



UOHSX00DAATO

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka:

ÚOHS-R0052/2020/VZ

Číslo jednací:

ÚOHS-14767/2020/322/HSc

Brno: 19. května 2020

V řízení o rozkladu ze dne 6. 3. 2020 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne zadavateli –

- **Ředitelství silnic a dálnic ČR**, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4,
- **Statutární město Brno**, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno,

kteří dne 3. 5. 2016 ve smyslu § 7 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů uzavřeli smlouvu o společném zadání veřejné zakázky,

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S456/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI ze dne 21. 2. 2020 vydanému ve správním řízení zahájeném dne 19. 12. 2019 na návrh navrhovatele –

- **Ing. J. L. D., ...**, ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 21. 11. 2019 Ing. Mgr. Vlastimilem Calabou, advokátem společnosti AKCA s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž, ev. č. ČAK 17825,

ve věci přezkoumání úkonů výše označených zadavatelů učiněných při zadávání veřejné zakázky „**I/42 Brno, VMO Žabovřeská I – etapa II**“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031972, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 10. 2019 a dne 11. 11. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 16. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 178-432649,

ve znění oprav uveřejněných dne 18. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 202-490394, dne 11. 11. 2019 pod ev. č. 2019/S 217-531922,

jsem podle § 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 podle § 152 odst. 3 téhož zákona rozhodl takto:

Rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže sp. zn. ÚOHS-S456/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI ze dne 21. 2. 2020

**potvrzuji**

a podaný rozklad

**zamítám.**

## ODŮVODNĚNÍ

### I. Správní řízení vedené Úřadem pro ochranu hospodářské soutěže

1. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže (dále jen „**Úřad**“) příslušný podle § 248 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, v platném znění (dále jen „**zákon**“)<sup>1</sup> k výkonu dozoru nad dodržováním pravidel stanovených tímto zákonem, obdržel dne 19. 12. 2019 návrh navrhovatele – Ing. J. L. D., ..., ve správním řízení zastoupen na základě plné moci ze dne 21. 11. 2019 Ing. Mgr. Vlastimilem Calabou, advokátem, ev. č. ČAK 17825, AKCA s.r.o., advokátní kancelář, se sídlem Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení řízení o přezkoumání úkonů zadavatelů – Ředitelství silnic a dálnic ČR, IČO 65993390, se sídlem Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4 a Statutární město Brno, IČO 44992785, se sídlem Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno, kteří dne 3. 5. 2016 ve smyslu § 7 odst. 2 zákona č. 134/2016 Sb., o zadávání veřejných zakázek, ve znění pozdějších předpisů uzavřeli smlouvu o společném zadání veřejné zakázky (dále jen „**zadavatel**“ nebo „**zadavatelé**“) při zadávání veřejné zakázky „I/42 Brno, VMO Žabovřeská I – etapa II“ v otevřeném řízení, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 12. 9. 2019 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 16. 9. 2019 pod ev. č. Z2019-031972, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 10. 2019 a dne 11. 11. 2019, a v Úředním věstníku Evropské unie uveřejněno dne 16. 9. 2019 pod ev. č. 2019/S 178-432649, ve znění oprav uveřejněných dne 18. 10. 2019 pod ev. č. 2019/S 202-490394, dne 11. 11. 2019 pod ev. č. 2019/S 217-531922 (dále jen „**veřejná zakázka**“).
2. Dne 19. 12. 2019, kdy Úřad obdržel návrh, bylo podle § 249 zákona ve spojení s § 44 odst. 1 zákona č. 500/2004 Sb., správní řád, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**správní řád**“)

<sup>1</sup> Pozn.: Pokud je v rozhodnutí uveden odkaz na zákon, jedná se vždy o znění účinné ke dni zahájení šetřeného zadávacího řízení ve smyslu § 56 zákona v návaznosti na § 273 zákona.

zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele vedené pod sp. zn. ÚOHS-S456/2019/VZ.

## II. Napadené rozhodnutí

3. Dne 21. 2. 2020 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S456/2019/VZ, č. j. ÚOHS-05747/2020/553/LHI (dále jen „**napadené rozhodnutí**“), kterým rozhodl ve výroku I tak, že zadavatelé stanovili zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zásadou přiměřenosti vyjádřenou v § 6 odst. 1 ve spojení s § 36 odst. 1 zákona, když k prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) citovaného zákona v bodě 4.2. „Profesní způsobilost dle § 77 ZZVZ“ písm. b) zadávací dokumentace stanovili požadavek na předložení platného dokladu o oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, ačkoliv současně, dle výše specifikovaného bodu zadávací dokumentace, požadovali v rámci prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) citovaného zákona i předložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, které dle nařízení vlády č. 278/2008 Sb., o obsahových náplních jednotlivých živností, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**nařízení o obsahových náplních živností**“), při výkonu komplexní stavby konzumuje i výkon činností vykonávaných jinak samostatně v rámci živnostenského oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrického zařízení“ a tento způsob výkladu zadávací podmínky byl jmenovanými zadavateli potvrzen v rozhodnutí o námitkách ze dne 9. 12. 2019, přičemž takový požadavek je nadbytečný a tedy nepřiměřený a vytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
4. Jako opatření k nápravě nezákonného postupu zadavatelů zrušil Úřad výrokiem II napadeného rozhodnutí zadávací řízení na veřejnou zakázku. Výrokem III a IV Úřad uložil zadavatelům zákaz uzavřít smlouvu v zadávacím řízení na veřejnou zakázku a výrokiem V zavázal Úřad zadavatele k úhradě nákladů řízení ve výši 30 000,- Kč.
5. Z odůvodnění se podává, že Úřad dospěl k závěru, že navrhovatel je legitimován k podání návrhu, neboť disponuje živnostenským oprávněním „Uskutočňovanie pozemných stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“ a v zásadě postačí, aby byla jeho újma prokázána alespoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. K tvrzením o ekonomické náročnosti veřejné zakázky bylo uvedeno, že nelze vyloučit, že by se navrhovatel mohl účastnit zadávacího řízení ve sdružení s jiným dodavatelem a proto se jeho ekonomické možnosti nezkoumaly.
6. K nastavení podmínek profesní způsobilosti Úřad uvedl, že z nařízení o obsahových náplních živností plyne, že při provádění uvedených stavebních prací (dle vázané živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“) mohou být vykonány i činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živnosti volné. K dotazu Úřadu uvedlo i Ministerstvo průmyslu a obchodu, že podnikatel vlastní živnostenské oprávnění „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ není povinen pro provozování dílčích činností vedoucích k realizaci stavby, které jsou jinak samostatnými živnostmi, vlastnit jednotlivá živnostenská oprávnění (pouze musí činnosti vykonávat prostřednictvím odborně způsobilých osob). Totéž vyplývá z rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 24. 7. 2014, č. j. 10 As 111/2014. Zadavatel však i v rozhodnutí o námitkách navrhovateli sdělil, že dodavatel musí k prokázání profesní způsobilosti disponovat rovněž živnostenským oprávněním „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“. Nelze

tedy dle Úřadu akceptovat pozdější výklad zadavatelů (uplatněný ve vyjádření k návrhu), dle kterého měli sami zadavatelé následně posoudit, zda předmětná oprávnění dokládají způsobilost účastníka k podnikání v rozsahu předmětu veřejné zakázky.

7. Úřad dále posoudil další námitky navrhovatele týkající se tvrzené nedostatečnosti vypořádání námitek v rozhodnutí zadavatelů a uzavřel, že zadavatelé se s námitkami navrhovatele v rozhodnutí o námitkách vypořádali ve všech souvislostech, podrobně, jednoznačně a zároveň srozumitelně, tj. rozhodnutí o námitkách je co do částí namítaných navrhovatelem přezkoumatelné. Dalšími námitkami navrhovatele se již Úřad nezabýval, neboť to považoval za neúčelné, když zde již nemohl být žádný vliv na již konstatovanou nezákonnost postupu zadavatelů.

### III. Rozklad zadavatelů

8. Dne 6. 3. 2020 podali zadavatelé proti napadenému rozhodnutí rozklad, který byl Úřadu doručen téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo zadavateli doručeno dne 21. 2. 2020. Rozklad byl podán v zákonné lhůtě.

#### Námitky rozkladu

9. Zadavatelé předně namítají, že navrhovatel nebyl ani potenciálně objektivně schopen plnit předmětnou veřejnou zakázku, proto nebyl k podání návrhu aktivně legitimován. Shrnují, že v zadávacích podmínkách bylo požadováno, aby dodavatel předložil doklad, že je oprávněn podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky. Úřad dle zadavatelů nesprávně dovodil, že navrhovatel je potenciálním dodavatelem, když disponuje živnostenským oprávněním „uskutočňovanie pozemných stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržovacích prác“, neboť předmětem veřejné zakázky je výstavba velkého městského okruhu, což je stavba inženýrská a nikoliv pozemní. Rozporují dále, že Úřad nijak nezjišťoval, zda navrhovatel vyvíjí alespoň minimální ekonomickou činnost ve stavebnictví, když dle zjištění zadavatelů provozoval jen ubytovací služby.
10. Zadavatelé dále namítají, že navrhovateli nemohla vzniknout pochybením zadavatelů újma, neboť neměl ani teoretickou možnost veřejnou zakázku získat. Důvodem má být skutečnost, že živnostenské oprávnění „uskutočňovanie pozemných stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržovacích prác“, kterým navrhovatel disponuje, je dle seznamu volných živností slovenské oprávnění, které v sobě však nezahrnuje živnosti řemeslné jako obdobné oprávnění tuzemské, které je živností vázanou. Navrhovatel tak nemohl splnit podmínku zadavatelů předložit doklad k prokázání splnění profesní způsobilosti dle § 81 zákona.
11. I pokud by bylo možno navrhovatele považovat za potenciálního dodavatele, je dle názoru zadavatelů projednávaný návrh na přezkoumání úkonů zadavatele zneužitím práva dle § 8 zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**občanský zákoník**“) a nepožívá tedy právní ochrany. Ačkoliv by mohl teoreticky navrhovatel figurovat v případě plnění veřejné zakázky jako člen sdružení, neexistuje dle zadavatelů objektivní důvod, proč by jej jiný dodavatel k plnění veřejné zakázky „potřeboval“. Zadavatelé tvrdí, že navrhovatel jedná ve skutečnosti v zájmu společnosti VÁHOSTAV – SK, a. s., jejíž organizační složka v České republice sídlí na stejné adrese jako právní zástupce navrhovatele a tento právní zástupce navíc i dříve VÁHOSTAV – SK, a. s. zastupoval v jiném řízení.

12. Zadavatelé dále tvrdí, že ačkoliv se v rozhodnutí o námitkách navrhovatele vyjádřili, že požadují doložení živnostenského oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ stále platilo, že živnostenská oprávnění měli zadavatelé hodnotit podle obsahu jejich předmětu, zejména v případě zahraničních oprávnění, jejichž přesné obsahové náplně zadavatelé nemohou znát. Jednalo se tedy o oprávněný požadavek, neboť právě např. dle slovenské úpravy stavební živnost řemeslné živnosti nezahrnuje. Dle názoru zadavatelů ze zadávací dokumentace jasně vyplývalo, že doložená oprávnění dodavatelů budou posouzena dle jejich skutečného obsahu a bude-li shodný s požadovaným oprávněním, zadavatelé jej uznají. Samotná zadávací dokumentace tak dle zadavatelů neobsahovala nadbytečné, nepřiměřené či diskriminující požadavky, které by vytvářely překážky hospodářské soutěže.

#### **Závěr rozkladu**

13. Zadavatelé jsou přesvědčeni, že navrhovatel nebyl oprávněn návrh v posuzované věci podat, a proto navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a řízení zastavil.

#### **IV. Vyjádření navrhovatele k rozkladu zadavatelů**

14. Navrhovatel se k rozkladu vyjádřil ve svém stanovisku ze dne 20. 3. 2020.
15. K aktivní legitimaci na straně navrhovatele uvádí, že připomíná, že zadavatelé aktivní legitimaci navrhovatele zpochybnili až po zahájení řízení, kterému předcházelo také vyřízení námitek, ve kterých zadavatelé aktivní legitimaci navrhovatele nezpochybnili. Nadto navrhovatel disponuje relevantními oprávněními k podnikání, a také proto nemůže být závadou, že by se nemohl ani teoreticky dle názoru zadavatele o zakázku ucházet. K námitkám týkajícím se tvrzené újmy navrhovatele tento uvádí, že tato byla řádně jak v námitkách, tak v návrhu tvrzena, když platí, že „v zásadě postačí, aby byla újma prokázána aspoň v tom smyslu, že uchazeč ztratil minimálně teoretickou možnost veřejnou zakázku získat“. Navrhovatel rozporuje i případné tvrzení o zneužití práva ve smyslu § 8 občanského zákoníku.
16. K nastavení podmínek profesní způsobilosti zadavatelem odkazuje navrhovatel na úpravu dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona, a dále na § 36 zákona v odst. 1 a 3 zákona a trvá na tom, že diskriminační podmínka je v zadávacím řízení jasně stanovena, a jak vyplývá z vyřízených námitek, zadavatel by živnostenské oprávnění „montáže, opravy, zkoušky a revize elektrických zařízení“ vynucoval (jak plyne z jeho odpovědi na námitky a vyjádření k návrhu). Zadavatel navíc přizpůsobil argumentaci, až před samotným rozhodnutím Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže, což považuje navrhovatel za rozporné se zákonem, a s legitimním očekáváním, kdy nově by dle zadavatele měly být posuzovány jeho nové argumenty, které neuplatnil v rozhodnutí o námitkách, a na které mohl navrhovatel reagovat až v zahájeném řízení.

#### **V. Řízení o rozkladu**

17. 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.

### **Stanovisko předsedy Úřadu**

18. Po projednání rozkladu a veškerého spisového materiálu rozkladovou komisí jmenovanou podle § 152 odst. 3 správního řádu, a po posouzení věci ve všech jejích vzájemných souvislostech jsem podle § 89 odst. 2 správního řádu přezkoumal soulad napadeného rozhodnutí a řízení, které jeho vydání předcházelo, s právními předpisy, jakož i správnost napadeného rozhodnutí, tu však toliko v rozsahu námitek uplatněných v rozkladu, přičemž jsem s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise dospěl k následujícímu závěru.
19. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je v něm uvedeno, rozhodl správně a v souladu se zákonem. V další části odůvodnění tohoto rozhodnutí budou v podrobnostech rozvedeny důvody, proč jsem nepřistoupil ke změně nebo zrušení napadeného rozhodnutí.

### **VI. K námitkám rozkladu**

#### *Dotčená právní úprava*

20. Podle § 6 odst. 1 zákona musí zadavatel při postupu podle tohoto zákona dodržovat zásady transparentnosti a přiměřenosti.
21. Podle § 36 odst. 1 zákona zadávací podmínky nesmí být stanoveny tak, aby určitým dodavatelům bezdůvodně přímo nebo nepřímo zaručovaly konkurenční výhodu nebo vytvářely bezdůvodné překážky hospodářské soutěže.
22. Podle § 36 odst. 3 zákona zadávací podmínky zadavatel stanoví a poskytne dodavatelům v podrobnostech nezbytných pro účast dodavatele v zadávacím řízení. Zadavatel nesmí přenášet odpovědnost za správnost a úplnost zadávacích podmínek na dodavatele.
23. Podle § 77 odst. 2 zadavatel může požadovat, aby dodavatel předložil doklad, že je a) oprávněn podnikat v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, pokud jiné právní předpisy takové oprávnění vyžadují, b) členem profesní samosprávné komory nebo jiné profesní organizace, je-li takové členství pro plnění veřejné zakázky na služby jinými právními předpisy vyžadováno, nebo c) odborně způsobilý nebo disponuje osobou, jejímž prostřednictvím odbornou způsobilost zabezpečuje, je-li pro plnění veřejné zakázky odborná způsobilost jinými právními předpisy vyžadována.
24. Podle § 241 odst. 1 zákona námitky může podat dodavatel, kterému postupem zadavatele souvisejícím se zadáváním podlimitní nebo nadlimitní veřejné zakázky, včetně koncese s výjimkou koncesí malého rozsahu podle § 178 nebo se zvláštními postupy podle části šesté hrozí nebo vznikla újma.
25. Podle § 250 zákona návrh lze podat proti všem úkonům i opomenutím zadavatele, které nejsou v souladu s tímto zákonem a v jejichž důsledku vznikla nebo hrozí újma na právech navrhovatele.
26. Dle přílohy č. 2 nařízení vlády o obsahu živností je obsahem pro živnostenské oprávnění „Provádění staveb, jejich změn a odstraňování“: Provádění stavebních a montážních prací při novostavbách, změnách dokončených staveb (nástavby, přístavby, stavební úpravy), údržbě staveb a jejich odstraňování podle stavebního zákona, včetně vedení realizace staveb a jejich změn. Při provádění uvedených stavebních prací mohou být vykonány i činnosti

související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živnosti volné.

*K otázce aktivní legitimace navrhovatele*

27. K posouzení aktivní legitimace navrhovatele je třeba vycházet ze závěrů rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 30. 5. 2014, č. j. 5 Afs 48/2013-272, které jsou následující: *„Nejvyšší správní soud proto reflektoval jiné rozsudky Soudního dvora, v nichž Soudní dvůr připustil takovou interpretaci čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice, podle které je přezkumné řízení zpřístupněno osobě, která má nebo měla zájem na získání určité veřejné zakázky, jedině tehdy, pokud jí v důsledku domnělého protiprávního jednání zadavatele vznikla nebo hrozí újma na jejích právech [viz rozsudek Soudního dvora ze dne 19. 6. 2003, Werner Hackermüller proti Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) a Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum, C-249/01, Recueil, s. I-6319]. Obdobně vyznívá i rozsudek ze dne 12. 2. 2004, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG proti Republice Rakousko, C-230/02, Recueil, s. I-1829, v němž Soudní dvůr konstatoval, že čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice nevylučuje, aby byl uchazeč nebo zájemce o veřejnou zakázku poté, co došlo k výběru nejvhodnější nabídky, považován za osobu, která ztratila právo na přístup k přezkumnému řízení z toho důvodu, že se neúčastnil zadávacího řízení proto, že nebyl schopen zajistit veškeré zadavatelem poptávané plnění, neboť zadávací podmínky údajně obsahovaly diskriminační požadavky, aniž by se však (před rozhodnutím o výběru nejvhodnější nabídky) domáhal přezkumu těchto údajně diskriminačních zadávacích podmínek orgánem dohledu. V návaznosti na právě citovanou judikaturu Soudního dvora proto pokládá Nejvyšší správní soud za plně legitimní, aby dodavatel, který se domáhá přezkumu úkonů zadavatele v zadávacím řízení, prokázal, že měl reálný zájem na získání předmětné veřejné zakázky a že mu tvrzeným porušením zákona hrozí nebo vznikla újma na jeho právech. Nelze však ustrnout na přístupu, že jediným akceptovatelným projevem zájmu na získání veřejné zakázky je vyzvednutí zadávací dokumentace a/nebo podání nabídky (účast v soutěži), neboť ani za těmito kroky zájem na získání veřejné zakázky ve všech případech spolehlivě nestojí. Stejně tak není důvod trvat na tom, aby byla tvrzená újma, respektive škoda v materiálním (damnum emergens et lucrum cessans) či nemateriálním smyslu uchazečem či zájemcem vyčíslena, a to zejména proto, že v raných stadiích zadávacího řízení, před hodnocením nabídek, lze mnohdy jen obtížně odhadnout, zda by jeho nabídka vůbec mohla být vybrána jako nejvhodnější. **Lze tedy v nejobecnější rovině shrnout, že smyslem § 110 odst. 1 ZVZ a čl. 1 odst. 3 přezkumné směrnice je umožnit z věcného i osobního hlediska pokud možno co nejširší přístup k přezkumnému řízení, nicméně při současné snaze eliminovat návrhy, které jsou očividně obstrukční anebo šikanózní, případně z materiálního hlediska opožděné proto, že si dodavatel svých práv v době, kdy bylo ještě možné proti postupu zadavatele účinně zakročit, nehleděl (přestože mu tak velí minimálně obecná právní zásada vigilantibus iura scripta sunt). Tato výchozí vysoce obecná a teoretická teze nicméně musí nalézt svou praktickou aplikaci vždy při zohlednění specifik jednotlivých druhů zadávacích řízení.“** (pozn. Zvýraznění v citaci provedeno předsedou Úřadu)*
28. Úřad v napadeném rozhodnutí posoudil, že navrhovatel je potenciálním dodavatelem veřejné zakázky, když disponuje živnostenským oprávněním, které je primárně k realizaci předmětu veřejné zakázky potřeba, a to oprávnění k živnosti „uskutočňovanie pozemných

stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“. Zadavatelé však namítají, že předmětem veřejné zakázky je stavba pozemní komunikace, která svou klasifikací nespadá pod pozemní stavby, ale pod stavby inženýrské, a proto navrhovatel potřebným živnostenským oprávněním nedisponuje.

29. Z veřejně dostupných zdrojů nahlédnutím do živnostenského rejstříku Slovenské republiky (www.zrsr.sk) však bylo zjištěno, že navrhovatel disponuje mimo jiné těmito živnostenskými oprávněními: „uskutočňovanie pozemných stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“ se dnem vzniku oprávnění dne 20. 4. 2001 a se zapsanou odpovědnou zástupkyní Ing. K. S. a „uskutočňovanie inžinierskych stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“ se dnem vzniku oprávnění dne 20. 4. 2001 a se zapsaným odpovědným zástupcem J. J.
30. Dle znění zákona Slovenské republiky č. 455/1991 Zb. (živnostenský zákon) platného ke dni 20. 4. 2001 byly obě shora uvedené živnosti živnostmi vázanými s podmínkami zápisu spočívajícími ve stanovené odbornosti odpovědného zástupce, podobně jako je tomu v případě tuzemské vázané živnosti vyžadované zadavateli, a to „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Ačkoliv tedy Úřad vycházel při svém závěru z existence navrhovatelova oprávnění k živnosti „uskutočňovanie pozemných stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“, když měl vycházet spíše ze živnosti „uskutočňovanie inžinierskych stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“, je jeho závěr ve svém základu správný. Vzhledem k tomu, že zadavatelé akceptovali dle čl. 4.2 zadávací dokumentace rovněž výpisy z živnostenského rejstříku nebo živnostenský list či listy dokládající oprávnění dodavatele k podnikání v předmětu (či předmětech), který bude zadavatelem požadovanému předmětu obsahově odpovídat (mělo se jednat zejména o živnostenské listy vydané za dříve platné právní úpravy), mohl navrhovatel prokazovat svou způsobilost k provedení stavby pozemní komunikace svým živnostenským oprávněním k vázané živnosti „uskutočňovanie inžinierskych stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“, zejména pokud disponoval i oprávněním pro stavby pozemní. Úřad tak v napadeném rozhodnutí správně uzavřel, že navrhovatele lze s ohledem na jeho profesní zaměření považovat za potenciálního dodavatele veřejné zakázky. Nesprávný odkaz na živnostenské oprávnění pro stavby pozemní namísto inženýrských, kterým ovšem navrhovatel disponuje rovněž, nemá na správnost napadeného rozhodnutí v této části vliv.
31. Nepřípadná je i námitka zadavatelů, že navrhovatel disponuje pouze volnou živností „uskutočňovanie pozemných stavieb a ich zmien, stavebných úprav a udržiavacích prác“, která nezahrnuje žádné živnosti řemeslné a navíc jeho oprávnění zahrnuje pouze stavby pozemní a nikoliv inženýrské. Jak plyne z bodu 30 uvedeného shora, disponuje navrhovatel oprávněními k vázaným živnostem na provádění pozemních i inženýrských staveb, tedy obsahově obdobným oprávněním, jako je oprávnění požadované zadavateli v podobě živnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. K získání těchto živností musel navrhovatel navíc splnit obdobné požadavky profesní způsobilosti. Navrhovatel tedy měl teoretickou možnost veřejnou zakázku získat, jak správně konstatuje v napadeném rozhodnutí Úřad, a tvrzení uvedená zadavateli v rozkladu neodpovídají skutečnosti.
32. K námitce zadavatelů, že Úřad nijak nezkoumal, jakou podnikatelskou činnost navrhovatel skutečně vyvíjí, lze sdělit jen toliko, že ve smyslu shora citovaného rozhodnutí Nejvyššího správního soudu je nutno umožnit co nejširší přístup k přezkumnému řízení dle zákona.



Skutečnost, že případný navrhovatel dosud nerealizoval žádné obdobné plnění, jako je plnění, které je předmětem veřejné zakázky, neznamená, že takové plnění nemůže realizovat v budoucnu, zejména pokud disponuje potřebnými živnostenskými oprávněními. Případné nedostatky v požadované kvalifikaci může navrhovatel kompenzovat realizací veřejné zakázky ve sdružení nebo prostřednictvím subdodavatele. Úřad tak nebyl povinen zkoumat, zda navrhovatel skutečně vyvíjí ekonomickou činnost v oblasti stavebnictví, neboť zodpovězení této otázky je pro posouzení aktivní legitimace navrhovatele irelevantní.

33. Nelze se ztotožnit ani s tvrzením zadavatelů, že návrh v projednávané věci zjevně představuje zneužití práva ve smyslu § 8 občanského zákoníku. K zásadě zákazu zneužití práva se literatura vyjadřuje tak, že tato zásada brání především takovému výkonu práva, který směřuje k účelu, jenž právní důvod (zákon nebo smlouva), o něž se subjektivní právo, jež má být vykonáno, opírá, vůbec nepředpokládá. Nositel subjektivního práva tedy realizuje subjektivní právo za účelem, který je se zákonem neslučitelný. V otázce zjevnosti zneužití práva je pak uvedeno, že právě případná zjevnost zneužití práva má být vodítkem, jsou-li objektivní pochybnosti, zda určité jednání lze považovat za zneužití práva nebo za jeho řádný výkon. V těchto pochybných případech je na místě se přiklonit spíše k závěru, že o zneužití práva nejde (srov. Lavický, P. a kol.: Občanský zákoník I. Obecná část (§ 1–654). Komentář. 1. vydání, Praha: C. H. Beck, 2014, s. 86).
34. Zadavatelé zde předestírají, že navrhovatel jednal namísto a na pokyn společnosti VÁHOSTAV – SK, a.s. a odůvodňují naplnění institutu zjevného zneužití práva propojením navrhovatele a společnosti VÁHOSTAV – SK, a.s. prostřednictvím sídla a právního zástupce společností. Z takových skutečností však žádné indicie k zjevnému zneužití práva v intencích shora uvedeného výkladu neplynou. Je samozřejmě možné, že navrhovatel a společnost VÁHOSTAV – SK, a.s. spolupracují, avšak s ohledem na závěr, že sám navrhovatel je aktivně legitimován k podání návrhu, neplyne z této skutečnosti nijak zjevně, že by účel jeho jednání měl být nezákonný, jestliže se domáhá zrušení zadávacího řízení z důvodu, že jeho zadávací podmínky jsou dle jeho názoru rozporné se zákonem, a zároveň tvrdí, že mu z důvodu této nezákonnosti hrozí újma. Tyto skutečnosti svědčí spíše o tom, že navrhovatel sleduje ochranu vlastních zájmů. Ve zdejších správním řízení nebylo zjištěno nic, co by uvedené vyvracelo. Tím spíše je tento závěr platný, pokud společnost VÁHOSTAV – SK, a.s. jakožto stavební společnost mohla teoreticky obdobné námítky i návrh podat sama.
35. Na základě shora uvedeného lze shrnout, že navrhovatel byl aktivně legitimován k podání návrhu v projednávané věci a zastavení řízení z důvodu nedostatku jeho aktivní legitimace tak není na místě.

*K otázce nastavení podmínek profesní způsobilosti*

36. V posuzovaném případě dospěl Úřad k závěru, že zadavatelé nastavili zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zákonem (zejm. zásadou přiměřenosti), když k prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2, písm. a) zákona požadovali doložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, ačkoliv současně požadovali v rámci prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) citovaného zákona i předložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“, které však v sobě již předchází oprávnění obsahuje (konzumuje). Tuto skutečnost Úřad podložil nařízením o obsahových náplních živností

a stanoviskem Ministerstva průmyslu a obchodu. Podmínku spočívající v doložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ pak Úřad označil za neúčelnou, nadbytečnou a tudíž i nepřiměřenou, a to i s ohledem na argument zadavatelů týkající se úmyslu zajistit, aby veřejná zakázka byla realizována kompetentním dodavatelem. Úřad dále vycházel i ze skutečnosti, že zadavatelé ve svém rozhodnutí o námitkách navrhovatele výslovně uvedli, že předložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ trvají a není možno dovodit, že by jej oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ nahradilo. Zadavatelé v průběhu správního řízení uvedli nový možný výklad uvedeného pravidla, spočívající v následném posouzení, zda dodavatelem předložené doklady jej opravňují k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky, tento však Úřad neakceptoval, neboť se jednalo výklad zcela opačný, než byl zaujat v rozhodnutí o námitkách. Tyto závěry Úřadu jsou správné.

37. Je třeba konstatovat, že zadavatel má právo nastavit profesní způsobilost dodavatelů s ohledem na potřeby realizace veřejné zakázky. V případě nastavení profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a), jak tomu bylo i v posuzovaném případě, pak zadavatel uvede konkrétní oprávnění dodavatele k podnikání v rozsahu odpovídajícímu předmětu veřejné zakázky. S ohledem na fakultativnost daného požadavku a s poukazem na povinnost zadavatele plynoucí z § 73 odst. 5 zákona bude nutné, aby zadavatel specifikoval v zadávací dokumentaci, ke kterým konkrétním oprávněním k podnikání požaduje doklady předložit. Přitom nebude potřebné vymezit veškerá oprávnění k podnikání, která je třeba na pokrytí celého předmětu plnění veřejné zakázky a zadavatel bude oprávněn požadovat třeba i jen některá z nich, které považuje za nejpodstatnější s ohledem na předmět plnění veřejné zakázky (srov. Dvořák, D., Machurek, T., Novotný P., Šebesta, M. a kolektiv. Zákon o zadávání veřejných zakázek. Komentář. 1. vydání. Praha: Nakladatelství C. H. Beck, 2017, s. 475.). Je však třeba připomenout, že i takové požadavky zadavatele na prokázání profesní způsobilosti musí respektovat základní zásady zadávání veřejných zakázek, v posuzovaném případě tedy zejména zásadu přiměřenosti.
38. Zadavatel tedy správně definoval své požadavky na profesní způsobilost dle § 77 odst. 2 písm. a) konkrétními názvy živností s tím, že současně uvedl, že bude akceptovat i případná oprávnění dodavatele k podnikání v předmětu (či předmětech), který bude zadavatelem požadovanému předmětu obsahově odpovídat. Z pohledu oprávnění k podnikání vázaná živnost „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ opravňuje i k výkonu činnosti související s realizací staveb, které jsou předmětem živností řemeslných, případně živnosti volné (srov. bod 76 napadeného rozhodnutí) a tentýž výklad udává ve svém stanovisku i Ministerstvo průmyslu a obchodu (srov. bod 58 napadeného rozhodnutí). Uvedený výklad je navíc jediný logický, neboť realizace stavby zahrnuje velké množství dílčích řemeslných živností a požadavek, aby dodavatel disponoval i všemi živnostenskými oprávněními pro tyto dílčí živnosti by byl nepřiměřený až absurdní. Zadavatelé ostatně ani závěr, že předmětná stavební živnost konzumuje i související živnosti řemeslné v rozkladu nijak nerozpouští.
39. Požadavek na doložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ tak nemohl přinést zadavatelům již žádnou další informaci či zjištění, než které nabyli na základě prokázání oprávnění v předmětu činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. Lichá je i argumentace zadavatele, že chtěl zajistit

vysokou odbornost dodavatele, když velká část realizace předmětu veřejné zakázky spočívá v elektroinstalacích. V takovém případě by totiž měla být profesní způsobilost prokazována spíše podle § 77 odst. 2 písm. c), tedy požadavkem na odbornou způsobilost, nikoliv na způsobilost resp. oprávnění k podnikání v určitém oboru.

40. Úřad v napadeném rozhodnutí rovněž správně uvedl, že při posouzení nepřiměřenosti sporné zadávací podmínky vycházel z výkladu zadavatelů obsaženého v rozhodnutí o námitkách, z něhož zcela jasně plyne, že oprávnění k „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ dle jejich názoru nenahrazuje žádné další konkrétní živnostenské oprávnění a že výhradně živnostenským oprávněním „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ je zastřešena část realizace veřejné zakázky týkající se oboru elektro.
41. Ačkoliv se zadavatelé v rozkladu snaží uplatnit výklad zcela opačný (tedy že zadavatelé měli posoudit doložená oprávnění dodavatelů k předmětu podnikání dle jejich obsahu a v případě, že tento obsah bude shodný s požadovanými oprávněními, budou zadavateli uznány) je nutno přisvědčit jak napadenému rozhodnutí, tak vyjádření k rozkladu navrhovatele, že tento výklad není možné akceptovat, neboť byl uplatněn až v průběhu správního řízení na rozdíl od výkladu zcela opačného, který zadavatelé zaujali v řízení o námitkách.
42. Zadavatelé navíc argumentovali skutečností, že jejich původní výklad nelze přijmout i proto, že by fakticky odporoval znění zadávacích podmínek. V této souvislosti je třeba uvést, že pojmy užitě v zadávací dokumentaci na veřejnou zakázku je zpravidla třeba přisuzovat jejich obecně přijímaný význam, nejsou-li ze seznatelných důvodů použity ve specifickém významovém smyslu nebo nejsou-li v zadávací dokumentaci konkrétně definovány (srov. rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 22. 7. 2010, č. j. 8 Afs 12/2010 – 268). Zadávací podmínky mají navíc to specifikum, že jsou tvořeny jednostranně zadavatelem a dodavatel do jejich znění ani výkladu nevstupuje a naopak je musí v případě účasti na zadávacím řízení plně respektovat a následovat. Významně se tak posiluje úloha zadavatele při výkladu zadávacích podmínek, neboť on jako tvůrce zadávací dokumentace musí mít postaveno najisto, jaký obsah je nutno jednotlivým podmínkám přikládat. V posuzovaném případě navíc nebylo mezi zadavateli a navrhovatelem sporu o tom, zda zadavatelé skutečně budou vyžadovat i oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, zadavatelé tento svůj požadavek v rozhodnutí o námitkách pouze potvrdili a následně jej obhajovali nutností odborně zajistit provedení části stavby týkající se oboru elektro. Pokud tedy v daném případě zadavatelé v rozhodnutí o námitkách zcela jasně vyložili jimi stanovenou zadávací podmínku dle bodu 4.2. „Profesní způsobilost dle § 77 ZZVZ“ písm. b) zadávací dokumentace tak, že oprávnění k „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ nenahrazuje žádné další konkrétní živnostenské oprávnění a že je nutno doložit i oprávnění „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, je nutno z takového výkladu vycházet, a to i kdyby jinými výkladovými metodami bylo možno dospět k výkladu opačnému, který následně zadavatelé předestírají ve svém rozkladu. Ostatně takto si příslušnou zadávací podmínku vykládal i navrhovatel, což byl i jeden z důvodů podání námitek a následně návrhu. Úřad navíc zcela správně tuto skutečnost uvedl i v samotném výroku napadeného rozhodnutí a tím postavil na jisto, z jakého výkladu předmětné zadávací podmínky vycházel.

43. V rozhodovací praxi Úřadu je navíc ustáleno pravidlo, které lze dovodit i z úpravy obsažené v § 36 odst. 3 zákona, dle něhož je v pochybnostech třeba nejasnou zadávací podmínku vykládat vždy k tíži zadavatele (srov. např. rozhodnutí Úřadu ze dne 25. 5. 2017, č. j. ÚOHS-R0054/2017/VZ-15994/2017/322/KBe nebo rozhodnutí Úřadu ze dne 18. 2. 2019, č. j. ÚOHS-R0205/2018/VZ-04832/2019/321/ZSř, případně rozhodnutí Nejvyššího správního soudu ze dne 9. 6. 2014, č. j.8 Afs 44/2013 – 29). Toto pravidlo se zcela jistě uplatní i v posuzovaném případě. Pokud totiž sami zadavatelé v průběhu námitkového řízení vyložili spornou zadávací podmínku zcela jasně tak, že budou vedle oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ požadovat i oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ a pokud byl takový výklad předmětné zadávací podmínky shledán Úřadem jako nepřiměřený a vytvářející bezdůvodné překážky hospodářské soutěže, nemohou se nyní zadavatelé hájit tím, že bylo možno zaujmout k sporné zadávací podmínce i výklad jiný.
44. I v otázce nastavení podmínek procesní způsobilosti je tak nutno přisvědčit v plném rozsahu napadenému rozhodnutí, neboť zadavatelé stanovili v bodě 4.2. zadávací dokumentace požadavek na předložení platného dokladu o oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrického zařízení“ nadbytečně a tedy nepřiměřeně, a vytvořili tak bezdůvodné překážky hospodářské soutěže. Mohlo totiž dojít k odrazení potenciálních dodavatelů, kteří nedisponují přímo živnostenským oprávněním k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrického zařízení“, ale jsou oprávněni tento předmět podnikání vykonávat na základě oprávnění k provádění staveb, od podání nabídky do předmětného zadávacího řízení.

#### *Shrnutí*

45. S ohledem na shora uvedená východiska, na závěry obsažené v napadeném rozhodnutí Úřadu a rovněž s ohledem na vypořádání námitek rozkladu zadavatelů jsem dospěl k závěru, že navrhovatel je ve věci aktivně legitimován a současně že je na místě jeho návrhu vyhovět. Zadavatelé skutečně stanovili zadávací podmínky veřejné zakázky v rozporu se zásadou přiměřenosti vyjádřenou v § 6 odst. 1 ve spojení s § 36 odst. 1 zákona, když v bodě 4.2. „Profesní způsobilost dle § 77 ZZVZ“ písm. b) zadávací dokumentace stanovili požadavek na předložení platného dokladu o oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“, ačkoliv současně, dle výše specifikovaného bodu zadávací dokumentace, požadovali v rámci prokázání profesní způsobilosti dle § 77 odst. 2 písm. a) zákona i předložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“. V řízení bylo prokázáno, že oprávnění k podnikání „provádění staveb, jejich změn a odstraňování“ konzumuje i související řemeslné živnosti, tedy i požadované oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“. Zadavatelé však vůči navrhovateli zaujali zcela odlišný výklad uvedené zadávací podmínky a předložení oprávnění k podnikání v předmětu činnosti „montáž, opravy, revize a zkoušky elektrických zařízení“ požadovali. Tento výklad pak nemohl zvrátit ani následně přijatý výklad opačný, neboť zadavatelé jej učinili až po podání návrhu v projednávané věci, a bylo tak nutno vycházet z jejich výkladu učiněného v rozhodnutí o námitkách, neboť takový výklad byl pro případné účastníky zadávacího řízení určující.

## VII. Závěr

46. Po zvážení všech aspektů dané věci a po zohlednění námitek zadavatelů, na základě zjištění, že Úřad postupoval při rozhodnutí o rozporu předmětné zadávací podmínky s § 6 odst. 1 ve spojení s § 36 odst. 1 zákona v souladu se zákonem a správním řádem, jsem dospěl k závěru, že nenastaly podmínky pro zrušení nebo změnu napadeného rozhodnutí. Proto bylo rozhodnuto tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí o rozkladu 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. Ředitelství silnic a dálnic ČR, Na Pankráci 546/56, 140 00 Praha 4
2. Statutární město Brno, Dominikánské náměstí 196/1, 602 00 Brno
3. Ing. Mgr. Vlastimil Calaba, advokát, AKCA s.r.o., advokátní kancelář, Havlíčkova 2788/135, 767 01 Kroměříž

## Vypraveno dne

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