



UOHSX00DD95G

PŘESED A ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0034/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-12501/2020/322/JSr

Brno: 27. dubna 2020

V řízení o rozkladu ze dne 18. 2. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne navrhovatelem –

- **Společnost „VD Skalička HGP II“** – společník 1. SG Geotechnika a.s., IČO 41192168, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5, a společník 2. GEOTest, a.s., IČO 46344942, se sídlem Šmahova 1244/112, 627 00 Brno,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0435/2019/VZ, č. j. ÚOHS-03969/2020/542/JBr ze dne 5. 2. 2020, vydanému ve správním řízení zahájeném dne 29. 11. 2019 na návrh navrhovatele z téhož dne ve věci přezkoumání úkonů zadavatele

- **Povodí Moravy, s.p.**, IČO 70890013, se sídlem Dřevařská 932/11, 602 00 Brno,

učiněných při zadávání veřejné zakázky s názvem „**Hydrogeologická studie ETAPA II (hydrogeologický průzkum)**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 10. 9. 2019 a ve Věstníku veřejných zakázek uveřejněno dne 13. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031754, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2019 a dne 14. 10. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 177-431035, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 10. 2019 a dne 18. 10. 2019, jehož účastníkem je vybraný dodavatel

- **Společnost „VD Skalička – HG studie“** – vedoucí společnosti II faut s.r.o., IČO 28625391, se sídlem Alžírská 1499/30, 708 00 Ostrava, a společník G IMPULS Praha spol. s r.o.,

IČO 48948624, se sídlem J. Nerudy 232, 252 61 Jeneč, ve správním řízení právně zastoupena na základě plných mocí ze dne 13. 12. 2019 Mgr. Janem Seidelem, advokátem, ev. č. ČAK 15976, IČO 03536041, se sídlem Přístavní 531/24, 170 00 Praha 7,

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

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S0435/2019/VZ, č. j. ÚOHS-03969/2020/542/JBr ze dne 5. 2. 2020

potvrzuji

a podaný rozklad

zamítám.

ODŮVODNĚNÍ

- I. Zadávací řízení a správní řízení před Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže**
1. Zadavatel – Povodí Moravy, s.p., IČO 70890013, se sídlem Dřevařská 932/11, 602 00 Brno (dále jen „**zadavatel**“) – jakožto veřejný zadavatel ve smyslu § 4 odst. 1 písm. a) zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“¹) uveřejnil ve Věstníku veřejných zakázek dne 13. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031754, ve znění oprav uveřejněných dne 10. 10. 2019 a dne 14. 10. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 13. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 177-431035, ve znění oprav uveřejněných dne 15. 10. 2019 a dne 18. 10. 2019, oznámení o zahájení otevřeného řízení veřejné zakázky „Hydrogeologická studie ETAPA II (hydrogeologický průzkum)“ (dále jen „**veřejná zakázka**“). Oznámení o zahájení zadávacího řízení bylo zadavatelem do Věstníku veřejných zakázek odesláno dne 10. 9. 2019 a tímto dnem bylo podle § 56 odst. 1 zákona zahájeno zadávací řízení na veřejnou zakázku.
 2. Zadavatel dne 30. 10. 2019 rozhodl o výběru dodavatele – Společnosti „VD Skalička – HG studie“ – vedoucí společnosti Il faut s.r.o., IČO 28625391, se sídlem Alžírská 1499/30, 708 00 Ostrava, a společník G IMPULS Praha spol. s r.o., IČO 48948624, se sídlem J. Nerudy 232,

¹ Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení, v daném případě ve smyslu ustanovení § 56 odst. 1 zákona v návaznosti na ustanovení § 273 zákona.

252 61 Jeneč, ve správním řízení právně zastoupena na základě plných mocí ze dne 13. 12. 2019 Mgr. Janem Seidelem, advokátem, ev. č. ČAK 15976, IČO 03536041, se sídlem Přístavní 531/24, 170 00 Praha 7 (dále jen „**vybraný dodavatel**“).

3. Zadavateli byly dne 15. 11. 2019 doručeny námitky navrhovatele – Společnosti „VD Skalička HG II“ – společník 1. SG Geotechnika a.s., IČO 41192168, se sídlem Geologická 988/4, 152 00 Praha 5, a společník 2. GEOTest, a.s., IČO 46344942, se sídlem Šmahova 1244/112, 627 00 Brno (dále jen „**navrhovatel**“), směřující proti rozhodnutí zadavatele o výběru vybraného dodavatele. V těchto námitkách navrhovatel tvrdil, že vybraný dodavatel dostatečně neprokázal technickou kvalifikaci vymezenou zadavatelem v zadávací dokumentaci.
4. Zadavatel se na základě obdržných námitek rozhodl postupovat dle § 46 zákona a požádal dne 18. 11. 2019 vybraného dodavatele o objasnění nabídky. Dne 19. 11. 2019 obdržel zadavatel objasnění nabídky, v nichž vybraný dodavatel předložil osvědčení a prohlášení vysvětlující finanční a věcný rámec referenčních služeb, jimiž prokazoval technickou kvalifikaci.
5. Zadavatel v rozhodnutí o námitkách ze dne 20. 11. 2019 námitky navrhovatele odmítl. K otázce významných referenčních služeb konstatoval, že vybraný dodavatel předložil osvědčení, která obsahovala veškeré náležitosti požadované v zadávací dokumentaci, a proto se domnívá, že disponoval potřebnými podklady pro řádné posouzení splnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona.
6. Dne 29. 11. 2019 podal navrhovatel k Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) návrh (dále jen „**návrh**“) na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatele učiněných při zadávání přezkoumávané veřejné zakázky. Dnem podání návrhu bylo dle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S0435/2019/VZ.
7. Navrhovatel v návrhu brojil proti rozhodnutí zadavatele o výběru vybraného dodavatele, když zopakoval své argumenty obsažené již v námitkách, kterými zpochybnil obě předložené významné služby vybraného dodavatele, které dle jeho názoru neobsahovaly požadovanou činnost „zpracování matematického proudění podzemních vod“ ve výši minimálně 250.000,- Kč, a zároveň upozornil na povinnost zadavatele nepovažovat technickou kvalifikaci za prokázanou dle § 79 odst. 1 věty druhé vzhledem k protichůdným zájmům poddodavatele vybraného dodavatele Ing. Jaromíra Říhy.
8. Navrhovatel v otázce referenčních zakázek především argumentoval, že v rámci první z nich je na místě se oprávněně domnívat, že objednatel (ČEZ, a.s.) v rámci služby nepožadoval zpracování matematického proudění podzemních vod, v rámci druhé významné služby (objednatel Ing. Pavel Půža) pak dle veřejné dostupné smlouvy tato činnost rovněž nebyla vyžadována, a pokud snad ano, zpochybnil navrhovatel rovněž finanční výši, v níž byla poskytnuta. V otázce protichůdných zájmů Ing. Jaromíra Říhy navrhovatel tvrdil, že tyto jsou dány vzhledem ke skutečnosti, že předmětný poddodavatel vybraného dodavatele bude zastávat pozici vedoucího týmu pro multikriteriální analýzu VD Skalička, která bude na hydrogeologický průzkum navazovat po dokončení všech 3 etap a zpracovávat v jeho rámci získaná data.

9. Úřad dne 23. 12. 2019 požádal objednatele referenčních zakázek vybraného dodavatele o zaslání stanoviska pro účely objasnění šetřené odborné problematiky, konkrétně o informaci, splňují-li jimi vystavená osvědčení předmětnou podmínku vymezenou zadavatelem, tedy zda jsou uvedené činnosti společně podřaditelné pod termín „provedení matematického modelu proudění podzemních vod“ a zda je možné celou v osvědčení uvedenou částku započítat na tuto činnost. Vyjádření objednatele ČEZ, a.s. bylo Úřadu doručeno dne 27. 12. 2019 a vyjádření objednatele Ing. Pavla Půži bylo Úřadu doručeno dne 30. 12. 2019.
10. Dne 21. 1. 2020 Úřad rozhodnutím č. j. ÚOHS-S0435/2019/VZ-02174/2020/542/JBr ze dne 20. 1. 2020 nařídil zadavateli z moci úřední podle § 61 odst. 1 správního řádu předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na veřejnou zakázku.

II. Napadené rozhodnutí

11. Dne 5. 2. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0435/2019/VZ, č. j. ÚOHS-03969/2020/542/JBr (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
12. Výrokem napadeného rozhodnutí Úřad rozhodl, že návrh navrhovatele se zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření.
13. Úřad nejprve v úvodu odůvodnění napadeného rozhodnutí konstatoval, že zadavatel je veřejným zadavatelem ve smyslu § 4 odst. 1 písm. e) zákona, a je tedy dána jeho povinnost ve vztahu k veřejné zakázce dodržovat zákon. Dále Úřad rozdělil námitky navrhovatele na dvě části – 1. částí je pochybnost o splnění technické kvalifikace z důvodu neprokázání požadovaných referenčních služeb v potřebném objemu, dle 2. části by bylo nutno, byť i splněnou, technickou kvalifikaci považovat za neprokázanou, jelikož je dán protichůdný zájem s negativním vlivem poddodavatele vybraného dodavatele Ing. Jaromíra Říhy.
14. Úřad k 1. části návrhových námitek konstatoval, že osvědčení vydané objednatelem, tedy osobou rozdílnou od dodavatele, svědčí o řádném provedení činnosti a jedná se o dokument, jež skutečnost dokazuje. Nejedná se pouze o tvrzení dodavatele, nýbrž o listinu dokládající skutečnosti v ní obsažené. Zároveň zákon po zadavateli nevyžaduje, aby ověřoval detailní informace o všech předložených skutečnostech, když se naopak presumuje pravdivost dokumentů a až v případě pochybností je nutno postupovat k jejich odstranění. Po zadavateli nelze dle Úřadu požadovat, aby každé osvědčení považoval za nepravdivé, když za pravdivý obsah ve shodě se skutečným stavem odpovídá dodavatel, jenž je povinen nést i případné následky. Pokud jsou zároveň dokumenty relevantním způsobem zpochybněny, je na místě dle zásady transparentnosti tuto pochybnost odstranit, což zadavatel učinil postupem dle § 46 zákona. Úřad sám, ačkoliv nezískal z dokumentace o zadávacím řízení pochybnost o splnění technické kvalifikace, přistoupil za účelem vyvrácení jakýchkoliv pochybností k tomu, že požádal o vyjádření předmětné objednatele referenčních zakázek, zda tyto skutečně splňují podmínky vymezené zadavatelem, a tito shodně uvedli, že tomu tak jest. Úřad proto při absenci jakýchkoliv pochybností o prokázání technické kvalifikace nepřistoupil k nařízení znaleckého posudku, ani jiného důkazu.
15. Ke 2. části návrhu Úřad shledal, že zadavateli není dána povinnost považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou v případě protichůdných zájmů, nýbrž pouze možnost. Tato

skutečnost vyplývá jak ze zcela jednoznačného slovního spojení „může považovat“ obsaženého v § 79 odst. 1 větě druhé zákona, tak rovněž z komentářové literatury. Nadto Úřad rozebral pozici Ing. Jaromíra Říhy vzhledem k jeho pozici člena týmu pro multikriteriální analýzu, která bude navazovat na etapy hydrogeologického průzkumu, a vyloučil, že by tento byl konečným příjemcem výsledků veřejné zakázky, jak tvrdí navrhovatel. K protichůdným zájmům s negativním vlivem tak v jeho případě dle napadeného rozhodnutí nedošlo.

III. Rozklad navrhovatele

16. Dne 18. 2. 2020 obdržel Úřad proti napadenému rozhodnutí rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 5. 2. 2020. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

Námítky rozkladu

17. Dle názoru navrhovatele je napadené rozhodnutí především nepřezkoumatelné, neboť jej dle jeho názoru Úřad dostatečně neodůvodnil, nedostatečně se vypořádal s navrhovatelovými argumenty a navrženými důkazy
18. Dále navrhovatel tvrdí, že předložená osvědčení svědčí výhradně o řádnosti prokazovaného plnění, nikoliv o jeho předmětu. Dle jeho názoru Úřad tím, že neprovedl důkazní návrhy navrhovatele, nedostatečně zjistil skutkový stav a postupoval tak v rozporu se zásadou materiální pravdy, když není jasné, na jakém základě Úřad presumuje pravdivost předložených dokumentů a staví laická stanoviska třetích osob na úroveň znaleckého posudku.
19. Navrhovatel se rovněž neztotožňuje s Úřadem předestřeným výkladem § 79 odst. 1 věty druhé zákona, když v případě protichůdných zájmů s negativním vlivem má dle jeho názoru zadavatel povinnost považovat technickou kvalifikaci za neprokázanou.
20. Závěrem rozkladu navrhovatel brojí proti poučení v napadeném rozhodnutí, dle něž je při podání rozkladu vyloučen odkladný účinek.

Závěr rozkladu

21. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil.

IV. Řízení o rozkladu

22. Úřad dne 27. 2. 2020 opravným usnesením č. j. ÚOHS-05984/2020/542/JBr opravil zřejmou nesprávnost v písemném vyhotovení napadeného rozhodnutí, jímž text poučení vylučující odkladný účinek rozklad nahradil textem, kterým přiznává odkladný účinek včas podanému rozkladu. Poslední námitka navrhovatele stran nesprávného poučení se proto stala bezpředmětnou.
23. Úřad po doručení rozkladu neshledal podmínky pro postup podle § 87 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“) a podle § 88 odst. 1 správního řádu předal spis se svým stanoviskem předsedovi Úřadu k rozhodnutí o rozkladu.

Stanovisko předsedy Úřadu

24. 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 přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy a dále správnost napadeného rozhodnutí v rozsahu uplatněných rozkladových námitek a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
25. Úřad tím, že podle ustanovení § 265 písm. a) zákona rozhodl o zamítnutí návrhu navrhovatele, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření, rozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil k potvrzení napadeného rozhodnutí a zamítnutí podaného rozkladu.

V. K námitkám rozkladu

26. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
27. Podle § 46 odst. 1 zákona může zadavatel pro účely zajištění řádného průběhu zadávacího řízení požadovat, aby účastník zadávacího řízení v přiměřené lhůtě objasnil předložené údaje, doklady, vzorky nebo modely nebo doplnil další nebo chybějící údaje, doklady, vzorky nebo modely. Tuto žádost může zadavatel činit opakovaně a může rovněž stanovenou lhůtu prodloužit nebo prominout její zmeškání.
28. Podle § 79 odst. 1 zákona stanoví zadavatel kritéria technické kvalifikace za účelem prokázání lidských zdrojů, technických zdrojů nebo odborných schopností a zkušeností nezbytných pro plnění veřejné zakázky v odpovídající kvalitě. Zadavatel může považovat technickou kvalifikace za neprokázanou, pokud prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně ovlivnit plnění veřejné zakázky.
29. Podle § 79 odst. 2 písm. b) věty první může zadavatel k prokázání kritérií technické kvalifikace požadovat seznam významných dodávek nebo významných služeb poskytnutých za poslední 3 roky před zahájením zadávacího řízení, včetně uvedení ceny a doby jejich poskytnutí a identifikace objednatele.
30. Navrhovatel v rozkladu předně tvrdí, že je napadené rozhodnutí nepřezkoumatelné, Úřad dle jeho názoru rezignoval na jeho řádné odůvodnění, nevypořádal se s argumenty navrhovatele a presumoval pravdivost předložených dokumentů, aniž by k tomu poskytl relevantní odůvodnění. Předseda Úřadu této námitce nepřisvědčuje a vyjadřuje se k ní následovně.
31. Navrhovatel v návrhu namítal nesplnění technické kvalifikace z důvodu, že vybraným navrhovatelem doložené referenční služby nesplňují požadavky uvedené v zadávací dokumentaci, a to konkrétně co se týče věcného a finančního rámce. Dle navrhovatele nelze osvědčením prokázat charakter předmětného plnění, pouze jeho řádnost. Pro zjištění, zda vybraný dodavatel splnil požadavky určené zadavatelem v zadávací dokumentaci, se navrhovatel domáhal provedení důkazu smlouvami o dílo na referenční služby, v případě potřeby rovněž provedením znaleckého posudku. S těmito námitkami se Úřad vypořádal

v bodech 64. – 80. napadeného rozhodnutí, když nejprve rozebral podstatu kvalifikačních předpokladů, dále význam osvědčení objednatelů, přičemž závěrem v bodech 78. a 79. konstatoval, z jakého důvodu nepřistoupil k provedení navrhovatelem navržených důkazů.

32. Navrhovatel rovněž namítal povinnost nepovažovat technickou kvalifikaci vybraného dodavatele za prokázanou, jelikož u poddodavatele vybraného dodavatele Ing. Jaromíra Říhy jsou dle jeho názoru přítomny protichůdné zájmy s negativním vlivem na plnění veřejné zakázky. S touto námitkou se Úřad vypořádal v bodech 81. – 90. napadeného rozhodnutí, když nejprve dovedl, že zákon dle doslovného znění, důvodové zprávy ani komentářové literatury nestanoví zadavateli povinnost, nýbrž pouze možnost nepovažovat technickou kvalifikaci za neprokázanou v případě protichůdných zájmů, následně rovněž shledal, že vzhledem k návaznosti jednotlivých etap a pozici Ing. Jaromíra Říhy v multikriteriální komisi není protichůdný zájem v jeho případě vůbec dán.
33. Úřad tedy náležitě odůvodnil své rozhodnutí, přičemž se zároveň vypořádal se všemi argumenty navrhovatele, rovněž poskytl zdůvodnění neprovedení navrhovatelem požadovaných důkazů a napadené rozhodnutí je proto přezkoumatelné. Jak bylo uvedeno výše, námitka stran tvrzené nepřezkoumatelnosti je tedy nedůvodná.
34. Druhou stěžejní námitkou rozkladu navrhovatele je nesplnění technické kvalifikace vybraným dodavatelem, jelikož doručené referenční služby dle navrhovatele nenaplnují věcný a finanční rámec požadovaný zadavatelem v zadávacích podmínkách, tedy „matematický model proudění podzemních vod“ v minimální výši 250.000,- Kč. Zadavatelem učiněný postup dle § 46 odst. 1 zákona slouží dle navrhovatele k odstranění drobných pochybností v jednoznačnosti údajů či dokladů a vzhledem ke složitosti veřejné zakázky nelze shledat, že zadavatel učinil vše, co po něm lze spravedlivě požadovat. Navrhovatel se rovněž domnívá, že institut osvědčení svědčí „pouze“ o řádnosti provedení prací, nikoliv o jeho věcném obsahu. Úřadu je v rozkladu vytýkána také nedůvodná presumpce správnosti předložených dokumentů související s údajným nedodržením zásady materiální pravdy, když dle navrhovatele je zároveň předjímán výsledek dokazování, které ovšem nebylo provedeno a Úřad k němu nemá odborné znalosti. Dostatečné posouzení by dle navrhovatele zajistil jedině požadovaný znalecký posudek.
35. Pro vypořádání této námítky je předně namístě určit povahu a funkci technické kvalifikace dle § 79 odst. 2 písm. b) zákona. Jedná se o doručení seznamu významných dodávek nebo významných služeb stanoveného zadavatelem v zadávací dokumentaci, když v předmětném případě se jedná o dvě významné služby vypracování „matematického modelu proudění podzemních vod“ ve výši 250.000,- Kč pro každou tuto službu. Smyslem tohoto požadavku je prokázání objektivní způsobilosti a schopnosti dodavatele veřejnou zakázku realizovat, a to díky předchozím zkušenostem a jeho odborné kapacitě. (Blíže k problematice technické kvalifikace např. rozsudky Krajského soudu v Brně č. j. 62 Af 21/2016-45 ze dne 8. 8. 2017 nebo č. j. 29 Af 55/2015-86 ze dne 25. 5. 2017, uvedené rovněž v napadeném rozhodnutí.)
36. Již ze zmíněného zákonného ustanovení a z předchozího odstavce je patrné, že k prokázání kritérií technické kvalifikace pro služby a dodávky postačí dodavatelem předložený seznam těchto referenčních zakázek. Zadavatel v bodu 5.5.1 zadávací dokumentace však požadoval osvědčení objednatelů, z nichž bude patrný název objednatelů, popis (rozsah) a předmět významné služby, místo realizace, doba realizace (termín dodání) a finanční hodnota

zakázky. Právo zadavatele požadovat tento dokument pro referenční služby však zákon nestanoví (byť v ustanovení § 79 odst. 5 zákon umožňuje dodavatelům takové osvědčení předložit, jakožto *doklad o uskutečnění plnění dodavatele*). V daném případě je ovšem na místě shledat, že tento kvalifikační požadavek, resp. celé zadávací podmínky nebyly žádným účastníkem řízení napadeny, a Úřad ani jeho předseda je tedy není oprávněn přezkoumávat. Návrh totiž míří proti rozhodnutí o výběru dodavatele.

37. Vybraný dodavatel v přezkoumávaném případě požadovaná osvědčení objednatelů ze dne 10. 10. 2019 doručil, o čemž není v tomto řízení sporu. Obsahem obou těchto osvědčení bylo sdělení, že poddodavatel vybraného dodavatele Ing. Jaromír Říha realizoval zakázku, jejíž součástí byl požadovaný matematický model proudění podzemních vod a rovněž celkový finanční objem veřejné zakázky. Navrhovatel v námitkách ze dne 15. 11. 2019 vznesl pochybnosti o tom, že součástí předmětných referenčních plnění byl skutečně požadovaný matematický model proudění podzemních vod, když v případě zakázky objednatele ČEZ a.s. tvrdil, že se lze oprávněně domnívat, že součástí zakázky vzhledem k jejímu charakteru toto plnění nebylo, v případě zakázky objednatele Ing. Pavla Půži pak citoval její veřejně dostupnou smlouvu o dílo, v jejíž „Příloze I: Podrobná specifikace plnění“ není konkrétně stanoven požadavek na provedení modelu podzemních vod. Navrhovatel dále také pochyboval, že u plnění o celkové hodnotě 819.000,- Kč (zakázka vykonávaná Ing. Pavlem Půžou, u níž byl Ing. Jaroslav Říha poddodavatelem) vykonal Ing. Jaromír Říha požadovanou činnost ve výši 250.000,- Kč.
38. V návaznosti na uvedené pochybnosti navrhovatele si zadavatel dne 18. 11. 2019 vyžádal vysvětlení doručených osvědčení. Jelikož přímo z původních osvědčení plynou jednoznačná prohlášení objednatelů, že k provedení matematického modelu proudění podzemních vod v obou případech došlo, žádal zadavatel vybraného dodavatele o sdělení, jaký finanční objem tato činnost v rámci konkrétních zakázek představovala. Vybraný dodavatel následně poskytl vysvětlení v podobě dalšího osvědčení Ing. Pavla Půži ze dne 19. 11. 2019, v němž bylo potvrzeno provedení matematického modelu proudění podzemních vod v hodnotě plnění 259.000,- Kč, a to společně s bližším zdůvodněním, z jakého důvodu byla tato činnost provedena. K referenční zakázce objednatele ČEZ a.s. poskytl vybraný dodavatel „Prohlášení o provedení prací“ Ing. Jaromíra Říhy ze dne 18. 11. 2019, v němž byl rozepsán jeho podíl na referenční zakázce ve výši 365.000,- Kč.
39. Vzhledem k informacím získaným výše popsáním postupem rozhodl zadavatel dne 20. 11. 2019 o odmítnutí námitek, jelikož dle jeho závěru vybraný dodavatel již prvními předloženými osvědčeními prokázal splnění technické kvalifikace, když tato skutečnost byla následně postupem dle § 46 odst. 1 zákona blíže vyjasněna a potvrzena. Zadavatel rovněž uzavřel, že navrhovatel nedoložil žádné skutečnosti, které by mohly vést k závěru o zkreslenosti či nepravdivosti informací uvedených v osvědčeních.
40. Předně nelze přehlédnout jistou nelogičnost argumentu navrhovatele, dle něž osvědčení svědčí o řádnosti plnění, nikoliv však o jeho věcném a finančním rámci. Nelze si reálně představit situaci, v níž by objednatel osvědčil bezvadnost poskytnutého plnění, zároveň by však jeho osvědčení nevypovídalo ničeho o obsahu tohoto plnění. Znalost předmětu je právě naopak předpokladem možnosti hovořit o splnění veškerých náležitostí, a tedy o řádnosti referenční zakázky, která je bezesporu otázkou složitější, než pouhé zjištění

„co“ a „za kolik“ si objednatel pořídil. Tvrzení navrhovatele, že osvědčení prokazuje pouze řádnost plnění, je tedy nesprávné.

41. Předseda Úřadu dále uvádí, že se ve zdejším případě jedná o skutkovou situaci, v níž bylo vhodné přistoupit právě k zadavatelem užitému postupu dle § 46 odst. 1, tedy podání žádosti o vysvětlení předložených dokladů. Zadavatel správně reagoval na podané námitky tím, že požádal vybraného dodavatele o vysvětlení, jaká část z celkového finančního objemu referenční zakázky připadá na matematický model proudění podzemních vod, jelikož tato skutečnost nebyla již z prvních osvědčení patrná. Jak poté uvedl v rozhodnutí o odmítnutí námitek, nezískal totiž pochybnost o věcném rozsahu plnění, jelikož námitky jakékoliv konkrétní zdůvodnění nesplnění buďto zcela absentovaly, anebo osvědčení objednatele výslovně uvádělo, že byl v rámci konkrétního plnění matematický model proudění podzemních vod proveden.
42. Navrhovatel v návrhu i rozkladu relativizuje celý institut osvědčení a domnívá se, že tento nelze považovat za dostatečný důkaz k prokázání skutečnosti, tedy skutečného charakteru diskutovaného plnění. K této námitce je na místě předně uvést komentář k ustanovení § 79 zákona, dle něž *„[o]svědčení lze totiž považovat za určitou formu přímějšího důkazu (důkazu s vyšší vypovídací hodnotou a mírou objektivitu), jelikož je opatřen podpisem osoby odlišné od dodavatele a mělo by tak garantovat objektivitu realizované reference“*. (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 491-509. 978-80-7400-651-7.) Navrhovatel opakovaně naznačuje, že pozice objednatele jako třetí osoby nezajišťuje nezávislost, a tedy ani dostatečnou důkazní relevanci jím podaného osvědčení. Zákon je však na principu „doporučení“ objednatele, tedy osvědčení předchází činnosti dodavatele objednatelem postaven. U kritérií technické kvalifikace spočívajících v požadavku na prokázání zkušenosti s určitou službou se tento princip projevuje v tom, že pravdivost tvrzení o poskytnutí určité významné služby může zadavatel u jejího objednatele ověřit [§ 79 odst. 2 písm. b) ve spojení s § 39 odst. 5 větou druhou zákona] či v tom, že v určitých případech může dokonce vyžadovat osvědčení jakožto obligatorní součást příslušného seznamu referenčních zakázek [§ 79 odst. písm. a) zákona].
43. Vyjádření (resp. osvědčení) objednatele příslušné referenční zakázky o tom, že byla řádně splněna, je tak zákonem předpokládaným důkazním prostředkem, kterým má být toto řádné splnění v zadávacím řízení prokazováno. Lze si totiž jen těžko představit situaci, ve které bude v každém zadávacím řízení, jehož zadávací podmínky obsahují požadavky na předložení určitého seznamu referenčních zakázek, složitě přezkoumáván dodavatelem tvrzený, či přímo jeho objednatelem osvědčený věcný či finanční rámec významných referenčních zakázek. Takový proces by znamenal nadměrné zatížení celého zadávacího řízení, resp. zadávacích řízení obecně. I vyjádření (resp. osvědčení) objednatele příslušné referenční zakázky samozřejmě lze zpochybnit námitkou, která na základě podrobné věcné argumentace založí důvodnou pochybnost o jeho pravdivosti. Pokud k tomu však nedojde, jak tomu bylo i ve zdejším případě, je plně dostačující, pokud se zadavatel spolehne na právní odpovědnost dodavatele, neboť jak správně uvádí Úřad v bodě 69. napadeného rozhodnutí, *„případné předložení nepravdivých osvědčení, vyjde-li najevo, že dodavatel není následně schopen veřejnou zakázku řádně realizovat, s sebou může nést právní důsledky (ukončení závazku ze smlouvy i trestněprávní odpovědnost), jinými slovy dodavatel odpovídá*

za předkládání pravdivých osvědčení ve shodě se skutečným stavem a je povinen nést i případné následky“.

44. Pokud se tedy navrhovatel domáhal provedení dalších důkazů, konkrétně smlouvy o dílo a v případě potřeby rovněž znaleckého posudku, je klíčové si uvědomit, že tím požadoval věcné posouzení obsahu plnění předmětných referenčních zakázek v situaci, kdy je splnění zadávacích podmínek těmito referenčními zakázkami výslovně deklarováno nezávislou třetí osobou. Zadavatel ani Úřad neměli jakýkoliv důvod nepovažovat výslovné prohlášení objednatele za nepravdivé či nejasné; navrhovatel ostatně ani žádný dostatečně konkrétní důvod nepředestřel.
45. I navzdory těmto skutečnostem provedl Úřad v rámci přezkumné činnosti dotázání objednatelů, kterým získal, stejně jako zadavatel ve dvou předchozích případech, konkrétní informace a ujištění, že vybraným dodavatelem provedené referenční zakázky splňují v zadávacích podmínkách stanovený věcný a finanční rámec. Z těchto důvodů není na místě provádět další důkazy, které by měly přinést posouzení předmětu plnění. Jak bylo uvedeno v předchozím odstavci, osvědčení objednatele je v tomto případě dána zvláštní zvýšená důkazní síla z toho důvodu, že detailní přezkum každé jednotlivé referenční zakázky (přičemž již z povahy věci je každá referenční zakázka specializovaným plněním, jehož věcný a finanční rámec by bylo nutno přezkoumávat znaleckým posudkem) by nepřipustně zatížil každé potenciální zadávací řízení. Jelikož však v předmětném případě nejsou relevantním (ani jiným) způsobem napadána diskutovaná osvědčení, rozhodl Úřad v napadeném rozhodnutí správně, když odmítl provést další důkazní prostředky.
46. Rovněž druhá námitka navrhovatele je tudíž nedůvodná, když z osvědčení vybraným dodavatelem předložených, případně dodatečně vysvětlených, jednoznačně vyplývá splnění věcného i finančního rámce pro referenční zakázky dle zadávacích podmínek a Úřad nezískal pochybnost o pravdivosti a jednoznačnosti těchto osvědčení.
47. Třetí hlavní námitkou navrhovatele je tvrzená povinnost zadavatele nepovažovat technickou kvalifikaci vybraného dodavatele za splněnou, jelikož jsou dány protichůdné zájmy s negativním vlivem poddodavatele vybraného dodavatele Ing. Jaromíra Říhy na plnění veřejné zakázky. K této námitce je k vypořádání všech eventualit namísto posoudit tři otázky, a sice je-li v tomto případě protichůdný zájem skutečně dán, a pokud ano, jaký negativní vliv na plnění veřejné zakázky tento způsobuje, a za třetí stanovuje-li zákon při splnění předchozích dvou podmínek povinnost zadavateli takového dodavatele vyloučit.
48. Již k první otázce existence protichůdných zájmů však uvádím, že Úřad správně shledal jejich neexistenci. Ing. Jaromír Říha se nachází jednak v pozici poddodavatele vybraného dodavatele, za druhé je potom členem multikriteriální komise, která bude vyhodnocovat výsledky všech 3 etap hydrogeologických studií VD Skalička, když veřejná zakázka je druhou etapou v rámci tohoto průzkumu. Z rozhodnutí zadavatele o námitkách vyplývá, že obsahem etap je zjednodušeně řečeno u první shrnutí dosud dostupných podkladů, analýza stávajícího stavu a návrhy na doplnění dat, u druhé doplňující průzkum a u třetí vytvoření závěru předchozího hodnocení a průzkumu, případně též včetně návrhů a doporučení na budoucí opatření. Teprve tyto závěry zpracované v rámci třetí etapy budou jedním z dílčích podkladů Multikriteriální analýzy hodnocení variant VD Skalička, jejímž úkolem je, jak ostatně vyplývá

již ze samotného názvu, nalezení nejvhodnější varianty realizace vodního díla, a to na základě údajů zjištěných a poskytnutých v rámci hydrogeologického průzkumu.

49. Z výše uvedeného vyplývá, že Ing. Jaromír Říha bude v rámci etapy II vypracovávat doplňující hydrogeologický průzkum, z něž budou následně jinou osobou v etapě III učiněny závěry, přičemž tyto závěry (společně s dalšími dokumenty) bude následně Ing. Jaromír Říha spolu s dalšími členy multikriteriální komise posuzovat a doporučovat nejvhodnější variantu proveditelnosti VD Skalička. Ze všech těchto informací nevyplývá, jak uvádí Úřad správně v bodě 90. napadeného rozhodnutí, že by byl na straně pododavatele vybraného dodavatele dán protichůdný zájem.
50. Přestože tato skutečnost sama o sobě postačí k odmítnutí námitky navrhovatele, předseda Úřadu jako *obiter dictum* doplňuje, že k naplnění zákonného rámce nepostačí existence jakéhokoliv protichůdného zájmu, nýbrž pouze takového, který působí negativním vlivem na plnění veřejné zakázky. Jelikož Úřad neshledal existenci protichůdného zájmu, nelze pochopitelně uvažovat ani o jeho negativním vlivu. Navrhovatel jej navíc ani v námitkách návrhu, ani v námitkách rozkladu ničím netvrdil.
51. V poslední řadě je třeba se vyjádřit taktéž k otázce domnělé povinnosti zadavatele nepovažovat dle § 79 odst. 1 technickou kvalifikaci za prokázanou. Komentář se k předmětnému ustanovení zákona vyjadřuje následovně: *„Zásadní novinkou v otázce prokazování splnění technické kvalifikace je oprávnění zadavatele považovat technickou (nikoliv jinou) kvalifikaci za neprokázanou i přesto, že účastník řádně prokáže splnění kritérií technické kvalifikace doložením všech požadovaných údajů, dokladů, vzorků a modelů v zadavatelem stanovené minimální úrovni. Tato novinka je zakotvena v odstavci 1 větě druhé a zákonným předpokladem její aplikace je skutečnost, že zadavatel prokáže, že dodavatel má protichůdné zájmy, které by mohly negativně (nikoliv jakkoliv) ovlivnit plnění veřejné zakázky (nikoliv například výběr nejvhodnější nabídky). Následkem takového prokázání je možná sankce ze strany zadavatele v podobě vyloučení dodavatele ze zadávacího řízení. I v případě, že zadavatel tyto protichůdné zájmy dodavateli prokáže, není dána zákonná povinnost k vyloučení takového dodavatele. Je toliko na zvážení zadavatele, zda jeho důkazní pozice je pro daný krok dostatečně silná a zda s ohledem na ostatní okolnosti k takovému kroku přistoupí či nikoliv.“* (DVOŘÁK, David, MACHUREK, Tomáš, NOVOTNÝ, Petr, a kol. Zákon o zadávání veřejných zakázek. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 491-509. 978-80-7400-651-7.)
52. Jak tedy vyplývá z doslovného znění zákona, přičemž stejný názor zaujímá i komentářová literatura, i v případě shledání protichůdných zájmů dodavatele s negativním vlivem na plnění veřejné zakázky není možno hovořit o povinnosti zadavatele vyloučit konkrétního dodavatele pro tyto protichůdné zájmy. Nelze v daném případě připustit navrhovatelem požadovaný výklad slovního spojení „zadavatel může“ způsobem „zadavatel musí“. V předmětném případě je dána jednoznačná fakultativnost vyloučení zadavatele, kterou musí navíc zadavatel důkladně odůvodnit. K této námitce nutno závěrem poznamenat, že rozhodovací praxe doposud příliš nekonkretizovala, jaká skutková situace by mohla takovýmto protichůdným zájmům odpovídat (pouze důvodová zpráva napovídá, že by za ně bylo možno považovat hospodářské zájmy konkurenta zadavatele na trhu, případně podání nabídky na stavební práce dodavatelem technického dozoru k těmto

pracím), předseda Úřadu však uzavírá, že v předmětném případě jejich existenci stejně jako Úřad neshledal.

53. Námitce stran tvrzené povinnosti zadavatele nepovažovat technickou kvalifikaci za prokázanou, a tudíž rozhodnout o vyloučení vybraného dodavatele proto nelze přisvědčit, a to především z toho důvodu, že protichůdné zájmy nejsou vůbec dány, tím spíše ne takové mající negativní vliv na plnění veřejné zakázky, a zároveň zákon jednoznačně stanoví zadavateli právo, a nikoliv povinnost v dostatečně odůvodněných případech takto postupovat.
54. Předseda Úřadu tedy v žádné z rozkladových námitek navrhovatele neshledal důvod pro zrušení napadeného rozhodnutí. Úřad napadené rozhodnutí náležitě odůvodnil, když se vypořádal se všemi návrhovými námitkami navrhovatele, včetně požadavků na provedení dalších důkazů. Zadavatel nepochybil, když považoval technickou kvalifikaci za prokázanou vybraným dodavatelem doručenými osvědčeními (dodatečně vysvětlenými postupem dle § 46 odst. 1). U poddodavatele vybraného dodavatele Ing. Jaromíra Říhy nejsou dány protichůdné zájmy s negativním vlivem na plnění veřejné zakázky, zadavatel tedy neměl důvod, a tím spíše ani povinnost považovat technickou kvalifikaci vybraného dodavatele za neprokázanou.
55. O námitce navrhovatele stran nesprávného poučení o odkladném účinku bylo pojednáno v bodě 22. tohoto rozhodnutí, a vzhledem k vydanému opravnému usnesení pouze opakují, že se tato námitka stala bezpředmětnou.

VI. Závěr

56. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zjištění, že Úřad postupoval v souladu se zákonem a se správními předpisy, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí z důvodů uvedených v rozkladu. Jelikož jsem tedy neshledal důvody, pro které bylo nutno napadené rozhodnutí změnit nebo zrušit, rozhodl jsem tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

POUČENÍ

Proti tomuto rozhodnutí se podle § 91 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů, ve spojení s § 152 odst. 5 téhož zákona, nelze dále odvolat.

otisk úředního razítka

Ing. Petr Rafaj
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

Obdrží

1. Povodí Moravy, s.p., Dřevařská 932/11, 602 00 Brno
2. SG Geotechnika a.s., Geologická 988/4, 152 00 Praha 5
3. GEOtest, a.s., Šmahova 1244/112, 627 00 Brno
4. Mgr. Jan Seidel, advokát, Příkladní 531/24, 170 00 Praha 7

Vypraveno dne

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