aby bylo rozhodnutím předsedy potvrzeno, že předmětné referenční osvědčení předložil v souladu s požadavky zadavatele.

Závěr rozkladu

21. Na základě v rozkladu uvedených skutečností navrhovatel navrhl, aby předseda Úřadu podanému rozkladu vyhověl a vydal rozhodnutí, kterým napadené rozhodnutí ve výroku II. zruší a věc vrátí Úřadu k novému projednání.

Doplnění rozkladu

22. Podáním ze dne 10. 2. 2014 navrhovatel doplnil svůj rozklad, ve kterém nejprve zopakoval své stanovisko ve věci, které předestřel již v rozkladu, tedy že referenční osvědčení, u kterého se shoduje osoba objednatele s osobou zhotovitele, plně odpovídá požadavkům zadavatele na prokázání technických kvalifikačních předpokladů a že jejím odmítnutím došlo k neodůvodněné diskriminaci navrhovatele. Jako listiny prokazující skutečnost, že navrhovatel disponuje zkušenostmi s plněním, které odpovídá předmětu veřejné zakázky, navrhovatel předložil listiny:
- Potvrzení referenční listiny vystavené geodetickou kanceláří H.C.M. s.r.o.
 - Rozpočet zemních prací projektu Sanace a rekultivace území lomu Babín provedených v letech 2007 až 2011
 - Vyjádření Obvodního báňského úřadu ze dne 17. 12. 2009, č. j. 06512/09/02/001
 - Schválení plánu sanace a rekultivace DP Rynholec a Nové Strašecí II, vydané Ministerstvem životního prostředí dne 16. 7. 2009, č. j. 5282/500/09
23. Navrhovatel ke každé z těchto listin uvedl argumenty a skutečnosti, které jimi mají být prokázány, přičemž konstatoval, že předseda Úřadu nemůže s přihlédnutím k prokazatelnému důkaznímu materiálu rozhodnout jinak, než podanému rozkladu vyhovět.

IV. Řízení o rozkladu

24. Úřad neshledal důvody pro zrušení nebo změnu svého rozhodnutí postupem podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a v souladu s § 88 odst. 1 správního řádu věc postoupil odvolacímu správnímu orgánu.

Stanovisko předsedy Úřadu

25. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí, jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení případu v souvislostech předmětu správního řízení o rozkladu, jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad rozkladem napadeného výroku II. napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadené části rozhodnutí, tu však toliko

v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, popřípadě vyžadoval-li to veřejný zájem, přičemž jsem s přihlédnutím k závěru rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.

26. Úřad tím, že výrokem II. svého rozhodnutím č. j. ÚOHS-S221/2013/VZ-23267/2013/521/VČe ze dne 27. 11. 2013, zamítl návrh navrhovatele, neboť nezjistil důvody pro uložení nápravného opatření, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke zrušení nebo změně tohoto výroku napadeného rozhodnutí.
27. Co se týče výroku I. napadeného rozhodnutí, nebyl rozkladem navrhovatele napaden. V tomto ohledu je nutno poukázat na ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu, podle kterého v případě, že odvolání, resp. rozklad směřuje jen proti některému výroku rozhodnutí nebo proti vedlejšímu ustanovení výroku, který netvoří nedílný celek s ostatními, pokud tím nemůže být způsobena újma některému z účastníků, nabývá zbytek výrokové části právní moci, umožňuje-li to povaha věci. V šetřeném případě lze konstatovat, že výrok I. a výrok II. napadeného rozhodnutí tvořily nedílný celek, o kterém by nebylo možno separátně rozhodovat a jehož výroky by spolu neoddělitelně souvisely, když každý z uvedených výroků se týkal jiné části návrhu navrhovatele, resp. skýtal řešení de facto samostatných navrhovatelem tvrzených nezákonných postupů zadavatele. Mám dále rovněž za splněnou i další podmínku předpokládanou ustanovením § 82 odst. 3 správního řádu, když se za situace, kdy byl výrokem I. zamítnut návrh navrhovatele v části, ve které nebyl navrhovatel oprávněnou osobou k jeho podání, nedá hovořit o případné újmě způsobené některému z účastníků správního řízení. Na základě uvedeného tedy konstatuji, že napadené rozhodnutí č. j. ÚOHS-S221/2013/VZ-23267/2013/521/VČe ze dne 27. 11. 2013 bylo doručeno účastníkům řízení a vzhledem k tomu, že výrok I. tohoto rozhodnutí nebyl v zákonné lhůtě napaden rozkladem, za splnění podmínek stanovených v ustanovení § 82 odst. 3 správního řádu nabyl samostatně právní moci a přezkum napadeného rozhodnutí v rámci tohoto správního řízení o rozkladu je tedy v části výroku I. vyloučen.

V. K námitkám rozkladu

28. V první řadě konstatuji, že jsem se ztotožnil s napadeným výrokem rozhodnutí i jeho odůvodněním, které je plně srozumitelné a je z něj seznatelné, jakými skutečnostmi a úvahami se správní orgán při svém rozhodování řídil. Nemohu tedy přisvědčit úvodní rozkladové námitce navrhovatele, že by bylo napadené rozhodnutí postaveno na nesprávném či neúplném věcném a právním posouzení případu.
29. K rozkladové námitce navrhovatele, že ustanovení § 56 odst. 3 písm. a) zákona nestanoví, že by objednatel vystavující referenční osvědčení o řádné realizaci prací musel být bezpodmínečně odlišný od zhotovitele díla, upozorňuji na skutečnost, že Úřad v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí v žádné jeho části nekonstatoval (a ani se primárně v odůvodnění napadeného rozhodnutí touto otázkou obšírněji nezabýval), nadto aby popřel možnost, aby osoba zhotovitele stavebních prací a jejich objednatele byla totožná. Úřad v této souvislosti pouze konstatoval, že na rozdíl od veřejných zakázek na dodávky či veřejných zakázek na služby ze zákona nevyplývá, že osvědčení o řádné realizaci stavebních prací lze nahradit čestným prohlášením dodavatele. Úřad se tedy primárně

zabýval skutečností, zda osvědčení, které navrhovatel k prokázání splnění technického kvalifikačního předpokladu předložil, bylo dostatečné a dualitu vztahů posuzoval právě vzhledem k povaze předložených listin. Otázkou totožnosti objednatelů a zhotovitelů se přitom nad toto blíže nezabýval. Navrhovatelovy námitky tedy a jím v rozkladu popisované důvody a situace, za kterých je podle něj možné, aby dodavatel vystupoval na pozici objednatele i zhotovitele, se v tomto ohledu jeví jako bezpředmětné, když nevystupují proti závěru, který by Úřad v rámci napadeného rozhodnutí učinil.

30. Nelze přisvědčit ani argumentu navrhovatele, že právě s ohledem na specifika posuzovaného případu je nutno jím předložené osvědčení jako referenční listinu ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona připustit. K tomuto uvádím, že bez ohledu na to, zda se v šetřeném případě jisté specifické okolnosti skutečně vyskytují, jsou účastníci zadávacího řízení vždy povinni postupovat v souladu se zákonem a jejich případná pochybení nelze poukazem na tyto skutečnosti ospravedlnit.
31. Úřad v tomto ohledu správně posoudil povahu osvědčení k realizaci referenční zakázky předloženého navrhovatelem jako čestné prohlášení, když je zjevné, že takováto listina, kterou navrhovatel vystupující zde jako objednatel stavebních prací a zároveň jejich dodavatel, osvědčil požadované skutečnosti sám sobě. Nelze popřít, že takováto reference vystavená sobě samému nenaplnuje znaky a účel osvědčení, spočívající v odlišnosti subjektu potvrzujícího a žádajícího potvrzení určitých skutečností. Je to zde právě onen element třetí nezávislé osoby, který vkládá do institutu osvědčení potřebnou míru objektivnosti a pravdivosti údajů, které mají být jeho pomocí osvědčeny. Pokud v šetřeném případě dualita stran chybí a osoba osvědčující a ta, pro kterou je osvědčováno, jsou totožné, předmětná listina povahu osvědčení ztrácí. Lze pak hovořit o období čestného prohlášení, kdy subjekt, který realizoval referenční zakázku, sám prohlašuje, že určité zadavatelem požadované podmínky splnil. V takovémto případě je nicméně zřejmá absence třetí objektivní a nezávislé osoby, která by uvedené tvrzení podpořila a věrohodnost takovéhoho dokladu je tedy oproti osvědčení menší.
32. K uvedeným skutečnostem podotýkám, že navrhovatel v žádné části rozkladu výslovně nebrojil, ani neuvedl žádné argumenty proti závěru Úřadu, který přiřkl jím předloženému osvědčení povahu čestného prohlášení. Z povahy předmětného dokumentu přitom tato skutečnost jasně vyplývá a považuji ji takto za prokázanou.
33. Zákon přitom, jak již bylo uvedeno výše, až na výjimku vyplývající z ustanovení § 56 odst. 8 zákona, nepřipouští, na rozdíl od úpravy týkající se veřejných zakázek na dodávky a služby, nahrazení osvědčení objednatelů čestným prohlášením dodavatele. Zatímco v případě veřejných zakázek na dodávky a veřejných zakázek na služby zákon jednoznačně umožňuje dodavateli jako uchazeči o veřejnou zakázku předložit k prokázání technických kvalifikačních předpokladů čestné prohlášení v případě, že bylo zboží či služby dodány jiné osobě než veřejnému zadavateli a není možné od této osoby získat z důvodů spočívajících na její straně standardní osvědčení, v případě veřejných zakázek na stavební práce tuto možnost zákon neposkytuje. Z uvedeného je tedy zjevné, že navrhovatelem předložené osvědčení, kterým sám sobě prokazoval řádné splnění referenční stavby, nebylo k prokázání technického

kvalifikačního předpokladu dostatečné, když toto mělo povahu čestného prohlášení, které zákon k prokazování takovýchto skutečností nepřipouští.

34. Dalšími námitkami se navrhovatel snaží přesvědčit, že řádně vedené účetnictví či dozor orgánů státní báňské správy jsou dostatečným důkazem k prokázání pravdivosti skutečností uvedených v jím předloženém osvědčení. K okolnostem, které mohou vést ke zpochybnění pravdivosti navrhovatelem sobě sama osvědčených skutečností, se Úřad vyjádřil dostatečně již v rámci odůvodnění napadeného rozhodnutí, zejména pak v bodech 47. až 49., na které tudíž v tomto plně odkazují. K uvedenému dále pouze na okraj podotýkám, že navrhovatelem v rozkladu nastíněné skutečnosti nemohou samy o sobě podpořit čestné prohlášení, za které Úřad osvědčení navrhovatele považuje, pakliže zákon čestné prohlášení k prokázání reference na veřejnou zakázku na stavební práce nepřipouští. Pokud nicméně navrhovatel k podpoře čestného prohlášení disponoval např. vyjádřením dozorcujícího báňského úřadu o průběhu a výsledku dozoru vykonávaného při realizaci referenční zakázky, jak uvádí v rozkladu, měl možnost takovýto dokument předložit zadavateli ve lhůtě pro podání žádosti o účast v zadávacím řízení a prokázání kvalifikace (o včasnosti podání bude pojednáno níže.) Navrhovatelovy argumenty se v kontextu uvedeného jeví jako bezobsažné, jelikož je zjevné, že pravdivost skutečností, navrhovatelem tvrzených v předloženém osvědčení, nemohla být skutečnostmi ani důkazy tvrzenými v rozkladu ověřena, když tyto zadavatel v době posuzování kvalifikace navrhovatele neměl k dispozici. Takovéto námitky je tedy nutné rovněž odmítnout.
35. Stejně jako Úřad správně konstatoval, že osvědčení vydané objednatelem nelze nahradit v případě realizace stavebních prací čestným prohlášením, stejně tak se správně v intencích šetřeného případu zabýval i výjimkou z tohoto pravidla reprezentovanou institutem vyplývajícím z ustanovení § 56 odst. 8 zákona, který v případě, že dodavatel není z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným veřejným zadavatelem, umožňuje dodavateli prokázat jeho technickou kvalifikaci i jinými rovnocennými doklady, než které byly požadovány. Obecně je tento institut využitelný pouze za předpokladu, že se jedná o případ, kdy dodavatel objektivně není schopen splnění technických kvalifikačních předpokladů prokázat způsobem stanoveným ze strany veřejného zadavatele, přičemž taková objektivní neschopnost musí být dodavatelem dostatečně doložena a odůvodněna (v úvahu by přicházelo předložení čestného prohlášení). Dodavatel dále musí být schopen doložit splnění technických předpokladů prostřednictvím jiných dokumentů, které jsou rovnocenné dokumentům požadovaným veřejným zadavatelem. Poslední podmínkou pro uplatnění tohoto postupu je, že veřejný zadavatel takto předložené doklady uzná za rovnocenné těm, které jím byly požadovány. Pokud by je veřejný zadavatel odmítnul, musí toto své rozhodnutí náležitě objektivně odůvodnit.
36. Co se týče objektivních důvodů, v jejichž důsledku byl navrhovatel podle svého mínění oprávněn předložit namísto požadovaného osvědčení rovnocenný dokument, tyto podle navrhovatele vycházejí jednak ze skutečnosti, že je vlastníkem lomu Babín, který byl předmětem referenčních prací a jednak z povinností vyplývajících pro každého takového

vlastníka z horního zákona, zejména pak povinnost zajistit sanaci a rekultivaci všech pozemků zasažených těžbou.

37. K uvedenému nejprve konstatuji, že skutečnost, že je navrhovatel vlastníkem lomu Babín je skutečností ve správním řízení novou, kterou navrhovatel ani ve své žádosti o účast v zadávacím řízení ani ve správním řízení dříve neuvedl. V této souvislosti tedy upozorňuji na dikci ustanovení § 82 odst. 4 správního řádu, podle kterého může být k novým skutečnostem a návrhům na provedení nových důkazů, uvedeným v odvolání nebo v průběhu odvolacího řízení přihlédnuto pouze tehdy, pokud jde o takové skutečnosti nebo důkazy, které účastník nemohl uplatnit dříve. Takto vyjádřená koncentrační zásada správního řízení, jejíž primární smysl spočívá v požadavku, aby se správní řízení pokud možno odehrávalo před orgány prvního stupně, vylučuje, aby účastník správního řízení uplatňoval v odvolání nebo v odvolacím řízení takové skutečnosti a důkazy, o kterých zcela nepochybně věděl již v průběhu řízení na prvním stupni a mohl je tam tak bez obtíží uplatnit. Vzhledem k tomu pak, že nelze mít pochyb o tom, že okolnost, že je navrhovatel vlastníkem lomu Babín je okolností, kterou navrhovatel věděl a mohl ji uplatnit dříve, jedná se o skutečnost, ke které ve smyslu § 82 odst. 4 správního řádu správní orgán nemůže ve správním řízení přihlédnout.
38. I přes výše uvedený závěr k předmětné problematice doplňuji, že stejně jako k předmětné otázce nemůže ve správním řízení přihlížet Úřad, tak kní nemohl přihlížet v rámci prokazování splnění kvalifikace ani zadavatel, který o této skutečnosti nemusel a neměl povinnost vědět. Jak již bylo výše uvedeno, objektivní neschopnost předložit osvědčení objednatele, která dovoluje nahradit jej jiným rovnocenným dokladem, musí být dodavatelem vždy dostatečně doložena a odůvodněna. Pokud tedy navrhovatel neuvedl důvody, pro které nepředložil k prokázání technických kvalifikačních předpokladů požadované osvědčení vystavené objednatelem a nepodložil tyto důvody relevantními dokumenty, nelze tuto skutečnost brát k tíži zadavatele. Nelze pak ani připustit stížnost navrhovatele, že zadavatel objektivní důvody, jejichž podstatu navrhovatel zadavateli ani neosvětlil a nedoložil, odmítl, aniž by k tomu měl důvod. K uvedené problematice lze tedy uzavřít, že navrhovatel dostatečně neprokázal, že není z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických kvalifikačních předpokladů způsobem stanoveným veřejným zadavatelem a nesplnil takto jednu z podmínek předpokládaných ustanovením § 56 odst. 8 zákona.
39. Je dále v této souvislosti nutno odmítnout i námitku navrhovatele, že mu zákon nestanoví povinnost, aby objektivní důvody doložil v rámci podané žádosti o účast, neboť zákon klade důraz na samotnou existenci těchto důvodů. I za situace, že předmětné ustanovení § 56 odst. 8 zákona explicitně nestanoví lhůtu pro prokázání objektivních důvodů pro předložení rovnocenného dokladu prokazujícího technický kvalifikační předpoklad, z jeho textu: „...*Pokud není dodavatel z objektivních důvodů schopen prokázat splnění technických předpokladů způsoby stanovenými podle odstavce 7, je oprávněn je prokázat i jinými rovnocennými doklady...*“ právě i vzhledem k absenci lhůty jasně vyplývá, že tato povinnost musí být splněna v totožné lhůtě, ve které by byli uchazeči povinni prokázat splnění kvalifikace požadovaným způsobem. Pokud totiž má zadavatel posoudit, zda neexistují

důvody pro odmítnutí případných rovnocenných dokladů, musí již při posuzování takovýchto dokladů vědět, proč je dodavatel předkládá a z jakých důvodů nepředložil přímo požadované osvědčení. Z ustanovení § 28 odst. 2 zákona pak vyplývá, že zájemci podávají v užším řízení písemnou žádost o účast a prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. Po posouzení kvalifikace zájemců zadavatel vyzve ty z nich, kteří prokázali splnění kvalifikace k podání nabídek. Ustanovení § 52 odst. 2 zákona pak stanoví pro zájemce o účast v užším zadávacím řízení povinnost prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádosti o účast. V Informacích pro zájemce o zpracování žádosti o účast navíc zadavatel uvedl, že: „*Po zveřejnění zadání v Informačním systému o zadávání veřejných zakázek zájemci nejprve zašlou ve stanovené lhůtě žádosti o účast spolu s požadovanými doklady o kvalifikaci. Zájemci, kteří podají žádost o účast v užším řízení a nesplní kvalifikaci, budou zadavatelem vyloučeni.*“ Uvedené logicky naznačuje, že se užíší řízení člení do dvou fází. V rámci první fáze zadavatel oznamuje neomezenému počtu dodavatelů úmysl zadat veřejnou zakázku v tomto druhu zadávacího řízení. V rámci této první fáze uchazeči vyjadřují svou vůli účastnit se zadávacího řízení prostřednictvím tzv. žádosti o účast v užším řízení a prokazují ve lhůtě definované zadavatelem splnění kvalifikace. Ve druhé fázi pak vyzývá zadavatel příslušný počet dodavatelů k podání nabídek, tj. zadavatel již nevyzývá všechny dodavatele, ale ty, kteří prokázali splnění kvalifikace. Z tohoto naprosto jednoznačně a nepochybně vyplývá, že veškeré skutečnosti a důkazy sloužící k prokázání splnění kvalifikace uchazeče musejí být zadavateli předloženy již v první fázi zadávacího řízení, tedy do doby, než zadavatel či k tomu určená komise přistoupí k posuzování kvalifikace zájemců o veřejnou zakázku. Na jakékoliv další skutečnosti či dokumenty k jejich prokázání, které by byly předloženy poté, co uplyne lhůta k prokázání kvalifikace, nemůže být brán ze strany posuzujícího subjektu zřetel, neboť by se tento dopustil porušení zákona. Pokud tedy navrhovatel ve svém rozkladu uvádí, že ustanovení § 56 odst. 8 zákona klade důraz na samotnou existenci objektivních důvodů, lze s tímto závěrem souhlasit pouze do té míry, do jaké se uchazeči podaří existenci těchto objektivních důvodů ve lhůtě k tomuto určené prokázat.

40. S předmětnou problematikou popsanou výše souvisí pak i tvrzení navrhovatele, že pokud nebyly zadavateli objektivní důvody vedoucí jej k předložení rovnocenného dokladu prokazujícího jeho kvalifikaci zřejmé, bylo namístě, aby navrhovatele požádal o objasnění předloženého osvědčení, tím spíše, že se jedná v konkrétním případě o velmi specifickou referenci, kterou je schopen splnit pouze omezený okruh dodavatelů. K uvedené problematice související s možností nápravy pochybení dodavatelů podle § 59 odst. 4 zákona, tedy možností vyzvat dodavatele k objasnění předložených informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace nebo předložení dalších, zaujímá Úřad dlouhodobě jednoznačné výkladové stanovisko. Podle něj je zákonem upravená možnost objasnit nebo doplnit dodatečné informace či doklady k prokázání kvalifikace a odstranit tak vady v prokázání splnění kvalifikace po stránce věcné nebo formální možná pouze za předpokladu, že se zadavatel rozhodne toto ustanovení aplikovat a takovou možnost dodavatelům poskytnout. Ustanovení § 59 odst. 4 zákona je tedy institutem ze zákona fakultativním, kdy zákon zadavateli neukládá žádnou povinnost dodavatele k doplnění kvalifikace ve skutečnosti vyzvat, jedná se o možnost a nikoliv povinnost zadavatele této možnosti využít. Je tedy plně v kompetenci zadavatele rozhodnout, zda dodavatele požádá o objasnění či doplnění informací nebo dokladů prokazujících splnění kvalifikace, či zda dodavatele bez

dalšího vyloučí z důvodu neprokázání kvalifikace. Z uvedeného vyplývá, že existence institutu zakotveného v § 59 odst. 4 zákona nezaručuje dodavatelům v případě, že se dopustí při prokazování splnění kvalifikace nepřesnosti, nejasnosti či jiného pochybení automaticky záruku toho, že jim bude dána šance toto pochybení dodatečně napravit. Nelze tedy vinit zadavatele v situaci, kdy si navrhovatel nepočínal v souladu se zákonem a kvalifikaci pečlivě a řádně neprokázal již ve lhůtě k podání žádosti o účast za to, že jej bez dalšího vyloučil. Pochybení navrhovatele nemohou jít k tíži zadavatele. Odlišný přístup by pak navíc nešlo po zadavateli vyžadovat ani při existenci specifické povahy předmětné reference a úzkého okruhu potenciálních subjektů schopných ji splnit, jak tvrdí navrhovatel.

41. Ve vztahu k výše uvedenému je třeba zároveň vždy zohlednit dodržení zásady transparentnosti a rovného zacházení podle § 6 zákona. Vzhledem k tomu ovšem, že v rámci prokazování splnění kvalifikace zadavatel ani u žádného jiného uchazeče nepožadoval doplnění dalších informací nebo dokladů, zásada rovného přístupu ke všem uchazečům nebyla porušena a v postupu zadavatele nelze shledat rozpor se zákonem.
42. Důvod, proč navrhovatelem předložené osvědčení k prokázání splnění kvalifikace, kterým navrhovatel referenci potvrdil sám sobě a kteréžto Úřad posoudil jako čestné prohlášení, nelze považovat za rovnocenný doklad ve smyslu § 56 odst. 8 zákona, byl vysvětlen již výše. Pokud zákon k prokázání takového kvalifikačního předpokladu vyžaduje doložení osvědčení objednatel referenčního díla jako osoby nezávislé, odlišné od dodavatele, který stavební práce realizoval, nelze za tento rovnocenný doklad považovat potvrzení, které si dodavatel, který v konkrétním případě vystupuje zároveň i v roli objednatel, vystavil sám. Rovnocenným dokladem je naopak možno považovat pouze takový dokument, který vykazuje obdobné znaky, v tomto případě obdobnou míru věrohodnosti a objektivnosti jako dokument požadovaný zadavatelem, tedy dokument, který je způsobilý dostatečně objektivizovat schopnost navrhovatele realizovat veřejnou zakázku. Ve světle uvedeného je pak zjevné, že dokumenty uvedené Úřadem v odůvodnění napadeného rozhodnutí jako např. kolaudační rozhodnutí tyto vlastnosti splňují a mohly by tedy za splnění dalších zákonem stanovených podmínek nahradit osvědčení vyžadované zadavatelem v zadávací dokumentaci. Takovéto dokumenty však navrhovatel v požadované lhůtě nepředložil.
43. Pokud navrhovatel ve svém rozkladu namítá, že Úřad jako rovnocenný doklad podle § 56 odst. 8 zákona uvedl kolaudační rozhodnutí nebo protokol o předání či převzetí nabídky bez toho, aby svou úvahu jakkoliv osvětlil, uvádím, že i pokud se Úřad v tomto smyslu nevyjádřil k předmětné problematice zcela pregnantně, z odůvodnění napadeného rozhodnutí, zejména pak z bodů 45. a 46. jsou jeho myšlenkové pochody jasně patrné. K tomuto dále uvádím, že jsem přesvědčen o tom, že i pokud by bylo lze částečně připustit námitku navrhovatele a zhodnotit jako nedostatečné odůvodnění závěrů Úřadu ohledně příkladů rovnocenných dokladů, tento nedostatek by bylo plně způsobilé zhojit odůvodnění tohoto rozhodnutí. V této souvislosti odkazuji na judikaturu Nejvyššího správního soudu, z jehož rozhodnutí ze dne 26. 1. 2011 č. j. 2 Afs 132/2009-275 vyplývá, že rozhodnutí prvního stupně a rozhodnutí o rozkladu podaném proti takovému rozhodnutí tvoří jeden celek. Odůvodnění Úřadu, které je uvedeno v rozhodnutí prvního stupně a odůvodnění tohoto druhostupňového rozhodnutí ve stejné souvislosti je tedy nutno posuzovat komplexně

a ve vzájemné, širší souvislosti, přičemž je tedy přípustné, aby nedostatky jednoho mohly být zhojeny argumenty druhého. Opětovně nicméně podotýkám, že napadené rozhodnutí netrpí v tomto směru takovými nedostatky, které by zpochybňovaly jeho přezkoumatelnost, když jsou z jeho odůvodnění jednoznačně seznatelné důvody a okolnosti, které Úřad přivedly k závěrům odrážejícím se v napadeném výroku rozhodnutí.

44. V další části svého rozkladu se navrhovatel věnuje rozvíjení argumentace, že čistě formální nedostatky v předkládaných dokladech prokazujících kvalifikaci, pokud je v daném případě prokazatelné, že kvalifikace je fakticky splněna, nemohou být důvodem pro vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení. Na podporu svých úvah pak odkazuje na domácí i evropskou judikaturu. Na okraj je třeba obecně zdůraznit, že uzavření smlouvy mezi zadavatelem a vybraným uchazečem, na jejímž základě následně dojde k realizaci veřejné zakázky, předchází vysoce formalizované zadávací řízení, jehož cílem je především zajistit hospodárné nakládání s veřejnými prostředky za dodržování zásad transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Nejvyšší správní soud k tomuto ve svém rozhodnutí č. j. 2 Afs 64/2009 – 109 ze dne 27. 1. 2010 uvádí: *„Zatímco soukromý subjekt si může vybírat ty, s nimiž hodlá obchodovat, podle své libovůle, zadavatel veřejné zakázky je striktně vázán zákonem o veřejných zakázkách a zejména pasážemi o zadávacím řízení, neboť prostředky, které jsou v takovém případě vynakládány, jsou prostředky veřejné.“* K tomuto pak dodává, že: *„Zadávací řízení je vysoce formalizovaný proces...“* Z uvedeného v kontextu zákona je tedy zjevné, že volnost postupu zadavatele v procesu zadávacího řízení, které předchází uzavírání smlouvy na plnění veřejné zakázky, je limitována ustanoveními zákona. Je tedy zřejmé, že postup zadavatele nesmí být v rozporu s právními předpisy, jakož i se zásadami, na nichž stojí zákon o veřejných zakázkách. Za situace tedy, kdy navrhovatel dostatečným způsobem neprokázal splnění zadavatelem požadovaného kvalifikačního předpokladu, nezbylo zadavateli než v souladu se zákonem vyloučit navrhovatele ze zadávacího řízení.
45. K uvedenému je ovšem dále vhodné podotknout, že lze obecně souhlasit s navrhovatelem v tom smyslu, že pouhé čistě formální nedostatky v přeložených dokladech prokazujících splnění kvalifikace by neměly vždy automaticky způsobit vyloučení uchazeče ze zadávacího řízení. Navrhovatel sám však ve svém rozkladu uvádí podmínku, kdy je možné jistá formální pochybení prominout, a to v případě, že je prokazatelné, že kvalifikace je fakticky splněna. Uvedené znamená, že fakticky není pochyb o tom, že dodavatel kvalifikační požadavek naplnil, dopustil se pouze formálního pochybení při dokládání jeho splnění. V šetřeném případě nicméně v žádném případě nelze hovořit o pouhém formálním nedostatku v předložených dokladech, neboť navrhovatelem předložené osvědčení, v němž jako zhotovitel i objednatel figuruje tatáž osoba nelze považovat za faktické splnění požadované kvalifikace, přičemž jiné doklady prokazující faktické splnění kvalifikace nebyly navrhovatelem ve lhůtě k tomuto vymezené předloženy. Míra pravdivosti a objektivnosti dosvědčovaných skutečností v osvědčení předloženém navrhovatelem nedosahuje míry požadované zadavatelem a zavdává tedy pochybnosti právě o faktickém splnění předmětného kvalifikačního předpokladu. Z uvedeného vyplývá, že zadavatel postupoval správně, pokud vyloučil navrhovatele z další účasti v zadávacím řízení, když jím předložené

osvědčení nesplňovalo jednak formálně požadavky na prokázání kvalifikace, přičemž ani materiálně nemohlo předložené osvědčení prokazované skutečnosti jednoznačně potvrdit.

46. V tomto ohledu je pak nutno odmítnout i navrhovatelem předloženou judikaturu, neboť ani v jednom případě nebyly vysloveny závěry, které by na šetřený případ dopadaly. Např. v rozhodnutí Krajského soudu v Brně (dále jen „**krajský soud**“) č. j. 62 Ca 17/2006 – 116 ze dne 4. 10. 2006 byl materiální pohled na plnění kvalifikačních předpokladů řešen za situace, kdy zadavatel požadoval předložení dvou certifikátů, soud však připustil prokázání naplnění tohoto požadavku i předložením jednoho dokumentu, který v sobě zahrnoval splnění obou zadavatelem požadovaných požadavků současně. Soud však zároveň zdůraznil, že z předloženého dokumentu musí jednoznačně naplnění obou požadavků vyplývat. Ač se tedy v soudem posuzovaném případě jednalo formálně o předložení odlišné listiny, resp. listin, než požadoval zadavatel, z materiálního pohledu došlo k prokázání požadavků obdobným způsobem, resp. listinami stejné povahy se stejnou vypovídací hodnotou, kvalifikační požadavky takto byly fakticky splněny. Na základě uvedeného je tedy zjevné, že případ řešený krajským soudem a závěry v něm vyslovené na šetřený případ nepřiléhají, když je zjevné, že navrhovatel v šetřeném případě fakticky reálně splnění předmětného kvalifikačního předpokladu neprokázal. Obdobně je pak potřeba odmítnout i ostatní navrhovatelem v rozkladu uváděná soudní rozhodnutí, které na šetřený případ rovněž nedopadají.
47. Pokud navrhovatel dále namítá, že mu nezákonným postupem zadavatele a nesprávným posouzením sporné otázky Úřadem vznikla újma spočívající v nemožnosti účastnit se další fáze zadávacího řízení a veřejnou zakázku získat, odkazují na vyjádření Nejvyšší správní soud v rozhodnutí č. j. 5 As 50/2006 – 137 ze dne 29. 4. 2008, kde uvedl, že: *„Uchazeč v zadávacím řízení nemá právo na to, aby se stal vítězným uchazečem, kterému bude veřejná zakázka přidělena, ani právo na vlastní uzavření smlouvy. Rozhodnutí o vyloučení uchazeče z další účasti v zadávacím řízení tak v dané věci není způsobilé zasáhnout do hmotněprávního postavení stěžovatele, ani se sféry jeho veřejných subjektivních práv nedotýká.....To ostatně vyplývá i ze samotného smyslu veřejného zadávacího řízení, jímž je výběr nejvhodnější smluvní strany z co nejširšího okruhu uchazečů. Jediné garantované právo je právo na transparentní a nediskriminační postup zadavatele v zadávacím řízení a právo na nezávislý přezkum úkonů či rozhodnutí zadavatele poté, co se u něj dotčený uchazeč neúspěšně bránil námitkami.“* Jelikož bylo Úřadem rozhodnuto a tímto rozhodnutím pak jsou závěry Úřadu, že zadavatel nepostupoval nezákonným způsobem, pokud vyloučil navrhovatele ze zadávacího řízení, potvrzeny, je zřejmé, že k újmě navrhovatele jím namítané jeho vyloučením ze zadávacího řízení nedošlo.
48. Závěrem svého rozkladu navrhovatel vyslovuje názor, že se Úřad v rámci napadeného rozhodnutí měl věcně zabývat i druhým sporným požadavkem zadavatele na předložení osvědčení prokazující realizaci stavebních prací v hodnotě minimálně 100 mil. Kč bez DPH. V této otázce se nicméně plně ztotožňuji s názorem Úřadu, který postupoval v souladu s ustálenou rozhodovací praxí, která vychází ze závěrů uvedených v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 24. 6. 1999, č. j. 2 A 2/1999-20, z nichž vyplývá, že pokud je předmětem přezkumu rozhodnutí o vyloučení zadavatele, odůvodněné vícero důvody a Úřad dospěje

k závěru, že alespoň v jednom z těchto důvodů je vyloučení oprávněné, je nadbytečné, aby Úřad přezkoumával ostatní důvody takového vyloučení. I kdyby totiž ostatní důvody pro vyloučení oprávněné nebyly, Úřad by tak jako tak musel konstatovat, že zadavatel navrhovatele vyloučil důvodně a jeho postup při vyloučení navrhovatele byl tedy v souladu se zákonem. 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 vyloučení uvedenými v rozhodnutí zadavatele o vyloučení (jejichž množství není zákonem stanoveno a je tedy de facto neomezené) a k prokázání či vyvrácení jejich existence prováděl rozsáhlé dokazování, jež neúměrně zatíží účastníky řízení i Úřad a případně též nedůvodně pozdrží průběh zadávacího řízení. Pokud tedy Úřad dospěje k závěru, že alespoň jeden důvod pro vyloučení existoval, je zkoumání existence dalších důvodů nadbytečné. I kdyby totiž existence ostatních důvodů pro vyloučení byla vyvrácena, nemohla by tato skutečnost nic změnit na tom, že zadavatel byl k vyloučení navrhovatele oprávněn na základě onoho jediného (prokázaného) důvodu a vyloučení účastníka tak bylo důvodné. Pokud je postaveno na jisto, že alespoň jeden důvod pro vyloučení existoval, nemohlo by ani případné vyvrácení ostatních důvodů nic změnit na právním postavení navrhovatele, který by byl tak jako tak zadavatelem vyloučen oprávněně.

49. K uvedenému dále pouze doplňuji, že ačkoliv byly závěry uvedené v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 24. 6. 1999, č. j. 2 A 2/99-20, vysloveny v souvislosti s aplikací zákona č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, z aktuální judikatury vyplývá, že závěry Vrchního soudu v Olomouci, jimiž se Úřad při svém rozhodování řídil, jsou aplikovatelné i na současnou právní úpravu veřejných zakázek. Krajský soud v Brně např. ve svém rozsudku ze dne 5. 1. 2011, č. j. 62 Af 51/2010-303 uvedl, že: *„Jak správně poukazuje žalovaný, již Vrchní soud v Olomouci v rozsudku ze dne 14. 9. 2001, č. j. 2 A2/1999-73, uvedl, že za situace, kdy je alespoň jediný důvod pro vyloučení uchazeče oprávněný, je nadbytečné zkoumání důvodů dalších. Přestože se tento rozsudek vztahoval k dnes již neplatnému zákonu č. 199/1994 Sb., o zadávání veřejných zakázek, je závěr v něm zaujatý aplikovatelný i na ZVZ, který dopadá na daný případ. I zdejší soud má tak za to, že by bylo nadbytečné a pro zadavatele časově i ekonomicky zbytečně náročné, aby přezkoumával všechna formální kritéria předložených nabídek i v případě, že již shledal opomenutí, které je samo o sobě postačující pro vyloučení uchazeče.“* (pozn. Úřadu: ve skutečnosti se jedná o závěry uvedené v rozsudku Vrchního soudu v Olomouci ze dne 24. 6. 1999, č. j. 2 A 2/1999-20 a nikoli v rozsudku ze dne 14. 9. 2001, č. j. 2 A 2/1999-73). Z uvedeného rozsudku Krajského soudu tedy jednoznačně vyplývá, že shora citované závěry Vrchního soudu v Olomouci jsou aplikovatelné i za současné právní úpravy a navrhovatelova námitka je tak bezpředmětná.
50. Na uvedený závěr nemůže mít z výše uvedených důvodů vliv ani podání zadavatele ze dne 25. 4. 2014, označené jako Oznámení nové skutečnosti k probíhajícímu rozkladovému řízení, ve kterém předkládá důkazy k prokázání jeho tvrzení, že navrhovatel nemůže disponovat referenční stavbou v hodnotě min. 100 mil. Kč bez DPH týkající se vyřazování z provozu jaderného zařízení nebo pracoviště III. kategorie.

K námitkám doplnění rozkladu

51. V doplnění svého rozkladu ze dne 10. 2. 2014 navrhovatel předložil podle svých slov další podklady nezbytné pro posouzení šetřeného případu, z nichž jednoznačně vyplývá, že rozhodnutí Úřadu spočívá na nesprávném věcném a právním posouzení. Jedná se o dokumenty prokazující jeho schopnost realizovat veřejnou zakázku. Jak již nicméně bylo uvedeno v bodě 39. odůvodnění tohoto rozhodnutí, zájemci o veřejnou zakázku prokazují splnění kvalifikace ve stanovené lhůtě. V případě užšího řízení je podle § 52 odst. 2 zákona nutno tuto povinnost splnit ve lhůtě k podání žádosti o účast. Prokázání kvalifikace lze měnit a doplňovat pouze v rámci této lhůty, po jejím uplynutí již nikoliv. V tomto smyslu se předseda Úřadu vyjádřil již např. ve svém rozhodnutí č. j. ÚOHS-R186,188/2007/03-23217/2007/310-Hr ze dne 12. 7. 2007, které se týkalo otevřeného řízení, když uvedl, že: *„S přihlédnutím k § 52 odst. 1 zákona je nutno splnění kvalifikace dodavatelů posuzovat k poslednímu dni lhůty pro podání nabídek, a tedy veškeré změny právních i faktických poměrů dodavatele, resp. vybraného uchazeče, které nastaly po tomto datu, jsou pro účely zadávacího řízení irelevantní ...ustanovení § 52 odst. 1 zákona je především vyjádřením zásady transparentnosti a rovného přístupu ke všem dodavatelům a uchazečům o veřejnou zakázku, když stanovuje pevný termín, ke kterému jsou všichni uchazeči bez výjimky povinni splňovat kvalifikační požadavky a zadavatel má tak možnost splnění těchto požadavků přezkoumat. Pokud bychom připustili dodatečné plnění předemtných požadavků i po tomto termínu, pak by bylo v zásadě vyloučeno transparentní přezkoumání splnění kvalifikace jednotlivých uchazečů, protože by nebylo zřejmé, ke kterému datu je nutno kvalifikaci splňovat.“* I za situace, kdy se uvedené rozhodnutí dotýká otevřeného řízení podle § 52 odst. 1 zákona, neméně dopadá i na případ užšího řízení a povinnost prokázat kvalifikaci ve lhůtě pro podání žádosti o účast.
52. Z výše uvedeného vyplývá, že veškeré relevantní skutečnosti a důkazy sloužící k prokázání splnění kvalifikace měl tedy navrhovatel povinnost předložit zadavateli již v zadavatelem stanovené lhůtě pro podání žádosti o účast. Po uplynutí této lhůty přistoupil zadavatel, resp. jím pověřená komise k posuzování splnění kvalifikace s ohledem na veškeré ve lhůtě předložené dokumenty a listiny sloužící k prokázání kvalifikace navrhovatele. Jakékoliv další skutečnosti či dokumenty, které navrhovatel předložil zadavateli po uplynutí lhůty k prokázání kvalifikace, nemohou být zadavatelem brány v potaz, neboť by se tímto jednáním zadavatel dopustil porušení zásady zákazu diskriminace a rovného přístupu k uchazečům o veřejnou zakázku vyplývajících z ustanovení § 6 odst. 1 zákona.
53. Stejně tak s odkazem na ustanovení o koncentraci řízení vyplývající z § 82 odst. 4 správního řádu není oprávněn k dodatečně předloženým dokumentům přihlížet ani Úřad či jeho předseda, jelikož se nejedná o nové skutečnosti nebo důkazy, které navrhovatel nemohl uplatnit dříve. Pochybení navrhovatele tak nelze brát k tíži zadavatele ani jeho případnou opožděnou nápravou argumentovat proti rozhodnutí Úřadu. K dokumentům předloženým navrhovatelem v doplnění jeho rozkladu ze dne 10. 2. 2014 nebylo tedy z výše uvedených důvodů v rámci řízení o rozkladu přihlíženo.

VI. Závěr

54. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu výroku II. napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
55. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody, pro které by bylo nutno výrok II. napadeného rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se nelze podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 4 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda
Úřad pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

DIAMO, státní podnik, Máchova 201, 471 27 Stráž pod Ralskem
REKULTIVAČNÍ VÝSTAVBA Most, a.s., Antonína Dvořáka 2165, 434 01 Most

Vypraveno dne:

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