



UOHSX00ACNGZ

PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Č. j.: ÚOHS-R0099/2017/VZ-22731/2017/321/ZSř

Brno 8. srpna 2017

V řízení o rozkladu ze dne 8. 6. 2017, který byl Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže doručen téhož dne a podán vybraným uchazečem -

- subjekty **GEOSAN GROUP a.s.**, IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín, a **HABAU CZ s.r.o.**, IČO 26068338, se sídlem Žižkova tř. 1321/1, 370 01 České Budějovice,

kteří mezi sebou dne 5. 10. 2015 uzavřely smlouvu o společností nadepsanou „Společenská smlouva č. A9102/2015/SOS/34“, za účelem podání společné nabídky na veřejnou zakázku jako „Společnost GEOSAN - HABAU“, a které jsou ve správním řízení zastoupené na základě plné moci ze dne 4. 5. 2017 společností GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č.j. ÚOHS-S0140/2017/VZ-16546/2017/531/JDo ze dne 30. 5. 2017, vydanému ve správním řízení vedeném na návrh navrhovatele -

- **HOCHTIEF CZ a. s.**, IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupeného na základě plné moci ze dne 9. 7. 2014 Ing. Martinem Kovaříkem, členem Sdružení INDOC, IČO 14947757, se sídlem Adamovská 804/3, 140 00 Praha - Michle,

ve věci přezkoumání úkonů zadavatele -

- **Jihočeský kraj**, IČO 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 01 České Budějovice, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 21. 4. 2017 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,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Modernizace letiště České Budějovice, 2. etapa - úsporná varianta - II. fáze**“, zadávané v užším řízení, jehož oznámení bylo do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 6. 5. 2015 a uveřejněno dne 7. 5. 2015 pod ev. č. 404568, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 5. 2015, 29. 5. 2015, 2. 6. 2015, 27. 7. 2015, 7. 8. 2015 a 28. 8. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 5. 2015 pod ev. č. 2015/S 091-162740,

jsem dle § 152 odst. 6 písm. b) ve spojení s § 90 odst. 5 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů na základě návrhu rozkladové komise jmenované dle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže č. j. ÚOHS-S0140/2017/VZ-16546/2017/531/JDo ze dne 30. 5. 2017

p o t v r z u j i

a podaný rozklad

z a m í t á m.

ODŮVODNĚNÍ

I. Zadávací řízení a správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Zadavatel - Jihočeský kraj, IČO 70890650, se sídlem U Zimního stadionu 1952/2, 370 01 České Budějovice, který je ve správním řízení dále zastoupen na základě plné moci ze dne 21. 4. 2017 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 „**zadavatel**“) - odeslal dne 6. 5. 2015 do Věstníku veřejných zakázek oznámení užšího zadávacího řízení na veřejnou zakázku s názvem „**Modernizace letiště České Budějovice, 2. etapa - úsporná varianta - II. fáze**“, které bylo ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 7. 5. 2015 pod ev. č. 404568, ve znění oprav uveřejněných dne 19. 5. 2015, 29. 5. 2015, 2. 6. 2015, 27. 7. 2015, 7. 8. 2015 a 28. 8. 2015, a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 5. 2015 pod ev. č. 2015/S 091-162740 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Předmět plnění veřejné zakázky s předpokládanou hodnotou 398 000 000 Kč bez DPH byl v bodě II. 1.5) oznámení o veřejné zakázce definován jako: „*Výběr dodavatele stavebních prací v rámci dostavby letiště České Budějovice do stavu, aby mohlo být provozováno jako řízené, veřejné, mezinárodní letiště, s provozem letadel max. k.z. 4C. (...). V rámci stavebních prací II. fáze výše uvedeného projektu bude realizována příprava území, vnitroareálové a veřejné komunikace, výstavba terminálu, objektu ZLP, rekonstrukce a rozšíření odbavovací plochy a pojezdové dráhy, venkovní osvětlení, letištní radionavigační, radiokomunikační a světelné vybavení a ostatní technologická zařízení pro řízení letového provozu a odbavení cestujících, inženýrské sítě atd. v prostoru Jihočeského letiště České Budějovice a.s. Bližší popis veřejné zakázky je uveden v zadávací a projektové dokumentaci.*“

3. Zadavatel v bodě 6.1. „Seznam významných stavebních prací“ za období posledních 60 měsíců pod písm. E) kvalifikační dokumentace na veřejnou zakázku v rámci technických kvalifikačních předpokladů požadoval, aby zájemci o účast prokázali rovněž „*provedení instalace světelného vybavení letišť, a to v minimálním objemu investičních nákladů 13 mil. Kč*“ (dále jen „**instalace světelného vybavení**“). V bodě 7. kvalifikační dokumentace zadavatel dále uvedl, že nebude nijak omezovat využití subdodavatelů a že je dodavatel povinen prokázat splnění kvalifikace ve lhůtě pro podání žádostí o účast.
4. Zadavatel v bodě IV. 3.4) oznámení o zakázce stanovil lhůtu pro podání žádostí o účast (a prokázání kvalifikace) do 15. 6. 2015. Uvedená lhůta byla zadavatelem následně prodloužena do 23. 10. 2015.
5. Z protokolu o posouzení kvalifikace ze dne 22. 2. 2016 (dále jen „**protokol o posouzení kvalifikace**“) vyplývá, že zadavatel ve stanovené lhůtě obdržel celkem 10 žádostí o účast, přičemž pouze jediný zájemce - HOCHTIEF CZ a. s., IČO 46678468, se sídlem Plzeňská 16/3217, 150 00 Praha 5, ve správním řízení zastoupený na základě plné moci ze dne 9. 7. 2014 Ing. Martinem Kovaříkem, členem Sdružení INDOC, IČO 14947757, se sídlem Adamovská 804/3, 140 00 Praha - Michle (dále jen „**navrhovatel**“), splnil dle závěru zadavatele kvalifikační předpoklady „*bez závad*“, tedy v celém rozsahu bez potřeby dalšího objasnění či doplnění.
6. K prokázání kvalifikačního požadavku instalace světelného vybavení navrhovatel předložil osvědčení o realizaci akce (zakázky) s názvem „Dodávka a inštalácia svetelnotechnického navigačného systému“, realizované prostřednictvím subdodavatele TECHNISERV, spol. s r.o., IČO 44264020, se sídlem Baarova 231/36, 140 00 Praha 4 (dále jen „**TECHNISERV, spol. s r.o.**“), v požadovaném rozsahu na letecké základně Sliač (dále jen „**reference Sliač**“).
7. Zbývajících 9 zájemců o veřejnou zakázku zadavatel vyzval, ve smyslu § 59 odst. 4 zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“)¹, aby písemně objasnili předložené informace či doklady ke kvalifikaci nebo předložili další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace (dále též jen „**výzva k objasnění**“), z toho 6 zájemců opakovaně. Na výzvu k objasnění splnilo kvalifikaci dalších 6 z 9 obeslaných zájemců (bod 66. odůvodnění napadeného rozhodnutí).
8. Dne 7. 9. 2016 obdržel zadavatel námitky uchazeče STRABAG a.s., IČO 60838744, se sídlem Na Bělidle 198/21, 150 00 Praha 5 (dále jen „**STRABAG a.s.**“) proti protokolu o posouzení kvalifikace, k němuž bylo připojeno vyjádření Ministerstva obrany Slovenské republiky (dále jen „**MO SR**“) ze dne 25. 8. 2016. STRABAG a.s. v podaných námitkách tvrdil, že reference Sliač trpí vadami, pro které ji nelze použít k prokázání kvalifikace na veřejnou zakázku.
9. Referenci Sliač předložil v rámci prokazování kvalifikace vedle navrhovatele rovněž zájemce - subjekty GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín, a HABAU CZ s.r.o., IČO 26068338, se sídlem Žižkova tř. 1321/1, 370 01 České Budějovice, které mezi sebou pro účely společné účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku

¹ Pokud je v tomto rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu ustanovení § 26 zákona v návaznosti na ustanovení § 158 odst. 1 a 2 zákona, podle tohoto znění se posuzují úkony zadavatele a uchazečů v zadávacím řízení. Zákon č. 134/2016 Sb. o zadávání veřejných zakázek se nepoužije s ohledem na ustanovení § 273 odst. 1 tohoto zákona.

pod společným označením „Společnost GEOSAN - HABAU“ uzavřely dne 5. 10. 2015 smlouvu o společnosti nadepsanou „Společenská smlouva č. A9102/2015/SOS/34“, které jsou ve správním řízení zastoupeny na základě plné moci ze dne 4. 5. 2017 společností GEOSAN GROUP a.s., IČO 28169522, se sídlem U Nemocnice 430, 280 02 Kolín (dále společně jen „**vybraný uchazeč**“).

10. Lhůta pro podání nabídek na veřejnou zakázku byla stanovena do 15. 11. 2016. Z protokolu o otevírání obálek ze dne 15. 11. 2016 vyplývá, že zadavatel obdržel v uvedené lhůtě celkem 7 nabídek. Z protokolů o jednání hodnotící komise I. ze dne 1. 12. 2016, II. ze dne 12. 12. 2016, III. ze dne 10. 2. 2017 a IV. ze dne 23. 2. 2017 (dále společně též jen „**protokoly o jednání hodnotící komise**“) vyplývá, že zadavatel posoudil 4 nabídky jako vhodné a 2 jako nevhodné s následkem vyřazení nabídky z hodnocení. V nabídce navrhovatele seznal zadavatel nejasnost, kterou navrhovatel k výzvě podle § 76 odst. 3 zákona objasnil, a jeho nabídka tak byla shledána rovněž vhodnou.
11. Z protokolů o jednání hodnotící komise dále vyplývá, že předmětem jednání byla rovněž otázka relevance reference Sliáč. Hodnotící komise dospěla na základě námitek uchazeče STRABAG a.s. k závěru, že zakázka odpovídající referenci Sliáč s ohledem na termín svého dokončení, předpokládaný ke dni 5. 5. 2010, nespadá do rozhodného období předcházejících 60 měsíců. Zadavatel proto zrušil na základě usnesení své Rady č. 143/2017/RK-7 posouzení kvalifikace navrhovatele a vybraného uchazeče, kteří prostřednictvím reference Sliáč svou kvalifikaci prokazovali, a uložil hodnotící komisi provést nové posouzení kvalifikace označených uchazečů.
12. Dne 4. 1. 2017 doručil navrhovatel zadavateli vyjádření nadepsané „Oznámení o možné změně v kvalifikaci a doložení dalších dokladů“ z téhož dne (dále jen „**oznámení o změně kvalifikace**“), v němž uvedl, že očekává, že bude jeho nabídka s ohledem na nejnižší nabídkovou cenu vybrána jako nejvhodnější, nicméně zjistil, že jedna z jím doložených referencí byla dokončena v tomtéž měsíci, v němž bylo zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku a v zájmu nezpochybnitelné jistoty o své kvalifikaci pro plnění veřejné zakázky dokládá osvědčení o realizaci další referenční zakázky subdodavatele TECHNISERV, spol. s r.o. se stručným popisem zakázky vymezeným jako „Vybavenie letiska Košice novým svetelnotechnickým systémom“ (dále jen „**reference letiště Košice**“), která by měla kvalifikačním požadavkům (tedy patrně kvalifikační podmínce instalace světelného vybavení) zadavatele již plně vyhovovat.
13. Z protokolu o jednání hodnotící komise IV. vyplývá, že hodnotící komise dospěla k závěru, že vybraný uchazeč kvalifikaci splnil, neboť k podmínce instalace světelného vybavení doložil již ve fázi posuzování kvalifikace též další referenci, a to osvědčení s názvem „Oprava RWY 06/24 – I. etapa a úprava TWY E letiště Praha Ruzyně“ ze dne 21. 5. 2015.
14. Naopak ve vztahu ke kvalifikaci navrhovatele hodnotící komise konstatovala, že navrhovatel žádnou z předložených referencí neprokázal splnění kvalifikačního předpokladu instalace světelného vybavení, že předložené dokumenty již nemůže změnit a hlasováním rozhodla o vyřazení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení na veřejnou zakázku. Hodnotící komise v označeném protokolu dále upřesnila, že navrhovatel požadovanou kvalifikaci nikdy nesplňoval a nemůže se tak jednat ani o změnu kvalifikace podle § 58 zákona. Hodnotící komise rovněž vyjádřila stanovisko, že v užším řízení není možné využít nápravného

prostředku podle § 111 odst. 6 zákona, vrátit se do fáze posuzování kvalifikace a zaslat navrhovateli výzvu k objasnění, neboť by tak zadavatel umožnil účast v druhé fázi zadávacího řízení uchazeči, který do ní vůbec nebyl oprávněn postoupit (strana 4-5 protokolu o jednání hodnotící komise IV.). K objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona tedy navrhovatel vyzván nebyl.

15. Ve zprávě o posouzení a hodnocení nabídek ze dne 23. 2. 2017 doporučila hodnotící komise zadavateli na základě kritéria nejnižší nabídkové ceny vybrat nabídku vybraného uchazeče. Nabídka navrhovatele nebyla vůbec hodnocena a navrhovatel byl rozhodnutím ze dne 9. 3. 2017 vyloučen z účasti v zadávacím řízení. Proti uvedenému postupu zadavatele se navrhovatel bránil námitkami ze dne 24. 3. 2017, jimž zadavatel rozhodnutím ze dne 3. 4. 2017 nevyhověl.
16. Dne 13. 4. 2017 obdržel Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“), jako orgán příslušný podle § 112 zákona k výkonu dohledu nad zadáváním veřejných zakázek, návrh navrhovatele podle § 114 odst. 1 zákona na přezkoumání úkonů zadavatele při zadávání veřejné zakázky (dále jen „**návrh**“), jímž se navrhovatel domáhal přezkumu úkonů zadavatele spočívajících ve vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a v rozhodnutí o výběru nejvhodnější nabídky. Doručením návrhu Úřadu došlo ve smyslu § 113 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) k zahájení správního řízení, které bylo účastníkům oznámeno na základě oznámení č. j. ÚOHS-S0140/2017/VZ-12473/2017/531/JDo ze dne 18. 4. 2017.
17. Součástí návrhu byl návrh podle § 117 zákona na nařízení předběžného opatření, spočívajícího v uložení zákazu k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku podle § 117 odst. 1 písm. a) zákona (dále jen „**návrh na nařízení předběžného opatření**“). Návrhu na nařízení předběžného opatření Úřad vyhověl a dne 27. 4. 2017 rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0140/2017/VZ-13637/2017/531/JDo zákaz uzavřít smlouvu na plnění veřejné zakázky zadavateli uložil.

II. Napadené rozhodnutí

18. Dne 30. 5. 2017 vydal Úřad na základě posouzení návrhu a dalších podkladů rozhodnutí č. j. ÚOHS-S0140/2017/VZ-16546/2017/531/JDo (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
19. Ve výroku I. napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl o tom, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup podle § 59 odst. 4 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona tím, že navrhovateli v rozporu se zásadou rovného zacházení neumožnil písemně objasnit předložené informace či doklady nebo předložit další informace či doklady prokazující splnění technického kvalifikačního předpokladu podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, definovaného jako instalace světelného vybavení, ačkoliv objasnění předložených informací či dokladů nebo předložení dalších informací či dokladů prokazujících splnění kvalifikace umožnil všem ostatním zájemcům o předmětnou veřejnou zakázku, a navrhovatele vyloučil ze zadávacího řízení postupem podle § 60 odst. 1 zákona bez dalšího, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky a dosud nedošlo k uzavření smlouvy na veřejnou zakázku.
20. Jako opatření k nápravě Úřad zrušil ve výroku II. napadeného rozhodnutí úkony zadavatele spojené s posouzením splnění kvalifikace navrhovatele zaznamenané v protokolu o jednání

hodnotící komise IV. a současně všechny úkony navazující, včetně rozhodnutí o vyloučení navrhovatele z účasti v zadávacím řízení a rozhodnutí zadavatele o výběru nejvhodnější nabídky. Ve výroku III. napadeného rozhodnutí Úřad uložil zadavateli v souladu s § 119 odst. 2 zákona povinnost k úhradě paušálních nákladů řízení.

21. Úřad v odůvodnění napadeného rozhodnutí (body 87. - 89.) nejprve stanovil okamžik, ke kterému je třeba vztahovat hranici rozhodné doby 5 let ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona, kdy v souladu se svou ustálenou rozhodovací praxí dospěl k závěru, že zakázka musela být pro účely osvědčení ve smyslu označeného ustanovení zákona (řádně a odborně) dokončena v období 23. 10. 2010 - 23. 10. 2015. Úřad se dále zabýval podklady rozhodnými pro posouzení data provedení veřejné zakázky vztahující se k referenci Sliač, kdy na základě navrhovatelem předložených dokladů, vyjádření samotného navrhovatele ze dne 4. 1. 2017 a vyjádření MO SR ze dne 25. 8. 2016 v bodě 93. odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že má za zjištěné a prokázané, že reference Sliač není způsobilá prokázat kvalifikační předpoklad instalace světelného vybavení, neboť jí odpovídající veřejná zakázka byla dokončena více než 5 let před koncem lhůty pro podání žádostí o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku.
22. Úřad dále konstatoval, že ustanovení § 59 odst. 4 zákona sice dává zadavateli pouze možnost, nikoliv povinnost vyzvat zájemce o účast k doplnění či objasnění jeho kvalifikace, zásada rovného zacházení dle § 6 odst. 1 zákona jej však současně zavazuje postupovat vůči všem zájemcům stejným způsobem. Pokud tedy zadavatel vůči některému ze zájemců výzvy k objasnění využije, je tak povinen učinit i vůči ostatním zájemcům, jinak svým postupem porušuje zásadu rovného zacházení podle § 6 odst. 1 zákona.

III. Námitky rozkladu

23. Dne 8. 6. 2017 podal vybraný uchazeč proti napadenému rozhodnutí v celém rozsahu rozklad z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo vybranému uchazeči doručeno dne 31. 5. 2017. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.
24. Vybraný uchazeč v rozkladu vyjadřuje svůj nesouhlas se závěry napadeného rozhodnutí, k čemuž konstatuje, že ustanovení § 59 odst. 4 zákona směřuje jen k takovým případům, kdy dodavatel předloží informace či doklady, které nejsou z hlediska obsahu či formy jednoznačné, srozumitelné nebo úplné, a dále k případům, kdy požadovaná informace či doklad k prokázání kvalifikace zcela chybí.
25. K využití právního institutu objasnění podle § 59 odst. 4 zákona v zadávacím řízení vůči všem ostatním zájemcům o veřejnou zakázku vybraný uchazeč poukazuje, že zde se jednalo o případy určité nejasnosti nebo rozporu nebo zřejmého omylu a pochybení na straně zájemců, aniž by zadavatel dopředu věděl, zda kvalifikaci splňují či nesplňují, tedy například situaci, kdy při posuzování kvalifikace vyplynulo, že předložený doklad neodpovídá kvalifikační podmínce zadavatele nebo z něho tato okolnost nebyla zřejmá.
26. V nyní projednávané věci má však vybraný uchazeč za to, že se jedná o situaci odlišnou, neboť navrhovatel předložil ve fázi posuzování kvalifikace nepravdivé doklady, tedy takové, které neodpovídají skutečnosti a které nelze považovat ani za omyl, ani za formální pochybení navrhovatele.

27. Vybraný uchazeč dále odkazuje na návrhovou argumentaci navrhovatele v jiném správním řízení a na rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S437/2012/VZ. Vybraný uchazeč rovněž akcentuje, že zadavatel neměl důvod vyzývat navrhovatele ve smyslu § 59 odst. 4 zákona, neboť není co objasňovat, a že *„žádný doplňující doklad nemůže zhojit skutečnost, že tato referenční zakázka [reference Sliáč; poznámka předsedy Úřadu] byla dokončena před obdobím pěti let od posledního dne pro podání žádosti o účast“*. Zadavatel tak nemohl dle názoru vybraného uchazeče vůči navrhovateli postupovat ani nerovně, ani diskriminačně.
28. Vybraný uchazeč rovněž naznačuje, že se navrhovatel mohl dopustit správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona, kterého se dopustí dodavatel mj. tím, že *„předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení“*.
29. Vybraný uchazeč dále nesouhlasí se závěrem Úřadu v bodě 97. odůvodnění napadeného rozhodnutí, že pokud zadavatel využije postupu podle § 59 odst. 4 zákona vůči některému ze zájemců o veřejnou zakázku, měl by poskytnout obdobnou možnost i ostatním zájemcům, bez ohledu na to, zda zadavatel ví, že zájemce kvalifikační předpoklady nesplňuje. Takový výklad by dle názoru vybraného uchazeče vedl ke ztrátě motivace uchazečů předkládat pravdivé doklady a ztrátě motivace zadavatelů právního institutu objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona využívat.
30. Úřad také nevzal dle názoru vybraného uchazeče v úvahu skutečnost, že přestože zadavatel navrhovatele k objasnění kvalifikace nevyzval, navrhovatel toto objasnění poskytl sám v rámci uplatnění opravných prostředků, kdy Úřad měl konstatovat, že navrhovatel kvalifikaci přes uvedené objasnění nesplnil.
31. Vybraný uchazeč konečně zmiňuje skutečnost, že navrhovatel předložil v průběhu navazujících řízení dokument s názvem *„Potvrdenie o ukončení projektu auditom“* ze dne 25. 5. 2015, jímž se snažil doložit, že zakázka odpovídající referenci Sliáč měla být ukončena až v září 2014 (dále jen *„potvrzení o ukončení auditem“*), nikoliv dne 5. 5. 2010. Zadavatel však v průběhu správního řízení Úřadu s odkazem na vyjádření MO SR sdělil, že se jedná o falzifikát. Vybraný uchazeč namítá, že Úřad k této okolnosti nepřihlížel, když operoval pouze s datem ukončení zakázky vztahující se k referenci Sliáč, přestože navrhovatel *„předložil další doklad, který neodpovídá skutečnosti, resp. zfalšovaný dokument“*.
32. Tyto skutečnosti však měly mít zásadní význam pro posouzení, zda mohlo dojít k podstatnému vlivu na výběr nejvhodnější nabídky a zda tak byly splněny zákonné předpoklady pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. Vybraný uchazeč má za to, že možný vliv na výběr nejvhodnější nabídky zde není dán a z uvedených důvodů má napadené rozhodnutí za nesprávné a nezákonné.

Závěr rozkladu

33. Vybraný uchazeč vzhledem k uplatněným rozkladovým námitkám předsedovi Úřadu navrhuje, aby napadené rozhodnutí změnil tak, že návrh navrhovatele zamítá, popřípadě aby napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému posouzení a rozhodnutí.

IV. Řízení o rozkladu

34. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 správního řádu a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Vyjádření navrhovatele k rozkladu

35. Dne 13. 6. 2017 se přípisem z téhož dne vyjádřil na výzvu Úřadu k podanému rozkladu též navrhovatel, který uvedl, že se s argumentací Úřadu plně ztotožňuje a napadené rozhodnutí má za správné a zákonné.
36. Navrhovatel především sděluje, že nelze souhlasit s tvrzením vybraného uchazeče ohledně nepravdivosti předložených dokladů k předpokladu instalace světelného vybavení, neboť reference Sliáč obsahovala jako údaj o termínu dokončení příslušné zakázky pouze rok 2010. Informace reference Sliáč tak nebyly ani nad rámec zjištění Úřadu nepravdivé, když vykazovaly naopak nejasnost, neboť nebylo možno jednoznačně posoudit, zda rozhodná okolnost nastala před nebo po hraničním datu 23. 10. 2010 pro uznatelnost reference významných stavebních prací.
37. Navrhovatel dále uvádí, že ustanovení § 59 odst. 4 zákona připouští i předložení dalších dokladů nad rámec dosud předložených referencí. V daném případě má proto navrhovatel za přípustnou i referenci letiště Košice, kterou iniciativně předložil z právní opatrnosti v rámci oznámení o změně kvalifikace navrhovatele.
38. Navrhovatel je proto přesvědčen, že zadavatel měl povinnost jej v kontextu postupu vůči ostatním zájemcům k objasnění kvalifikace vyzvat a navrhuje předsedovi Úřadu, aby napadené rozhodnutí potvrdil a rozklad vybraného uchazeče zamítl.

Vyjádření zadavatele k rozkladu

39. Zadavatel se vyjádřil k podanému rozkladu vybraného uchazeče přípisem ze dne 14. 6. 2017, doručeným Úřadu téhož dne.
40. Ve svém vyjádření zadavatel uvedl, že napadené rozhodnutí hodlá respektovat, má však za to, že se měl Úřad vypořádat s některými otázkami zcela jednoznačně, zejména s okolností, že se v případě potvrzení o ukončení auditem mělo jednat o falzifikát.
41. Zadavatel dále žádá, aby předseda Úřadu zaujal v rozhodnutí o rozkladu jednoznačné stanovisko, zda má navrhovatel dostat v rámci výzvy k objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona možnost doplnit další doklady k prokázání předpokladu instalace světelného vybavení (namísto reference Sliáč) a prokázat tak svou kvalifikaci jiným způsobem. Zadavatel, aniž by uvedený postup rozporoval, poukazuje, že tento bude znamenat, že zásada rovného zacházení stojí nade vším, ať již se zájemce při prokazování kvalifikace choval jakkoliv.

Stanovisko předsedy Úřadu

42. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu a po posouzení případu ve všech jeho vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost

napadeného rozhodnutí v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.

43. Úřad tím, že ve výroku I. napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel nedodržel při zadávání veřejné zakázky postup podle § 59 odst. 4 zákona ve spojení s § 6 odst. 1 zákona, když navrhovatele bez dalšího vyloučil z účasti v zadávacím řízení, ačkoliv všechny ostatní zájemce k objasnění kvalifikace vyzval, přičemž tento postup mohl podstatně ovlivnit výběr nejvhodnější nabídky, a ve výroku II. napadeného rozhodnutí rozhodl o uložení nápravného opatření spočívajícího ve zrušení vyjmenovaných úkonů zadavatele, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy.
44. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k zamítnutí rozkladu a potvrzení napadeného rozhodnutí.

V. K námitkám rozkladu

45. V nyní projednávané věci jde o posouzení vlivu zásady rovného zacházení na fakultativní charakter právního institutu objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona.
46. Podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona může veřejný zadavatel k prokázání splnění technických kvalifikačních předpokladů dodavatele pro plnění veřejné zakázky na stavební práce požadovat *„seznam stavebních prací provedených dodavatelem za posledních 5 let a osvědčení objednatelů o řádném plnění nejvýznamnějších z těchto stavebních prací; tato osvědčení musí zahrnovat cenu, dobu a místo provádění stavebních prací a musí obsahovat údaje o tom, zda byly tyto stavební práce provedeny řádně a odborně“*.
47. Podle § 59 odst. 4 zákona může veřejný zadavatel požadovat po dodavateli, aby písemně objasnil předložené informace či doklady nebo předložil další informace či doklady prokazující splnění kvalifikace. Dodavatel je povinen splnit tuto povinnost v přiměřené lhůtě stanovené veřejným zadavatelem. Skutečnosti rozhodné pro splnění kvalifikace mohou nastat v případě postupu podle tohoto odstavce po lhůtě pro prokázání kvalifikace podle § 52 zákona, v případě užšího řízení tedy po podání žádostí o účast.
48. K aplikaci označeného ustanovení § 59 odst. 4 zákona Úřad uveřejnil na své webové stránce výkladové stanovisko nazvané „Výkladové stanovisko Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k aplikaci zákona č. 137/2006 Sb., o veřejných zakázkách, ve znění pozdějších předpisů, k problematice objasnění informací či předložení dodatečných dokladů prokazujících splnění kvalifikace“, aktualizované ke dni 30. 9. 2016 (dále jen „**výkladové stanovisko**“), v němž deklaroval, že na právní normu obsaženou v označeném ustanovení je třeba nahlížet jako na možnost, nikoliv povinnost zadavatele, jejíž využití je však z hlediska smyslu zadávacího řízení žádoucí.
49. K samotnému obsahu ustanovení § 59 odst. 4 zákona Úřad ve výkladovém stanovisku konstatoval následující: *„Uvedené ustanovení žádným způsobem dále nezužuje rozsah doplnění, resp. nijak nekonkretizuje, v jakých případech lze o doplnění dokladů prokazujících kvalifikaci požádat a v jakých nikoliv, a především výslovně uvádí, že lze požádat o předložení dalších dokladů prokazujících splnění kvalifikace. Z uvedeného tudíž vyplývá, že zadavatel může postup podle § 59 odst. 4 ZVZ aplikovat i v případě, kdy dodavatel příslušné doklady prokazující jeho kvalifikaci nepředložil vůbec.“*

50. Ke lhůtě, v níž lze dodatečné doklady a informace k objasnění kvalifikace předkládat, Úřad ve výkladovém stanovisku doplnil: „*Hraničním okamžikem pro předložení dodatečných dokladů prokazujících splnění kvalifikace je však okamžik uzavření smlouvy na veřejnou zakázku, neboť po uzavření smlouvy již prokazovat splnění kvalifikace, resp. posuzovat splnění základních kvalifikačních předpokladů zadavatelem nelze.*“ Jako možné využití výzvy k objasnění ve vztahu k technickým kvalifikačním předpokladům Úřad výslovně poukázal na „*seznam referenčních zakázek - předložená osvědčení o realizaci referenčních zakázek nesplňují zákonem nebo zadavatelem stanovené požadavky, případně nejsou předložena v dostatečném počtu.*“
51. Podle § 6 odst. 1 zákona je zadavatel povinen při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti, rovného zacházení a zákazu diskriminace. Zásada rovného zacházení pak zakotvuje především povinnost zadavatele přistupovat ke všem zájemcům o veřejnou zakázku za srovnatelných okolností stejně.
52. V komentářové literatuře (Podešva, V., Olík, M., Janoušek, M., Stránský, J. Zákon o veřejných zakázkách. Komentář. 2. vydání. Praha: Wolters Kluwer ČR a.s., 2011) lze ostatně nalézt propojení zásady rovného zacházení a právního institutu objasnění kvalifikace jako učebnicový příklad pro vysvětlení předmětné zásady. V označené publikaci se v komentáři k § 6 odst. 1 zákona výslovně podává následující: „*Tuto zásadu [rovného zacházení; poznámka předsedy Úřadu] lze obecně pojmout jako povinnost zadavatele postupovat vůči všem dodavatelům v rámci celého řízení stejným způsobem. Projev této zásady lze, stejně jako u ostatních zásad, nalézt i v mnoha jiných ustanoveních zákona. Například při aplikaci tzv. institutu ‚doplnění kvalifikace‘ dle § 59 odst. 4 zákona lze dovodit, že zadavatel by měl, pokud se k využití svého práva v rámci zadávacího řízení rozhodne, tohoto institutu využít ve vztahu ke všem uchazečům stejnou měrou. Neměl by tedy tuto možnost aplikovat například vůči dvěma uchazečům a třetího uchazeče (který nesplnil kvalifikaci ve stejném rozsahu jako dva předchozí) bez dalšího ze zadávacího řízení vyloučit, aniž by mu byla ze strany zadavatele dána stejná možnost jako zbylým dvěma uchazečům.*“
53. Porušení zásady rovného zacházení, kdy zadavatel uplatňuje vůči jednotlivým zájemcům o veřejnou zakázku odlišný postup, může vést k rozhodnému vlivu na postavení dotčených dodavatelů (zájemců) v zadávacím řízení a mít za následek nedovolené omezení hospodářské soutěže. Odlišné zacházení tedy přichází zásadně v úvahu v případě závažného objektivního důvodu.
54. Vybraný uchazeč k možným (legitimním) důvodům odlišného zacházení zadavatele s navrhovatelem a s ostatními zájemci o veřejnou zakázku v rámci rozkladové argumentace v zásadě uvádí, že navrhovatel jednal *mala fide*, když ve fázi posuzování kvalifikace předložil nepravdivé doklady a v navazujícím správním řízení dokonce falzifikát. Vybraný uchazeč má dále za to, že zadavatel si mohl být jist, že navrhovatel kvalifikaci nesplňuje, a proto nebyl povinen jej bez ohledu na další okolnosti k objasnění předložených dokladů vyzývat.

K nepravdivosti dokladů ve fázi posuzování kvalifikace

55. Vybraný uchazeč v rozkladu opakovaně nepřímou uvádí, že navrhovatel předložil při prokazování kvalifikace nepravdivé informace, které neodpovídají skutečnosti, přičemž k takové situaci směřuje ustanovení § 120a odst. 1 písm. a) zákona o správním deliktu dodavatele, nikoliv ustanovení § 59 odst. 4 zákona, umožňující zadavateli vyzvat dodavatele

k objasnění dokladů či informací, popřípadě k předložení nových k prokázání splnění kvalifikace.

56. Správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona se dopustí dodavatel mimo jiné tím, že předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a měly nebo mohly mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení.
57. Jakkoliv se vybraný uchazeč vyhýbá přímému tvrzení, za nepravdivé informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti, považuje zjevně referenci Sliač doloženou navrhovatelem ve fázi posuzování kvalifikace. Uvedené je patrné například z textace argumentace vybraného uchazeče deliktem dodavatele, kde výslovně uvádí *„případ, kdy dodavatel předloží k prokázání splnění kvalifikace informace nebo doklady, které neodpovídají skutečnosti a mohou mít vliv na posouzení kvalifikace dodavatele v zadávacím řízení (jak je tomu i v posuzovaném případě, neboť navrhovatel prokazuje splnění předmětného kvalifikačního předpokladu pouze referenční zakázkou Sliač)“*.
58. Pokud měl vybraný uchazeč na mysli nějaké další „nepravdivé informace či doklady“, pak tyto nijak neoznačil a neodůvodnil a v tomto směru je třeba mít jeho námitku za nepřezkoumatelnou. O potvrzení o ukončení auditem, doloženým navrhovatelem až v průběhu návrhového řízení, přitom vybraný uchazeč hovoří až v další části rozkladu jako o „další“ nepravdivé informaci či dokladu, který označuje přímo za „falzifikát“.
59. V této souvislosti je nutno podotknout, že důvod, pro který se vybraný uchazeč částečně vyhýbá přímému tvrzení o nepravdivosti reference Sliač, může představovat skutečnost, že referenci Sliač v rámci prokazování kvalifikace na veřejnou zakázku sám předložil. Uvedená skutečnost, jakkoliv není předmětem nyní projednávané věci, vyplývá z obsahu správního spisu (viz protokol o jednání hodnotící komise IV.). V intencích rozkladové argumentace by tedy i vybraný uchazeč mohl naplnit skutkovou podstatu správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona, za něž lze, jak vybraný uchazeč současně zmiňuje, uložit pokutu až do výše 20 000 000 Kč. Skutečnost, že vybraný uchazeč předložil vedle reference Sliač k témuž kvalifikačnímu požadavku instalace světelného vybavení další osvědčení ve smyslu § 56 odst. 3 písm. a) zákona na této skutečnosti příliš nemění, neboť ani v takovém případě nelze předem vyloučit možný vliv na posouzení kvalifikace vybraného uchazeče.
60. Pokud jde o vlastní „nepravdivost“ reference Sliač, která dle názoru vybraného uchazeče neodpovídá skutečnosti, zde konstatuji, že soulad reference Sliač se skutečností byl v průběhu správního řízení prověřován. K tomu odkazuji na body 71. - 74. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v nichž se Úřad předmětnými okolnostmi zabýval. Dále poukazuji, že „autenticitu“ a „pravdivost“ potvrdilo též MO SR ve svém vyjádření ze dne 28. 11. 2016, které zadavatel v reakci na zasloupanou žádost obdržel dne 12. 12. 2016. V předmětném vyjádření MO SR deklarovalo též datum ukončení smluvního vztahu vztahujícího se k referenci Sliač ke dni 5. 5. 2010. Skutečnosti sdělené MO SR současně nijak neodporují písemnému vyhotovení reference Sliač, v níž bylo uvedeno datum ukončení předmětné akce (zakázky) „2010“, bez bližšího upřesnění (jak Úřad konstatoval v bodech 64. a 90. odůvodnění napadeného rozhodnutí). Odlišné argumenty nebo nové důkazy, jimiž by mohl být uvedený závěr zpochybněn, vybraný uchazeč nevznáší. Konstatuji, že jsem neshledal

důvodné pochybnosti o tom, že se reference Sliač zakládá na skutečném stavu, přičemž uvedený závěr nemám v nyní projednávané věci ani za sporný.

61. Námitku nepravdivosti informací a dokladů předložených navrhovatelem ve fázi posuzování kvalifikace tak mám za zavádějící a nedůvodnou.
62. Vzhledem k nedůvodnosti námítky vybraného uchazeče o „nepravdivosti“ reference Sliač, mám za nedůvodnou také navazující argumentaci vybraného uchazeče odkazem na případ, v němž se o nepravdivé informace a doklady skutečně jednalo (rozhodnutí Úřadu ve věci sp. zn. ÚOHS-S437/2012/VZ), neboť není-li naplněn ani první znak skutkové podstaty správního deliktu podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona, není možné uvažovat o deliktní odpovědnosti navrhovatele.
63. Pro úplnost podotýkám, že za relevantní považuji též poukaz navrhovatele na novou právní úpravu zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „ZZVZ“), jež s účinností od 1. 10. 2016 přináší ve vztahu k správním deliktům dodavatelů novou právní úpravu, která již odpovědnost dodavatelů za správní delikty vůbec nezahrnuje. K tomu konstatuji, že ZZVZ představuje pozdější příznivější právní úpravu, kterou je třeba aplikovat přednostně. Uložení sankce za správní delikt podle § 120a odst. 1 písm. a) zákona by v této situaci znamenalo porušení čl. 40 odst. 6 usnesení předsednictva České národní rady č. 2/1993 Sb., o vyhlášení LISTINY ZÁKLADNÍCH PRÁV A SVOBOD jako součásti ústavního pořádku České republiky, ve znění pozdějších předpisů, dle kterého se trestnost činu se posuzuje a trest se ukládá podle zákona účinného v době, kdy byl čin spáchán a pozdějšího zákona se použije, jestliže je to pro pachatele příznivější. Změna právní úpravy zadávání veřejných zakázek se pak nijak nedotýká odpovědnosti dodavatelů za protiprávní jednání, postižitelné podle jiných právních předpisů, včetně zákona č. 40/2009 Sb., trestní zákoník, ve znění pozdějších předpisů, se zákonem předvídanými následky, včetně dopadů na kvalifikaci dodavatelů.

K objasnění kvalifikace

64. Posuzování pravdivosti osvědčení podle § 56 odst. 3 písm. a) zákona, tedy jeho opory ve skutečnostech, pak nelze zaměňovat s přezkoumatelností takového osvědčení (co do srozumitelnosti a úplnosti uvedených údajů), ani s jeho způsobilostí splnit kvalifikační podmínky zadavatele.
65. Jak již bylo deklarováno výše, reference Sliač obsahovala ve vztahu k referenční zakázce, odpovídající kvalifikačnímu požadavku instalace světelného vybavení, pouze údaj o roku dokončení 2010, tj. údaj s ohledem na rozhodné období nedostatečný a nepřesný. Jak Úřad vysvětlil v bodě 88. odůvodnění napadeného rozhodnutí, posledním dnem, ke kterému musela být referenční zakázka splněna, aby mohla být zahrnuta do seznamu významných stavebních prací dle kvalifikační dokumentace, byl den 23. 10. 2010. Stanovení předmětného data vybraný uchazeč v rozkladu nerozporuje. Z reference Sliač tak vyplývá dokončení odpovídající referenční zakázky v tomtéž roce, do kterého spadá též předmětné rozhodné datum, aniž by bylo zřejmé, zda byla předmětná referenční zakázka dokončena před ním, nebo po něm. V tomto směru tedy reference Sliač vykazuje zjevnou neúplnost, nejednoznačnost a nejasnost, neboť bez bližšího upřesnění nelze jednoznačně rozhodnout, zda reference Sliač vyhovuje či nevyhovuje nastaveným kvalifikačním podmínkám. Mám za to, že se jedná současně o nejasnost lehce popsitelnou a lehce vysvětlitelnou.

66. S ohledem na povahu zjištěných nedostatků reference Sliač sděluji, že právě takovým případům slouží právní institut objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona. Připomínám, že i vybraný uchazeč v rozkladu uvedl, že výzvu k objasnění je namístě aplikovat tehdy, jsou-li předložené doklady neúplné či zcela chybí. V tomto směru si dovoluji dále odkázat na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 50/2010 - 104 ze dne 6. 10. 2011, v němž označený soud k obdobnému právnímu institutu objasnění nabídky podle § 76 odst. 3 zákona konstatoval, že *„[z]adavatel musí mít po podání nabídek najisto postaveno, zda nabídky vyhovují zadávacím podmínkám a jaké hodnoty mají být v rámci hodnocení nabídek hodnoceny; zadavatel tedy musí mít spolehlivý podklad pro svůj jednoznačný závěr, zda nabídka může být úspěšně posouzena (...) a jak má být hodnocena (...)“*.
67. Na základě posouzení rozhodných skutečností jsem dospěl k závěru, že ve fázi posuzování kvalifikace zadavatel nemohl mít jistotu, zda navrhovatel splnil kvalifikační podmínky včetně požadavku na instalaci světelného vybavení a nemohl tak mít ani podklad pro další postup vůči navrhovateli v zadávacím řízení. Pokud pak zadavatel v protokolu o posouzení kvalifikace shledal, že navrhovatel kvalifikaci splnil v celém rozsahu a bez závad, včetně podmínky instalace světelného vybavení, pak nepostupoval v souladu se zákonem a Úřad v napadeném rozhodnutí (bod 94. odůvodnění) správně konstatoval, že zadavatel již v této fázi zadávacího řízení pochybil.
68. Mám tedy za nepřipadnou námitku vybraného uchazeče, že nebýt jiného uchazeče o veřejnou zakázku, který na nepřipustnost reference Sliač upozornil, nikdo by se o tom, že navrhovatel nespĺňuje kvalifikační požadavky, nedozvěděl, neboť se jednalo o opomenutí zadavatele. K tomu doplňuji, že řádný a očekávatelný průběh zadávacího řízení představuje též jednu z podmínek dodržení zásady transparentnosti, která dle rozsudku Nejvyššího správního soudu č. j. 1 Afs 45/2010 - 159 ze dne 15. 9. 2010 vyžaduje, aby se průběh zadávacího řízení navenek jevil jako *„férový a řádný“*.
69. Přestože § 59 odst. 4 zákona dává zadavateli oprávnění, nikoliv povinnost vyzvat zájemce k objasnění kvalifikace (jak podotkl též Úřad v bodě 96. odůvodnění napadeného rozhodnutí), mám za to, že zde byly ve fázi posuzování kvalifikace relevantní důvody pro jeho využití, neboť nebylo možno jednoznačně rozhodnout, zda reference Sliač spadá do rozhodného období.
70. Zásadní moment však v dané věci představuje skutečnost, že zadavatel všechny ostatní zájemce o veřejnou zakázku k objasnění kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona vyzval, z toho některé i opakovaně. Z protokolu o posouzení kvalifikace vyplývá, že mezi zjištěné nedostatky v prokazování kvalifikace patřily převážně vady subdodavatelských smluv. V pořadí šestý zájemce o veřejnou zakázku, jehož doklady neodpovídaly stanoveným kvalifikačním podmínkám, však vyhověl kvalifikačním předpokladům dokonce až tím, že *„doplnil nového subdodavatele včetně všech povinných dokladů pro řádné splnění kvalifikace“*. Za daných okolností se plně ztotožňuji s argumentací Úřadu v bodě 97. odůvodnění napadeného rozhodnutí, v němž Úřad konstatoval, že z hlediska dodržení zásady rovného zacházení *„musí být dána každému dodavateli stejná možnost napravit každý jednotlivý zadavatelem zjištěný nedostatek obsažený v jeho žádosti o účast týkající se prokázání splnění kvalifikace“*.

71. Citovaný závěr Úřadu je ostatně plně v souladu s českou i evropskou judikaturou. Například v rozsudku Krajského soudu v Brně č. j. 30 Af 66/2014 - 40 ze dne 2. 6. 2016 označený soud konstatoval, že „[v] případě, že při posuzování prokázání kvalifikace jednotlivých uchazečů dojde zadavatel k jednoznačnému závěru, že někteří z nich kvalifikaci neprokázali zcela, musí takovéto uchazeče vyloučit, nebo využít postupu podle § 59 odst. 4 zákona o veřejných zakázkách; ve spojení se zásadou rovného zacházení je však potřeba, aby zadavatel v případě, že se rozhodne využít druhou možnost, postupoval ve vztahu ke všem uchazečům stejně. Jinými slovy - rozhodne-li se vyzvat k doplnění nebo objasnění kvalifikace, musí tak učinit u všech uchazečů, u nichž je to potřeba. Zadavatel není oprávněn sám určovat, kterého z uchazečů k doplnění kvalifikace vyzve a kterého nikoliv.“
72. Krajský soud v citovaném rozsudku č. j. 30 Af 66/2014 - 40 ze dne 2. 6. 2016 dále uvedl, že využije-li zadavatel výzvy k objasnění vůči některému z uchazečů, není zadavatel dále oprávněn rozlišovat mezi mírou závažnosti pochybení jednotlivých uchazečů za situace, kdy jsou tato pochybení spojena pro uchazeče se stejnými následky. Krajský soud v Brně výslovně poznamenal následující: „Přestože v praxi jistě dochází v předložených nabídkách k pochybením různé intenzity (jako tomu mělo být i v nyní posuzované věci), zásada rovného zacházení nedává zadavateli prostor, aby za situace, kdy tato pochybení zapříčiňují neprokázání kvalifikace a vedou k vyloučení nabídek, sám určoval, kterého uchazeče vyloučí rovnou, a kterého vyzve k doplnění dokladů. Je totiž nutno vycházet z premisy, že nedostatky nabídek vedoucí k vyloučení, mají ve výsledku stejné dopady na účast dodavatelů v zadávacím řízení. Ti se tak nepochybně nachází v obdobném postavení a zadavatelé k nim takto musí přistupovat. Netřeba zdůrazňovat, že pro aplikaci zásady rovného zacházení není nutné, aby byly porovnávané situace zcela shodné; postačí, aby byly srovnatelné (obdobné).“
73. Ve vztahu k evropské judikatuře lze odkázat například na rozhodnutí Soudního dvora Evropské unie (dále jen „SDEU“) ve věci C-336/12 ze dne 10. 10. 2013, v němž SDEU konstatoval, že žádost o objasnění (nabídky) může být zaslána zásadně až poté, co se zadavatel seznámí se všemi ostatními nabídkami, a musí být uplatněna vůči všem uchazečům rovnocenným způsobem. Zadavatel je přitom povinen se všemi uchazeči zacházet srovnatelně, aby na základě výzvy k objasnění nevznikla některému z uchazečů neoprávněná výhoda či nevýhoda. V označeném rozsudku pak SDEU dále uvedl následující: „Zásada rovného zacházení musí být vykládána v tom smyslu, že nebrání tomu, aby veřejný zadavatel požadoval od uchazeče po uplynutí lhůty pro předložení žádosti o účast na zadávacím řízení poskytnutí dokumentů popisujících situaci tohoto uchazeče, jako je zveřejněná rozvaha, v jejichž případě lze objektivně ověřit, zda existovaly již před uplynutím lhůty stanovené pro předložení žádosti o účast na zadávacím řízení, pokud dokumentace týkající se dané veřejné zakázky nepožadovala jejich poskytnutí výslovně pod hrozbou vyloučení žádosti o účast. Taková žádost o poskytnutí dokumentů nesmí neoprávněně zvýhodňovat nebo znevýhodňovat jednoho nebo více uchazečů, kterým byla zaslána.“
74. Obdobně v rozhodnutí ve věci C-599/10 ze dne 29. 3. 2012 SDEU konstatoval následující: „Při výkonu posuzovací pravomoci, kterou tak má veřejný zadavatel, musí posledně uvedený zacházet s jednotlivými zájemci stejně a loajálně, tak aby žádost o objasnění nemohla být na konci řízení určeného k výběru nabídek vzhledem k jeho výsledku vnímána tak, že neoprávněně zvýhodňuje nebo znevýhodňuje jednoho nebo více zájemců, kterým byla tato žádost zaslána.“

75. Postup zadavatele, jímž nevyzval navrhovatele k objasnění zjištěných nedostatků kvalifikace podle § 59 odst. 4 zákona, vedl k podstatnému znevýhodnění navrhovatele v zadávacím řízení, neboť navrhovatel byl bez možnosti adresného vyjádření a doplnění dalších informací a dokladů, tedy bez možnosti uplatnit relevantní prostředky nápravy, ve smyslu označeného ustanovení bez dalšího vyloučen z účasti v zadávacím řízení.
76. Vybraný uchazeč namítá, že zadavatel „věděl“, že navrhovatel kvalifikační předpoklady nesplňuje a proto nebyl povinen jej vyzývat k objasnění. Lze připustit, že zadavatel „mohl“ v daném případě vycházet z vyjádření MO SR, které potvrdilo termín dokončení zakázky odpovídající referenci Sliac ke dni 5. 5. 2010, „měl“ však současně navrhovateli poskytnout příležitost k podání vyjádření k hodnoceným skutečnostem, a to zákonem předvídaným způsobem, tj. prostřednictvím výzvy k objasnění, která zahrnuje možnost předkládat nové informace či doklady prokazující kvalifikaci.
77. V tomto kontextu je třeba akcentovat, že za úplnost a správnost svých žádostí o účast, jakož i nabídek odpovídají zájemci, potažmo uchazeči o veřejnou zakázku a jim také musí být poskytnuty příslušné právní prostředky ochrany. Vychází-li tedy zadavatel z nových informací a dokladů poskytnutých třetími stranami, které mají zásadní význam pro další průběh zadávacího řízení, měl by být dotčenému účastníkovi vždy dán prostor k vyjádření k novým skutečnostem, jejichž relevanci neměl na rozdíl od předložených dokladů příležitost předem ověřit. Aniž bych jakkoliv zpochybňoval relevanci a pravdivost vyjádření MO SR ze dne 25. 8. 2016, v obecné rovině připomínám, že i informace poskytnuté třetími subjekty mohou být nepřesné, neúplné či nepravdivé, přičemž jejich případná akceptace bez dalšího je nad rámec zásady rovného zacházení způsobila narušit rovněž transparentnost zadávacího řízení.
78. Okolnosti prokazování kvalifikace navrhovatelem nasvědčují učinění závěru, že navrhovatelem předložená reference Sliac neodpovídá zadávacím nebo zákonným podmínkám, popřípadě, že ve vztahu ke kvalifikační podmínce instalace světelného vybavení příslušné osvědčení (reference) zcela chybí. Výzva k objasnění podle § 59 odst. 4 zákona přitom umožňuje, na rozdíl od podkladů poskytnutých zadavateli třetími osobami, navrhovateli ještě příležitost zjištěné nedostatky kvalifikačních dokladů zhojit.
79. Nelze přehlédnout, že zadavatel ve fázi posuzování kvalifikace některé zájemce vyzýval k objasnění kvalifikace i z důvodu nesouladu předložených referencí se zadávacími podmínkami, kdy jednomu ze zájemců umožnil po lhůtě podle § 52 zákona prokázat splnění příslušného kvalifikačního požadavku prostřednictvím nového subdodavatele (viz bod 68. odůvodnění tohoto rozhodnutí).
80. Naproti tomu navrhovatel takovou možnost neměl, přestože sám přípisem ze dne 4. 1. 2017 doložil jako alternativu ke splnění podmínky instalace světelného vybavení referenci letiště Košice. Reference letiště Košice však nebyla s ohledem na režim změny kvalifikace podle § 58 zákona zadavatelem vůbec posuzována, přičemž ve fázi posuzování kvalifikace by se zadavatel jejím obsahem s přihlédnutím k postupu vůči ostatním zájemcům v rámci objasnění nabídky patrně musel zabývat. Pro vyloučení pochybností poukazuji, že Úřad způsobilost reference letiště Košice neposuzoval (bod 107. odůvodnění napadeného rozhodnutí), neboť tak závazným způsobem ani činit nemohl. K tomu lze odkázat například na rozsudek Krajského soudu v Brně č. j. 31 Ca 98/2004 - 47 ze dne 21. 7. 2005, v němž

označený soud uvedl, že „úkolom Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže je kontrola rámce, v němž se výběr provádí, nikoliv samotné kvality výběru“, s akcentem na dodržování zásad postupu zadavatele v zadávacím řízení. Její případné posouzení tak zůstává na zadavateli - v závislosti na dalším průběhu v zadávacím řízení.

81. Vzhledem k výše uvedenému konstatuji, že mám za jednoznačně prokazané, že zadavatel bez objektivního důvodu porušil zásadu rovného zacházení, která měla za následek podstatné znevýhodnění navrhovatele v zadávacím řízení.
82. V této souvislosti jsem nucen odmítnout jako irelevantní námitky vybraného uchazeče, že by uplatňování principu rovného zacházení při aplikaci právního institutu výzvy k objasnění, tedy vyzývání všech uchazečů, u nichž vznikne pochybnost o prokázání jejich kvalifikace, motivovalo dodavatele předkládat nepravdivé doklady a zadavatele zcela odradilo od jakýchkoliv výzev k objasnění. K tomu sděluji, že selektivní uplatňování výzvy k objasnění vede z povahy věci vždy k určitému zvýhodnění či znevýhodnění jedněch zájemců před jinými, a jako rozporné se zásadou rovného zacházení jej nelze akceptovat. Na tom nic nemění ani případná pochybnost zadavatele o pravdivosti předložených referencí, neboť právě tato může být objasněním kvalifikace odstraněna. Případná faktická nepravdivost dokladů a informací předložených zájemci o veřejnou zakázku pak může být postižena podle jiných právních institutů zákona a dalších právních předpisů.

K nepravdivosti potvrzení o ukončení auditem a vlivu na výběr nejvhodnější nabídky

83. Vybraný uchazeč závěrem namítá, že potvrzení o ukončení auditem označilo MO SR i zadavatel za falzifikát, a jedná se tedy o další doklad, který neodpovídá skutečnosti. K uvedené námitce předně konstatuji, že navrhovatel doložil potvrzení o ukončení auditem k podanému návrhu až ve správním řízení vedeném Úřadem a případná nepravdivost tohoto potvrzení se tak nedotýká posuzování zákonnosti postupu zadavatele v zadávacím řízení. Dále sděluji, že potvrzení o ukončení auditem se vztahuje k referenci Sliač, jejíž relevance byla ve správním řízení zpochybněna, přičemž nelze vyloučit, že navrhovatel předloží jiné informace nebo doklady, jimiž svou kvalifikaci pro veřejnou zakázku prokáže.
84. K vlastní nepravdivosti potvrzení o ukončení auditem, včetně falšování razítka MO SR a podpisu jeho pověřené osoby konstatuji, že se může jednat o závažné protiprávní jednání, přičemž posouzení toho, zda k němu skutečně došlo a kdo za něj odpovídá, přísluší orgánům činným v trestním řízení.
85. Ani námitku nepravdivosti potvrzení o ukončení auditem tedy nemohu shledat důvodnou, neboť tento doklad neměl vliv na porušení zásady rovného zacházení a navazující nezákonný postup zadavatele v zadávacím řízení.
86. S ohledem na závěry výše, kdy jsem žádnou z uplatněných námitek vybraného uchazeče neshledal důvodnou, mám za neopodstatněnou též jeho pochybnost o možném podstatném vlivu zjištěného nezákonného postupu zadavatele na výběr nejvhodnější nabídky, jako zákonné podmínce pro uložení nápravného opatření podle § 118 odst. 1 zákona. K tomu ve shodě s ustálenou judikaturou, jakož i rozhodovací činností Úřadu doplňuji, že takový vliv nelze z povahy věci vždy prokazovat a postačí tedy jeho pouhá potencialita. S touto otázkou se Úřad dostatečně vypořádal již v napadeném rozhodnutí, na jehož body 104. - 106. odůvodnění tímto v celém rozsahu odkazuji.

K zákonnosti napadeného rozhodnutí

87. K zákonnosti napadeného rozhodnutí a postupu Úřadu v řízení, které mu předcházelo, konstatuji, že jsem v tomto kontextu především přezkoumal, zda Úřad před vydáním rozhodnutí v dostatečném rozsahu zjistil skutkový stav, o němž nejsou důvodné pochybnosti, zda na takto zjištěný skutkový stav aplikoval relevantní ustanovení právních předpisů a zda v průběhu správního řízení nedošlo k takovému procesnímu pochybení, které by mohlo mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí.
88. Na základě zhodnocení výše uvedeného sděluji, že mám napadené rozhodnutí za plně souladné se zákonem a správním řádem a že jsem neshledal vadu, která by mohla mít za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Současně konstatuji, že Úřad řádně označil všechny podklady pro vydání napadeného rozhodnutí, uvedl závěry, které z těchto podkladů zjistil a na jejichž základě dospěl k závěru, že zadavatel nepostupoval v souladu se zákonem. Úřad rovněž uvedl všechny právní normy, které v dané věci aplikoval, řádně odůvodnil jejich použití a výsledné napadené rozhodnutí mám za řádně odůvodněné, srozumitelné a přezkoumatelné.

VI. Závěr

89. 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 napadeného rozhodnutí z důvodů uváděných v rozkladu.
90. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem neshledal důvody pro zrušení či změnu napadeného rozhodnutí, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí 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. 5 téhož zákona dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží:

1. GEOSAN GROUP a.s., U Nemocnice 430, 280 02 Kolín
2. Ing. Martin Kovařík, Sdružení INDOC, Adamovská 804/3, 140 00 Praha - Michle
3. Mgr. Tomáš Kruták, advokát, 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