



UOHSX00EKG3D

## PŘEDSEDA ÚŘADU PRO OCHRANU HOSPODÁŘSKÉ SOUTĚŽE



# ROZHODNUTÍ

Spisová značka: ÚOHS-R0045/2021/VZ

Číslo jednací: ÚOHS-09709/2021/163/VVá

Brno 27.04.2021

Ve správním řízení o rozkladu ze dne 24. 2. 2021 doručeném Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže téhož dne, který podal navrhovatel –

- obchodní společnosti
  - **ENERGON Dobříš, s.r.o.**, IČO 25727362, se sídlem č. p. 1665, 263 01 Dobříš,
  - **SAET S.P.A**, registrační číslo daňového poplatníka v Italské republice 00204610281, se sídlem Via Moravia 8, 35030 Selvazzano D. (PD), Italská republika,
  - **ENERGON ENERGO, s.r.o.**, IČO 06178154, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4
  - **JETCON spol. s r.o.**, IČO 64650111, se sídlem Na Bělidle 275, 430 01 Chomutov,
  - **Union Grid s.r.o.**, IČO 03508617, se sídlem Václavské náměstí 846/1, 110 00 Praha 1,
  - **Energovod CZ, a.s.**, IČO 04155637, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4,

kteří za účelem podání žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku uzavřely Smlouvu o společnosti ze dne 11. 3. 2020, kterou založily společnost podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zastoupené na základě plných mocí ze dnů 27. 8. 2020 a 29. 8. 2020 Mg. Tomášem Ferencem, advokátem, ev. č. ČAK 04793, se sídlem Nádražní 58/110, 150 00 Praha 5 –

proti rozhodnutí Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže ze dne 9. 2. 2021, č. j. ÚOHS-04917/2021/500/Alv, vydanému ve správním řízení vedeném pod sp. zn. ÚOHS-S0351/2020/VZ ve věci přezkoumání úkonů zadavatele –

- **ČEPS, a.s.**, IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10,

učiněných při zadávání veřejné zakázky „**CHR – rozšíření a rekonstrukce (P.0448), stavebně-montážní práce**“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-005361 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 030-070741,

jsem podle § 152 odst. 6 písm. a) ve spojení s § 90 odst. 1 písm. b) 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 sp. zn. ÚOHS-S0351/2020/VZ, č. j. ÚOHS-04917/2021/500/Alv ze dne 9. 2. 2021

### **r u š í m**

a podaný rozklad

### **v r a c í m**

Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže k novému projednání.

## **ODŮVODNĚNÍ**

### **I. Zadávací řízení a 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, ve znění pozdějších předpisů (dále jen „**zákon**“), obdržel dne 31. 8. 2020 návrh navrhovatele – obchodní společnosti
  - ENERCON Dobříš, s.r.o., IČO 25727362, se sídlem č. p. 1665, 263 01 Dobříš,
  - SAET S.P.A, registrační číslo daňového poplatníka v Italské republice 00204610281, se sídlem Via Moravia 8, 35030 Selvazzano D. (PD), Italská republika,
  - ENERCON ENERGO, s.r.o., IČO 06178154, se sídlem Budějovická 601/128, 140 00 Praha 4,
  - JETCON spol. s r.o., IČO 64650111, se sídlem Na Bělidle 275, 430 01 Chomutov, (dále jen „**JETCON**“),
  - Union Grid s.r.o., IČO 03508617, se sídlem Václavské náměstí 846/1, 110 00 Praha 1,
  - Energovod CZ, a.s., IČO 04155637, se sídlem Novodvorská 1010/14, 142 00 Praha 4,

kteřé za účelem podání žádosti o účast v zadávacím řízení na veřejnou zakázku uzavřely Smlouvu o společnosti ze dne 11. 3. 2020, kterou založily společnost podle § 2716 a násl. zákona č. 89/2012 Sb., občanský zákoník, ve znění pozdějších předpisů, ve správním řízení zastoupené na základě plných mocí ze dnů 27. 8. 2020 a 29. 8. 2020 Mg. Tomášem Ferencem, advokátem, ev. č. ČAK 04793, se sídlem Nádražní 58/110, 150 00 Praha 5, (dále jen „**navrhovatel**“) – na zahájení správního řízení o přezkoumání úkonů zadavatele – ČEPS, a.s., IČO 25702556, se sídlem Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10, (dále jen „**zadavatel**“) – učiněných při zadávání veřejné zakázky „CHR – rozšíření a rekonstrukce (P.0448), stavebně-montážní práce“ v jednacím řízení s uveřejněním, jehož oznámení bylo odesláno k uveřejnění dne 7. 2. 2020 a uveřejněno ve Věstníku veřejných zakázek dne 10. 2. 2020 pod ev. č. Z2020-005361 a v Úředním věstníku Evropské unie dne 12. 2. 2020 pod ev. č. 2020/S 030-070741 (dále jen „**veřejná zakázka**“).

2. Dnem obdržení předmětného návrhu na přezkoumání úkonů zadavatele ze dne 31. 8. 2020 (dále jen „**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**“) zahájeno správní řízení ve věci přezkoumání úkonů zadavatele (dále jen „**správní řízení**“).
3. Navrhovatel v návrhu namítal nezákonnost rozhodnutí o vyloučení ze dne 23. 7. 2020 (dále jen „**rozhodnutí o vyloučení**“), které následovalo po zrušení rozhodnutí o vyloučení ze dne 24. 6. 2020 (dále jen „**původní rozhodnutí o vyloučení**“). Navrhovatel měl za to, že dokumenty, které předložil, prokazovaly, že se podílel na realizaci referenční zakázky „VER – TR400/110kV (P.0087) – stavební část“ (dále jen „**referenční zakázka**“). Navrhovatel dokládal dodatek č. 1 ke smlouvě o dílo mezi společnostmi JETCON a společností RRR spol. s r. o., IČO 25410946, se sídlem 17. listopadu 5349, 430 04 Chomutov, (dále jen „**RRR**“) ze dne 10. 2. 2016, na jehož základě se měla společnost JETCON zavázat zhotovit objekt SO528 Centrální domek (dále jen „**objekt SO528**“). Dále navrhovatel doložil například faktury a výpisy z bankovního účtu, které dokládají platbu ve prospěch společnosti JETCON, prohlášení Ing. Karla Pícla, bývalého člena představenstva zadavatele z doby realizace objektu SO528, který měl být přítomen u kontroly BOZP<sup>1</sup>, přičemž společnost JETCON měla být jedním z kontrolovaných subjektů, či seznam subdodavatelů, kde je společnost JETCON uvedena. Navrhovatel dále vyvracel argumenty zadavatele, kterými podpořil vyloučení navrhovatele ze zadávacího řízení na veřejnou zakázku. Navrhovatel taktéž namítal nezákonný postup zadavatele při využití § 46 zákona.

## II. Napadené rozhodnutí

4. Dne 9. 2. 2021 vydal Úřad rozhodnutí sp. zn. ÚOHS-S0351/2020/VZ, č. j. ÚOHS-04917/2021/500/Alv (dále jen „**napadené rozhodnutí**“).
5. Úřad napadeným rozhodnutím rozhodl, že se návrh navrhovatele zamítá, neboť nebyly zjištěny důvody pro uložení nápravného opatření. Úřad nejprve uvedl, že využití § 46 zákona je oprávněním, nikoliv povinností zadavatele. Obecně však může tato povinnost vzniknout ve dvou případech. Je tomu tak zaprvé v souladu se zásadou rovného zacházení, pokud zadavatel jiného účastníka v obdobné nesrovnalosti podle § 46 vyzve k objasnění, a zadruhé, pokud si zadavatel bez využití tohoto institutu nemůže učinit jasnou představu o tom,

---

<sup>1</sup> Bezpečnost a ochrana zdraví při práci – pozn. předsedy Úřadu.

zda dodavatel podmínky splňuje či nikoliv. Ani jedna z těchto situací v zadávacím řízení nenastala.

6. Úřad dále upozornil na zásadu volného hodnocení důkazů, a to s ohledem na velké množství dokumentů předložených jak navrhovatelem, tak zadavatelem k prokázání, zda navrhovatel referenční zakázku skutečně plnil. Úřad uvedl, že společným jmenovatelem důkazů předložených navrhovatelem je skutečnost, že původcem značné části z nich je sám navrhovatel, případně společnost RRR. Byť by tyto důkazy mohly být v jiném případě dostatečné, v porovnání s důkazy předloženými zadavatelem (oficiální dokumentace stavby, prohlášení stavbyvedoucího a technického dozoru, prohlášení vedoucího účastníka při plnění referenční zakázky) neobstojí. Společnost JETCON není uvedena v oficiálních stavebních denících k objektu SO528, zatímco jiné společnosti ano. Úřad konstatoval, že není nutné, aby byl P. Pecháček na stavbě přítomen každodenně, aby k němu bylo možno přihlídnout. Váhu má totiž především přehled osoby o staveništi, nikoliv délka přítomnosti. Úřad k důkazu prohlášením Ing. Karla Pícla uvedl, že ačkoliv tento prohlašuje, že při kontrolách BOZP byl přítomen kontrole společnosti JETCON, není zřejmé, proč tomu tak bylo, neboť ze své funkce k tomu povolán nebyl. Ani další důkazy neshledal Úřad přesvědčivými pro závěr, že společnost JETCON referenční zakázku skutečně plnila. Závěrem Úřad s ohledem na koncentraci správního řízení podle § 251 odst. 4 a 5 zákona zamítl návrh navrhovatele na provedení dalších důkazů. Nad rámec se i přesto vyjádřil k jejich možnému vlivu na výsledek řízení.

### **III. Rozklad navrhovatele**

7. Dne 24. 2. 2021 obdržel Úřad rozklad navrhovatele z téhož dne. Ze správního spisu vyplývá, že napadené rozhodnutí bylo navrhovateli doručeno dne 9. 2. 2021. Rozklad byl tedy podán v zákonné lhůtě.

#### **Námítky rozkladu**

8. Navrhovatel rozporuje závěr Úřadu týkající se využití § 46 zákona zadavatelem. Podle navrhovatele jsou tyto závěry v rozporu se základními zásadami a principy zadávacího řízení a předchozí rozhodovací praxí předsedy Úřadu. K tomu navrhovatel odkazuje na rozhodnutí č. j. ÚOHS-R0099/2017/VZ-22731/2017/321/ZSř ze dne 8. 8. 2017, které je podle něj právě řešenému případu podobné. S ohledem na uváděné citace navrhovatel konstatuje, že mu nebylo umožněno se seznámit s podklady třetích osob zpochybňujících jeho kvalifikaci. Zadavatel tak popřel zásadu kontradiktornosti a možnosti odvolatele vyjádřit se a zpochybnit podklady sloužící k vydání rozhodnutí zadavatele. Navrhovatel uvádí, že zadavatel měl povinnost vyzvat účastníka k objasnění či doplnění údajů. Podle navrhovatele je nepřípustné, aby se zadavatel rozhodl účastníkovi zadávacího řízení vytýkat jen některé vady, zatímco pro jiné nedoložené skutečnosti jej bez jakékoliv výzvy vyloučí. Z doložených dokumentů podle navrhovatele vyplývá, že zadavatel žádného jiného účastníka nevyloučil, aniž by ho předtím vyzval k nápravě.
9. Navrhovatel namítá, že prohlášení třetích osob může sice obecně vyvolat pochybnosti o kvalifikaci účastníka, ale není možné bez dalšího objasnění konstatovat, že účastníková reference neodpovídá skutečnosti. K tomu navrhovatel odkazuje na dvě rozhodnutí Úřadu.

Podle navrhovatele by při aprobaci postupu zadavatele mohl být vyloučen každý účastník, jehož kvalifikace bude zpochybněna třetí osobou (např. prohlášení konkurenční společnosti).

10. Úřad podle navrhovatele zcela rezignoval na zjištění, zda navrhovatel skutečně pracoval na referenční zakázce či nikoliv. Navrhovatel rekapituluje, že Úřad zjistil, které společnosti měly na referenční zakázce pracovat, ale nepřihlédl k vyjádření společnosti KLEMENT a.s., IČO 25016695, se sídlem Hlíňany 18, 400 02 Řehlovice, (dále jen „KLEMENT“), která jednoznačně potvrdila, že se společnost JETCON na realizaci části referenční zakázky podílela. Stejně potvrzení učinila společnost RRR. Úřad se touto námitkou nezabýval a potvrdil verzi dle zadavatelem doložených prohlášení. Navrhovatel uvádí, že se jedná o extrémní vybočení ze zásad hodnocení důkazů a uvádí citaci z nálezu Ústavního soudu.
11. K prohlášení společnosti KLEMENT navrhovatel dále rozporuje závěry Úřadu, neboť se nikdy neodvolával na to, že by potvrzení společnosti KLEMENT mělo potvrdit reference v celém rozsahu, ale dovolával se toho, že toto potvrzení nemůže mít jen okrajovou váhu, ale prokazuje nesoulad mezi formálním stavem zápisů a dalšími důkazy.
12. Dále se Úřad neměl vůbec vypořádat s námitkou nízké věrohodnosti podkladů od společnosti STAVUM spol. s r.o., IČO 40230473, se sídlem Česká 180, 440 01 Louny, (dále jen „STAVUM“). Podle navrhovatele nelze k dokumentům vyhotovených touto společností z důvodu jejich osobního zájmu na věci přihlížet. Námitku navrhovatel směřuje především ke stavebním deníkům a k prohlášením učiněnými osobami se vztahem k této společnosti.
13. Podle navrhovatele se Úřad nevyjádřil a nevypořádal s námitkami uvedenými ve vyjádření navrhovatele k podkladům rozhodnutí, byť se navrhovatel vyjádřil ve stanovené lhůtě. Podle navrhovatele se proto jedná o opomenuté důkazy.
14. Navrhovatel zásadně nesouhlasí s posouzením váhy důkazů v jeho zjevný neprospěch, jak je učiněno v bodě 85 odůvodnění napadeného rozhodnutí. Úřad podle navrhovatele ignoruje běžnou obchodní praxi, kdy v případě komplikovaných dodavatelských vztahů není ve stavebních denících podepsán každý z desítek či stovek subdodavatelů. Společnost JETCON měla právní vztah se společností RRR ve znění smlouvy o dílo ve znění dodatku č. 1. Tomuto právnímu vztahu pak svědčí i faktury, předávací protokoly a stavební deník. Úřad odnímá těmto důkazům váhu proto, že nepochází od třetích osob, byť mají obě tyto společnosti nejvíce poznatků či dokumentů ohledně skutečného průběhu realizace referenční zakázky. Úřad neuvedl, proč podklady těchto společností považuje za nedůvěryhodné. Úřad navíc neprovedl důkazy výsledkem zástupců společnosti RRR, z čehož je patrné, že Úřad skutkový stav nezajímá. Navrhovatel dodává, že předpoklad, že výslech by neměl vliv na finální rozhodnutí, a proto nebude proveden, je zcela v rozporu s judikaturou.
15. Úřad podle navrhovatele slepě argumentuje oficiální stavební dokumentací, byť se nejedná o veřejnou listinu a nemá tedy větší váhu než jiné listiny, a vůbec nepřipouští, že by tato dokumentace nemusela odrážet skutečnost.
16. Podle navrhovatele nelze prohlášení P. Pecháčka použít jako důkaz, neboť to odporuje zákonu a judikatuře Nejvyššího správního soudu, stejně jako zásadě kontradiktornosti řízení.
17. Navrhovatel má za skandální závěry Úřadu z bodu 89 odůvodnění napadeného rozhodnutí, které značí, že čím vyšší postavení a pozice osoby je, tím větší váhu má, což je podle

navrhovatele až hrozivé. Dle navrhovatele naopak platí, že případná osobní odpovědnost technického dozoru či stavbyvedoucího mohla motivovat k zatajení skutečného průběhu realizace referenční zakázky.

18. Navrhovatel uvádí, že si Úřad protiřečí, pokud dává vyšší váhu důkazům od osob s větší odpovědností a funkcí a na druhou stranu potvrzení Ing. Karla Pícla, jako tehdejšího člena představenstva zadavatele, „odhazuje“.
19. Dle navrhovatele měl pan Josef Bača (jako osoba odborně způsobilá v prevenci rizik) největší povědomí o jednotlivých subdodavatelích, neboť Josef Bača byl zástupcem společnosti školené pro dohled nad kmenovými zaměstnanci dalších subdodavatelů. Prohlášení pana Hradila či Ing. Bursíka je proto fakticky bezcenné.
20. I v případě hodnocení důkazu prohlášením R. Doskočila Úřad vybočuje ze zásad pro správné hodnocení důkazů. Zatímco jinde přikládá jeho prohlášením váhu, v případě plné moci udělené mimo jiné pro objekt SO528 tak nečiní.
21. Rozklad navrhovatele též obsahuje polemiku o účelovosti kvalifikačního předpokladu realizace objektu Centrálního domku a polemiku týkající se překvapenosti zadavatele účastí navrhovatele v zadávacím řízení. Pokud by chtěl zadavatel postupovat transparentně, zvolil by jako referenci výstavbu jakékoliv obdobné průmyslové stavby.

#### **Závěr rozkladu**

22. Navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí změnil tak, že se rozhodnutí o vyloučení zrušuje. Alternativně navrhovatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí zrušil a věc vrátil Úřadu k novému projednání.

#### **Vyjádření zadavatele k rozkladu**

23. Zadavatel uvádí, že se v případě navrhovatelem citované praxe týkající se § 46 zákona nejednalo o „téměř identický případ“, ale o značně odlišnou situaci. Další závěry je podle zadavatele nutno vnímat v kontextu daného rozhodnutí. Zadavatel konstatuje, že měl bezpečně prokázáno, že údaje navrhovatele neodpovídají skutečnosti. Podle zadavatele navrhovatel ignoruje, že byl vyloučen proto, že měl zadavatel za prokázané, že navrhovatel nesplnil kvalifikaci, nikoliv proto, že by třetí subjekt navrhovatelovu kvalifikaci zpochybnil.
24. Zadavatel má za to, že stavební deník je s ohledem na jeho objektivní charakter jedním nejpůsobivějších prostředků pro poznání, kdo objekt SO528 realizoval. Pokud se navrhovatel snaží zpochybnit stavební deníky pro nevěrohodnost, museli k této nevěrohodnosti přispět též zástupci společností RRR a JETCON. Zadavatel také upozorňuje na to, že stavební deníky jsou více než 4 roky staré, proto je nepravděpodobné, že by konkurenční společnosti chtěly v budoucnu někoho poškodit. Ve vztahu k prohlášení konkurenční společnosti zadavatel uvádí, že tato v prohlášení uvedla své konkurenty a zároveň ve vztahu k jiným objektům účast společnosti JETCON potvrdila.
25. Zadavatel se ztotožňuje s posouzením Úřadu o neprovedení navrhovatelem navrhovaných důkazů. Stejně tak zadavatel souhlasí s posouzením prohlášení Ing. Pícla či plné moci R. Doskočila a obecně s hodnocením důkazů Úřadem. Zadavatel taktéž přidává úvahy o možném pozdějším vzniku stavebního deníku vedeném mezi společnostmi JETCON a RRR.

Zadavatel poukazuje i na rozpory ve fakturaci či zmíněném stavebním deníku. Podle údajů ve stavebním deníku mezi společnostmi JETCON a RRR měl být objekt SO528 téměř hotový, zatímco podle oficiálního stavebního deníku existovaly pouze základy.

26. Zadavatel uzavírá, že běžná obchodní praxe společnosti JETCON nezabránila, aby v případě stavby jiných objektů ve stejném postavení v rámci subdodavatelského řetězce činila záznamy a účastnila se řídicích a kontrolních dnů, byť se v těchto dokumentech s ohledem na namítanou běžnou obchodní praxi v případě stavby objektu SO528 nevyskytuje.
27. Pro výše uvedené zadavatel navrhuje, aby předseda Úřadu napadené rozhodnutí potvrdil a podaný rozklad zamítl.

#### **IV. Řízení o rozkladu**

28. 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**

29. Po projednání rozkladu a veškerého souvisejícího 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 vydání rozhodnutí předcházelo, s právními předpisy a jeho správnost v rozsahu námitek uvedených v rozkladu a s přihlédnutím k návrhu rozkladové komise jsem dospěl k následujícímu závěru.
30. Úřad tím, že napadeným rozhodnutím rozhodl tak, jak je uvedeno ve výrocích napadeného rozhodnutí, nerozhodl správně a v souladu s právními předpisy. V další části tohoto rozhodnutí jsou v podrobnostech rozvedeny důvody, pro které jsem přistoupil ke zrušení napadeného rozhodnutí. Současně je v tomto rozhodnutí vysloven závazný právní názor, kterým je Úřad při dalším projednání věci vázán.

#### **V. K důvodům zrušení napadeného rozhodnutí**

31. Úřad v napadeném rozhodnutí podpořil závěr zadavatele, tedy že se společnost JETCON neúčastnila realizace referenční zakázky. Úřad k tomuto posouzení v bodě 85 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl, že *„obě strany v různých fázích svého sporu (tj. od rozhodnutí o vyloučení až po řízení před Úřadem) předložily poměrně velké množství důkazů o tom, zda společnost JETCON objekt SO 528 na referenční zakázce realizovala, či nikoliv. K hodnocení jednotlivých podkladů, které jsou obsahem správního spisu, Úřad dále uvádí, že při posouzení šetřené věci postupoval v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů ve smyslu § 50 odst. 4 správního řádu, dle které nejsou stanovena pravidla, pokud jde o míru důkazů potřebných k prokázání dokazované skutečnosti, a není stanovena důkazní síla (věrohodnost) každého důkazního prostředku. Úřad tedy zhodnotil důkazy podle svého volného (zákonem neupraveného) uvážení, a to každý důkaz jednotlivě a všechny důkazy v jejich vzájemné souvislosti, přičemž současně přihlédl ke všemu, co ve správním řízení vyšlo najevo, včetně toho, co uvedli účastníci správního řízení, k čemuž se následně podrobně vyjadřuje v tom smyslu, aby bylo jednoznačné, zda a jaké všechny důkazy byly provedeny, jak byly hodnoceny*

*či proč byly odmítnuty. Přitom Úřad připomíná, že důkazní břemeno při prokazování splnění kvalifikace leží vždy na dodavateli, tj. v tomto případě na navrhovateli.“*

32. Dále Úřad v bodě 86 odůvodnění napadeného rozhodnutí uvedl: *„Pokud se tedy týká argumentace a důkazů, které pro podporu svého tvrzení, že společnost JETCON objekt SO 528 realizovala, předložil navrhovatel, pak Úřad konstatuje, že jejich společným jmenovatelem je skutečnost, že původcem značné části z nich (s výjimkou prohlášení Ing. Karla Pícla, pana Josefa Bači a společnosti KLEMENT, ke kterým se vyjadřuje Úřad dále v odůvodnění tohoto rozhodnutí) je přímo společnost JETCON, či společnost RRR. Uvedené platí zejména pro smlouvu a její dodatek uzavřený mezi těmito společnostmi, jakožto i pro objednávky, faktury a předávací protokoly. Obdobně i stavební deník k objektu SO 528 předložený navrhovatelem postrádá jakékoliv potvrzení od třetích osob pověřených vedením stavební akce či dozorem nad ní či od samotného zadavatele jako objednatele celé referenční zakázky. Úřad uvádí, že byť by tyto dokumenty samy o sobě mohly být způsobilé vypovídat o účasti společnosti JETCON na realizaci řešeného objektu, pak v této konkrétní situaci je Úřad považuje za nedostatečné, resp. mají pro Úřad nižší relevanci, než důkazy předložené zadavatelem, mezi kterými jsou dokumenty patřící k oficiální dokumentaci stavby (tj. zejména stavební deníky a zápisy z řídicích a kontrolních dnů), jimiž zadavatel, jakožto objednatel referenční zakázky disponuje, ve kterých není zachyceno, že by se společnost JETCON měla podílet na realizaci objektu SO 528, a dále prohlášení hlavního stavbyvedoucího a technického dozoru stavby a též společnosti EGEM jakožto vedoucího účastníka Společnosti Verněřov, která celou referenční zakázku realizovala.“*
33. Navrhovatel již v rámci prokazování kvalifikace předložil jako přílohu č. 4 ke kvalifikační dokumentaci č. 2019100933 – dokument Seznam významných referenčních akcí, kterým prokazoval účast společnosti JETCON na referenční zakázce. Tento dokument je potvrzen společností RRR. Stejný dokument navrhovatel předložil i v odpovědi na žádost zadavatele ze dne 29. 4. 2020, kterou se zadavatel snažil objasnit některé nejasnosti v nabídce podle § 46 zákona. V odpovědi na opakovanou žádost podle § 46 zákona ze dne 14. 5. 2020 pak navrhovatel předložil osvědčení od společnosti RRR, ve kterém je uvedeno: *„Potvrzujeme, že společnost JETCON spol., s.r.o. realizovala zakázku s názvem VER – TR400/110kV (P.0087) – stavební část a uvedení zaměstnanci se podíleli na realizaci na klíčových pozicích (...) Zakázka byla realizována dle smlouvy o dílo č. 0012/2015.“*
34. Přestože lze obecně souhlasit s postupem Úřadu při shromažďování podkladů pro rozhodnutí a hodnocení důkazů, je potřeba upozornit na fakt, že se Úřad vůbec nevypořádal se smlouvou o dílo mezi společnostmi RRR a společností JETCON ve znění dodatku č. 1 (dále jen **„smlouva o dílo“**), kterou navrhovatel předkládal v rámci námitek ze dne 6. 8. 2020, tedy námitek proti rozhodnutí o vyloučení, ve spojení s dříve předloženými důkazy, kterými navrhovatel účast společnosti JETCON na plnění referenční zakázky prokazoval, především se Seznamem významných referenčních akcí a osvědčením společnosti RRR. Dva posledně uvedené dokumenty měl zadavatel k dispozici již v rámci nabídky. Úřad k důkazu smlouvou o dílo uvedl pouze to, že spadá do množiny důkazů, jejichž původcem je společnost JETCON či společnost RRR a že tyto důkazy mají nižší relevanci než důkazy předložené zadavatelem. Zatímco s ostatními důkazy se Úřad v napadeném rozhodnutí následně vypořádává obsáhleji, důkaz smlouvou o dílo již dále ponechává bez zmínky.



35. Jsem toho názoru, že smlouva o dílo je v tomto případě stěžejním důkazem, který je sám o sobě i společně s předávacími protokoly či fakturami schopen prokázat kvalifikaci. Ustanovení § 79 odst. 5 uvádí, že „[r]ovnocenným dokladem k prokázání kritéria podle odstavce 2 písm. a) a b) je zejména smlouva s objednatelem a doklad o uskutečnění plnění dodavatele“. Odstavec 4 písm. b) stejného ustanovení pak uvádí, že nestanoví-li zadavatel jinak, může dodavatel k prokázání splnění kritéria podle odstavce 2 písm. a) nebo b) použít dodávky, služby nebo stavební práce, které poskytl jako poddodavatel, a to v rozsahu, v jakém se na plnění dodávky, služby nebo stavební práce podílel. Lze tedy konstatovat, že je možné prokazovat technickou kvalifikaci z pozice poddodavatele smlouvou s dodavatelem, který měl uzavřenou smlouvu s konkrétním zadavatelem. V takovém případě zákon počítá i s tím, že potvrzení o dané referenční zakázce vydává poddodavateli dodavatel.
36. Z výše uvedeného vyplývá vysoká relevance předložené smlouvy o dílo, neboť ta je sama o sobě (pokud by nevznikly pochybnosti o realizaci referenční zakázky) způsobilá prokazovat technickou kvalifikaci. Úřad byl tedy povinen se s touto skutečností vypořádat odpovídajícím způsobem a ověřit, zda na základě této smlouvy byly fakticky realizovány stavební práce. Úřad sice vyvinul aktivitu k takovému ověření ve vztahu k důkazům předloženým zadavatelem, ne však k důkazům předloženým navrhovatelem. Úřad se tak měl především dotázat společnosti RRR na pravost smlouvy o dílo a na fakticky vykonané práce společností JETCON na základě této smlouvy. V návaznosti na to se měl Úřad zabývat i dalšími podpůrnými důkazy, jako jsou objednávky, faktury a předávací protokoly a jak tyto důkazy svědčí ve prospěch navrhovatelových tvrzení.
37. Uvádím, že zadavatelé obecně nemají povinnost do podrobností zkoumat, zda je technická kvalifikace předložená dodavatelem pravdivá, pokud dodavatel předloží takové dokumenty, které zákon k prokázání kvalifikace předpokládá. V takovém případě zadavatel vychází z dokumentů předložených dodavatelem. Pokud však ohledně technické kvalifikace vyvstanou pochybnosti, musí zadavatel přistoupit k jejímu ověření. K takovému ověření pak využívá jak informací, na základě kterých pochybnosti vyvstaly, tak důkazů předložených dodavatelem, a to jak již v nabídce, tak následně v rámci námitek proti úkonu zadavatele, kterým zadavatel předmětného dodavatele vyloučil, případně může sám aktivně činit kroky ke zjištění stavu věci. V rámci takového ověřování není možné přihlídnout pouze k důkazům svědčícím v neprospěch dodavatele, pokud dokumenty jím předložené technickou kvalifikaci obecně prokazují zákonem předvídaným způsobem.
38. Nadto je třeba upozornit na skutečnost, že zadavatel již z nabídky navrhovatele měl za prokázané, že se navrhovatel referenční zakázky účastnil, a to s ohledem na Seznam významných referenčních akcí potvrzený společností RRR a následné osvědčení společnosti RRR předložené navrhovatelem v návaznosti na žádost o objasnění ze dne 14. 5. 2020. Společně s námitkami ze dne 6. 8. 2020 s předloženou smlouvou o dílo je zřejmé, že tento silný řetězec důkazů nemohl Úřad v napadeném rozhodnutí přejít bez dostatečně průkazných a odůvodněných závěrů. Smlouva o dílo předložená v rámci námitek ze dne 6. 8. 2020 poskytla zadavateli doklad podle § 79 odst. 5 zákona, tedy doklad předpokládaný zákonem k prokázání technické kvalifikace.
39. Je nutné zopakovat, že samotná smlouva poddodavatele s dodavatelem může být dostatečným důkazem o realizaci referenční zakázky. Pokud zadavateli vznikly pochybnosti o tom, zda společnost JETCON referenční zakázku opravdu realizovala, byl povinen tuto

skutečnost prokázat. Úřad proto měl posoudit, jestli měl zadavatel dostatek podkladů k tomu, aby na základě svých pochybností mohl navrhovatele vyloučit. Konstatuji, že výše uvedené nemá za cíl zadavatele obecně zavázat k velmi podrobnému zkoumání referenčních zakázek za účelem vyloučení případných pochybností. Pokud však již tyto pochybnosti vyvstanou, opakuji, že je nutné je konfrontovat s doklady o kvalifikaci předloženými účastníkem řízení, nikoliv posuzovat dokumenty, na základě kterých vznikla pochybnost, izolovaně. Dokumenty předložené navrhovatelem (seznam významných dodávek potvrzený a podepsaný v předmětné části objednatelem – společností RRR a osvědčení společnost RRR předložené navrhovatelem v návaznosti na žádost podle § 46 zákona) totiž zadavateli nejdříve k prokázání plnění referenční zakázky postačovaly.

40. Úřad se také snažil aktivně získat další důkazy, které by předmětnou věc osvětlily. Takový postup je nutné kvitovat. Úřad se mimo jiné dotazoval společnosti EGEM, jako vedoucího účastníka při realizaci referenční zakázky. Dotazy Úřadu navazovaly na vyjádření zástupce společnosti EGEM, které předložil zadavatel, kde je uvedeno, které společnosti se měly realizace stavebního objektu SO 528 v rámci referenční zakázky účastnit. Konstatuji, že obdobně aktivní zjišťování a ověřování skutečností měl Úřad učinit i ve vztahu ke společnosti RRR a obecně navrhovatelem předloženým důkazům. Pokud tak Úřad neučinil, měl svůj postup řádně odůvodnit.
41. Postupem v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, kterou obecně správně Úřad aplikoval v napadeném rozhodnutí, nelze odůvodnit, proč Úřad aktivně nezjišťoval a neověřoval skutečnosti z důkazů předložených navrhovatelem. Tak tomu je tím spíše, pokud se v případě smlouvy o dílo jedná o dokument, u kterého zákon výslovně předpokládá, že jím je kvalifikace prokazována.
42. Odhlédnout nelze ani od stavebních deníků předložených společností JETCON vedených mezi touto společností a společností RRR na referenční zakázce. Ani tímto rozporem se Úřad v napadeném rozhodnutí nezabýval, byť i tento důkaz silně podporuje navrhovatelova tvrzení ve spojení se smlouvou o dílo. Je nutné dodat, že byť je oficiální stavební deník důkazem s velkou vahou, nelze absencí zápisů o možných úkonech společnosti JETCON při realizaci referenční zakázky považovat za potvrzené, že se společnost JETCON neúčastnila realizace referenční zakázky, pokud ve věci existují zcela zřejmé rozpory bránící závěru, který v napadeném rozhodnutí učinil Úřad. Absence zápisů týkajících se společnosti JETCON v oficiální stavební dokumentaci je sice důkazem v neprospěch realizace referenční zakázky, ale nelze ji posuzovat izolovaně, nýbrž v konfrontaci s navrhovatelem předloženými stavebními deníky vedenými mezi společností RRR a společností JETCON.
43. Shledávám, že nelze oficiální stavební dokumentaci automaticky přiřadit větší váhu než smlouvě o dílo mezi dodavatelem a subdodavatelem, tím spíše, pokud existuje rozpor, který je třeba osvětlit. V takovém případě je Úřad povinen učinit kroky k tomu, aby rozpor odůvodnil a na základě patřičného odůvodnění těmto důkazům přiřadil váhu. Z napadeného rozhodnutí však vyplývá, že tak Úřad učinil bez bližšího zkoumání smlouvy o dílo a bez toho, aby se s tímto důkazem vypořádal. Přestože tak Úřad správně postupoval v souladu se zásadou volného hodnocení důkazů, k samotnému hodnocení přistoupil nesprávně a váhu jednotlivým důkazům přiřadil bez takového zjištění stavu věci, jaký situace vyžadovala a umožňovala.

44. Protože tedy Úřad blíže nezkoumal smlouvu o dílo a rozpory ve stavební dokumentaci zadavatele a stavebních deníků mezi společnostmi RRR a společností JETCON, nelze mít za to, že by byl zjištěn stav věci, o kterém nejsou důvodné pochybnosti. V kontextu neúplného zjištění skutkového stavu je také nutné mít za nesprávné hodnocení důkazů provedené Úřadem.
45. Konstatuji, že Úřad ve smyslu § 3 správního řádu neučinil dostatečná skutková zjištění, na jejichž základě by bylo možno dospět k závěru o zákonnosti rozhodnutí o vyloučení a souvisejícího postupu zadavatele. Výrok napadeného rozhodnutí o zamítnutí návrhu navrhovatele podle § 265 písm. a) zákona je proto nepodložený a nezákonný. Napadené rozhodnutí současně neobsahuje dostatečné odůvodnění, což má za následek nepřezkoumatelnost napadeného rozhodnutí.
46. V dalším řízení Úřad blíže posoudí smlouvu o dílo tak, aby bylo jasné, jak bylo na základě smlouvy o dílo plněno společností JETCON v rámci referenční zakázky. Úřad se v novém rozhodnutí s tímto důkazem řádně vypořádá, přičemž osvětlí i rozpor mezi oficiální stavební dokumentací a dokumentací mezi společnostmi RRR a společností JETCON včetně smlouvy o dílo tak, aby byly jeho závěry přezkoumatelné a bylo zřejmé, že byl zjištěn stav věci tak, že o něm nejsou důvodné pochybnosti. Úřad k tomu využije i možnosti dotázat se společnosti RRR na smluvní vztah se společností JETCON a touto společností prováděné práce v rámci referenční zakázky. Úřad může rovněž využít možnosti vyjasnit si u společnosti RRR otázku chybějících záznamů o společnosti JETCON v oficiální stavební dokumentaci.
47. Podle § 152 odst. 5 správního řádu platí, nevylučuje-li to povaha věci, pro řízení o rozkladu ustanovení o odvolání. Podle § 152 odst. 6 písm. a) správního řádu nestanoví-li zvláštní zákon jinak, lze v řízení o rozkladu rozhodnutí zrušit nebo změnit, pokud se tím plně vyhoví rozkladu a jestliže tím nemůže být způsobena újma žádnému z účastníků, ledaže s tím všichni, jichž se to týká, vyslovili souhlas.
48. Podle § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu jestliže odvolací správní orgán dojde k závěru, že napadené rozhodnutí je v rozporu s právními předpisy nebo že je nesprávné, napadené rozhodnutí nebo jeho část zruší a věc vrátí k novému projednání správnímu orgánu, který rozhodnutí vydal; v odůvodnění tohoto rozhodnutí vysloví odvolací správní orgán právní názor, jímž je správní orgán, který napadené rozhodnutí vydal, při novém projednání věci vázán; proti novému rozhodnutí lze podat odvolání.
49. Výše jsem shledal, že Úřad v napadeném rozhodnutí nepostupoval v souladu s ustanovením § 3 správního řádu, což má za následek nezákonnost napadeného rozhodnutí. Byly tak splněny podmínky předvídané § 90 odst. 1 písm. b) správního řádu, a proto napadené rozhodnutí ruším a věc vracím Úřadu k novému projednání, neboť uvedené vady napadeného rozhodnutí není možné zhojit jinak než vydáním nového rozhodnutí ve věci. Úřad je při novém rozhodování vázán právním názorem vysloveným v tomto rozhodnutí.
50. Předseda Úřadu při zrušení prvostupňového rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání z důvodu zachování účelu správního řízení obvykle nařizuje předběžné opatření, kterým zadavateli uloží zákaz uzavřít smlouvu na předmět plnění dané veřejné zakázky. V tomto případě by bylo uložení předběžného opatření v tomto rozhodnutí o rozkladu nadbytečné, neboť rozhodnutím Úřadu ze dne 21. 10. 2020, č. j. ÚOHS-

33296/2020/510/MKo bylo předběžné opatření spočívající v zákazu uzavřít smlouvu na danou veřejnou zakázku zadavateli již uloženo a doposud nebylo zrušeno.

#### **VI. Závěr**

51. Vzhledem k výše uvedenému, když jsem shledal, že nastaly zákonné podmínky pro zrušení napadeného rozhodnutí a vrácení věci Úřadu k novému projednání, jsem rozhodl tak, jak je ve výroku tohoto rozhodnutí uvedeno.

### **POUČENÍ**

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

otisk úředního razítka

JUDr. PhDr. Petr Mlsna, Ph.D.  
předseda Úřadu pro ochranu hospodářské soutěže

#### **Obdrží**

1. ČEPS, a.s., Elektrárenská 774/2, 101 52 Praha 10
2. Mgr. Tomáš Ferenc, advokát, Nádražní 58/110, 150 00 Praha 5

#### **Vypraveno dne**

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